

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"DERECHO COLABORATIVO, UNA NUEVA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS"

TESIS DE GRADO

**LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES**

CARNET 10667-01

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015  
CAMPUS CENTRAL

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"DERECHO COLABORATIVO, UNA NUEVA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR  
**LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES**

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2015  
CAMPUS CENTRAL

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.  
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO  
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO  
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS  
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO  
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO  
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN  
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS  
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA

## **NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN**

MGTR. MARIA ANDREA BATRES LEON

## **TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN**

MGTR. CLAUDIA ANNABELLA ESTRADA VASQUEZ

30 de enero de 2015

Señores:  
Miembros del Consejo  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
**Universidad Rafael Landívar**  
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como asesor del trabajo de tesis titulado "**DERECHO COLABORATIVO, UNA NUEVA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS**", elaborado por el estudiante **LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES, con Carné número 10667-01**.

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones al alumno, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el instructivo de Tesis de la Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones existentes en la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE** del trabajo de tesis "**DERECHO COLABORATIVO, UNA NUEVA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS**", elaborado por el estudiante **LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES, con Carné número 10667-01**, a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar, toda vez que dicho trabajo es apto, para que al autor se le confiera el Grado Académico De Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo Cumplido con la designación encomendada por esta Facultad me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,



María Andrea Batres León  
Abogada y Notaria  
Código Catedrático 11770

M.A. Claudia Annabella Estrada Vásquez  
Abogado y Notario

Guatemala, 23 de junio de 2015

Señores  
Miembros del Consejo  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
**Universidad Rafael Landívar**  
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

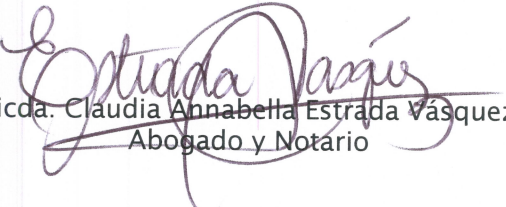
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, de acuerdo con el nombramiento recaído en mi persona como revisor de fondo, del trabajo de tesis titulado "**DERECHO COLABORATIVO, UNA NUEVA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS**" elaborado por el estudiante **LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES**.

Luego de efectuada la revisión, se consideró que el contenido de la tesis referida se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por **LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES**, a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar, toda vez que dicho trabajo es apto, para que el autor se le confiera el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,

  
Licda. Claudia Annabella Estrada Vásquez  
Abogado y Notario




**Orden de Impresión**

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante LUIS FERNANDO SAUCEDO MORALES, Carnet 10667-01 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07333-2015 de fecha 23 de junio de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"DERECHO COLABORATIVO, UNA NUEVA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 24 días del mes de junio del año 2015.

  
\_\_\_\_\_  
MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Universidad Rafael Landívar



## **RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo de investigación se realizó acerca del Derecho Colaborativo, el cual es una nueva forma de practicar el derecho por medio de la utilización de métodos y técnicas alternativas para la solución de conflictos, que al ser aplicadas por los profesionales del derecho y siempre en colaboración con sus contrapartes en un proceso litigioso, cobran un valor muy importante debido a que al ser utilizadas por conocedores del derecho, éstos podrán ofrecer a sus clientes mayores beneficios en cuanto a evitar procesos litigiosos.

La finalidad de la presente investigación radicó en el hecho de dar a conocer más sobre ésta nueva práctica del derecho, como una alternativa a la solución de conflictos y la cual se puede ver reflejada en la inclusión de una cláusula colaborativa dentro de los contratos.

## Índice

INTRODUCCIÓN .....	i
CAPÍTULO 1 .....	1
DERECHO COLABORATIVO .....	1
1.1. Generalidades .....	1
1.2. Historia y Orígenes.....	2
1.3. Concepto y Denominación .....	5
1.4. Definición .....	6
1.5. Principios.....	8
1.5.1. Principio de voluntariedad .....	8
1.6. Países donde se ejerce.....	11
1.7. Beneficios de la práctica colaborativa del derecho .....	12
1.8. La mediación como método básico aplicado en la práctica colaborativa del derecho.....	13
1.9. Cualidades de un abogado colaborativo .....	23
1.10. Finalidad de la práctica colaborativa del derecho .....	26



CAPÍTULO 2 .....	29
Los métodos alternativos a la solución de conflictos, y su relación con la práctica colaborativa del Derecho.....	29
2.1. Perspectivas académicas sobre conflicto.....	29
2.2. Las «tres pes» de un conflicto (Personas, Proceso, Problema).....	31
2.3. Actitudes ante el conflicto y métodos de solución .....	33
2.4. Relación de los métodos conciliatorios con la práctica colaborativa del derecho.....	38
CAPÍTULO 3 .....	41
LOS CONTRATOS.....	41
3.1. Antecedentes históricos .....	41
3.2. Etimología y definición .....	47
3.3. Elementos .....	50
3.4. Forma y efectos .....	51
3.5. Clasificación de los contratos.....	53
CAPÍTULO 4 .....	57

La cláusula colaborativa dentro de los contratos.....	57
4.1. Cláusula colaborativa .....	57
4.2. Diferencias entre cláusula colaborativa y arbitraje .....	58
4.3. Marco de aplicación de la cláusula colaborativa dentro del ámbito Civil, Mercantil y en los acuerdos del Derecho de Familia .....	59
4.4. Forma de funcionamiento de la cláusula colaborativa .....	60
CAPÍTULO 5 .....	64
La aplicación de una cláusula colaborativa dentro de los contratos.....	64
5.1. Instrumento de observación .....	64
5.2. Factibilidad de la propuesta realizada .....	70
CONCLUSIONES.....	75
RECOMENDACIONES .....	77
Anexo 1 .....	79
Anexo 2 .....	81
Referencias .....	89



## INTRODUCCIÓN

Dentro del presente trabajo encontrará una investigación sobre el Derecho Colaborativo. La elección del tema, tiene su origen en la lectura que se realizó de diferentes fuentes informáticas sobre esta nueva forma de practicar el derecho y la escasa información al respecto que existe en Guatemala.

Fue por esta razón que se optó por desarrollar la presente investigación, misma que se desarrolla a lo largo de cinco capítulos siendo el primero de ellos dedicado a analizar lo que es el Derecho Colaborativo, para dar así una mayor idea de esta nueva y emergente forma de ejercer la profesión evitando a toda costa accionar judicialmente.

Dentro del segundo capítulo se desarrollan los métodos alternativos para la solución de conflictos tales como la mediación y el arbitraje, bases fundamentales sobre las cuales se encuentra cimentada la práctica colaborativa del derecho. A continuación en el tercer capítulo se desarrolla el tema sobre los contratos y la razón de ello es debido a que para operativizar la práctica colaborativa del derecho, se sugiere hacerlo a través de una cláusula colaborativa incluida dentro de los contratos.

A continuación en el capítulo cuarto ya se comienza a desarrollar la propuesta de la investigación por medio del funcionamiento que, en teoría, tendría la cláusula

colaborativa dentro de los contratos, para que dentro del capítulo quinto se analiza la factibilidad de la propuesta realizada. Finalmente, las conclusiones y recomendaciones que se aportan emanadas de todo el desarrollo del tema.

Como objetivo general del trabajo se planteó el ampliar el conocimiento sobre esta forma de practicar el Derecho, que busca la solución de conflictos evitando el litigio entre las partes por medio de soluciones amistosas con más entendimiento y colaboración, y algunos de los objetivos específicos fueron conocer los antecedentes históricos de la práctica colaborativa del Derecho que ya se aplica en países desarrollados, explicar los fundamentos sobre los cuales sienta sus bases esta modalidad de solución de conflictos, la cual en algunos países ya es considerada como una nueva disciplina del Derecho, y definir el ámbito más adecuado para la aplicación de este método en el medio jurídico guatemalteco.

El método que se utilizó primordialmente para la presente investigación fue el analítico, ya que debido a la escasa información encontrada sobre el tema, se hizo necesario el análisis de la información recabada para poder desarrollar cada uno de los capítulos que versan específicamente sobre la práctica colaborativa del derecho y donde se hace la propuesta principal de aplicación de la cláusula colaborativa.

# CAPÍTULO 1

## DERECHO COLABORATIVO

### 1.1. Generalidades

El Derecho Colaborativo, se trata de una nueva forma de ejercicio del Derecho que permite resolver los asuntos sin necesidad de acudir a la vía judicial o contenciosa. Al hablar de nueva forma se refiere a una gran realidad, ya que en países como España, que siguen el sistema latino es aún algo novedoso, aunque en otros países como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda o Inglaterra está bastante extendido, como se puede observar el sistema sajón se auxilia más de esta forma de practicar el derecho.

En estos casos, cada cliente es asistido por un abogado que practica el Derecho Colaborativo, está entrenado y capacitado en las tácticas de negociación y muchas veces de mediación. De forma que entre las partes y los abogados se suscribe un acuerdo de participación en el que se sientan las bases del proceso y se asume el compromiso de no litigar durante dicho proceso. Todos trabajan así en equipo para resolver dudas, descubrir intereses y encontrar soluciones creativas para todas las partes.

Ambos clientes deben colaborar de forma honesta y respetuosa, aportando cada una toda la información necesaria para llegar a una justa solución que de

cobertura a todas las necesidades en juego. Además, si es necesario, se acude al asesoramiento e intervención de otros profesionales que pueden contribuir de forma beneficiosa a la resolución del asunto, como puedan ser asesores financieros, terapeutas familiares, psicólogos, educadores, etc.

## **1.2. Historia y Orígenes**

El nacimiento de la práctica colaborativa del derecho no tiene una fecha exacta, de la lectura realizada para el presente trabajo de investigación se pudo observar que uno de sus orígenes podría radicar en el análisis económico del Derecho, en virtud de que al ser ésta una corriente que aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico, con el objeto de determinar qué leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes y predecir qué medidas deberían ser promulgadas o adoptadas, se podría decir que es factible que los principales promotores de la práctica colaborativa del derecho, se hayan fundamentado en ello.

La historia de su nacimiento puede ser concluida en que radicó en el hecho de que cada vez era más generalizada la percepción de los ciudadanos de tener sistemas judiciales obsoletos. La lentitud de los procesos, la dilación en la resolución de los mismos, la saturación de los Tribunales, los resultados injustos en muchas

ocasiones, y el elevado coste económico, hicieron que la confianza en la justicia fuese cada vez menor.

Esa ineficacia resultaba más patente en el ámbito mercantil, un empresario que tenía un conflicto con otro empresario o con un cliente, no podía esperar dos o tres años a que la justicia le ofreciere soluciones, máxime cuando la solución de ese conflicto depende en gran medida la continuidad de su actividad empresarial.

Por esta y otras razones, los ciudadanos en general y los empresarios en particular demandaban otros sistemas, por necesidad, y por exigencia de sus relaciones internacionales.

En la década de los 90, ésta misma necesidad hizo que surgiera en los EEUU el denominado Derecho Colaborativo, que en sentido estricto sería la forma de resolución de conflictos que evita completamente los Tribunales. En éste nuevo Derecho, el cliente encarga a su abogado, intentar resolver el conflicto de forma colaborativa, trabajando conjuntamente con el abogado contrario, negociando, acudiendo a mediación, e incluso cuando sea necesario valiéndose de otros profesionales.



En el derecho colaborativo tienen mucha inferencia las denominadas Métodos Alternativos de Solución de Conflictos<sup>1</sup> (Alternative Dispute Resolution) resolución alternativa de disputas, entre las que se encuentra la mediación.

Pero al principio, el derecho colaborativo tuvo sus detractores, quienes pensaban que era más que todo una mediación disfrazada, pues pensaban que era solo cuestión de que dos abogados se pusiesen frente a frente diciendo: ni para mi cliente ni para el suyo, mejor la mitad para cada uno; situación que no podía estar más fuera de la realidad, pues ni la mediación consiste en la renuncia de derechos, ni la práctica colaborativa del derecho radica en el hecho de que el abogado renuncie a los derechos que amparan a su cliente en pro de una solución.

El papel del abogado en el derecho colaborativo, se fue perfilando con un una enorme trascendencia, mucho más allá de la simple mediación, puesto que éste al conocer el derecho, podía buscar, siempre con la colaboración de la contraparte, la mejor salida que garantizare a ambas partes un final satisfactorio para el litigio.

---

<sup>1</sup> ADR, Alternative Dispute Resolution, Definition. Disponible en <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/alternative+dispute+resolution>. Consultado el 11-09-2014.

### **1.3. Concepto y Denominación**

Una vez conocidas sus generalidades, historia y origen, se ha de aclarar el concepto y la denominación del tema. En términos generales el concepto de algo es la idea principal que la mente humana maneja, para que con su definición se amplíe sobre su contenido.

El concepto que a lo largo del presente trabajo de investigación se manejará será indistintamente Derecho Colaborativo o práctica colaborativa del derecho, y esto es porque a consideración personal del sustentante, ambas denominaciones responden o dan la idea del mismo concepto.

El concepto que se maneja sobre Derecho Colaborativo lo representa ese actuar de los abogados que representan a personas diferentes, pero que de manera conjunta, buscan soluciones al conflicto de sus clientes. Por su parte, se puede afirmar que práctica colaborativa del derecho es un concepto que encierra los mismos elementos, aunque quizá la principal diferencia entre ambos es que al referirse a Derecho Colaborativo se habla de una forma de ver a la ciencia y la práctica colaborativa del derecho ya es en sí la forma en la que se desarrolla en el diario vivir, por lo que a lo largo del presente trabajo se utilizarán ambos términos dependiendo de lo que se desee expresar pero siempre teniendo bien claro que los dos se refieren a lo mismo.

#### 1.4. Definición

El derecho colaborativo es un método de resolución de conflictos recientemente introducido en el ejercicio de la abogacía en el mundo, “la práctica colaborativa se basa en la firma de un compromiso por las partes y sus respectivos abogados, en el que renuncian voluntariamente a enfrentarse en los Tribunales, para resolver el conflicto trabajando en común.

Las partes permanecerán en el proceso de forma voluntaria,. Si en cualquier momento decidieran interrumpir la negociación, los abogados se retirarían del asunto sin poder representar a sus clientes en juicio, garantizando así la confidencialidad de todo el trabajo colaborativo llevado a cabo hasta ese momento”<sup>2</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto y a manera de consideración personal del sustentante, se puede definir el Derecho Colaborativo o la práctica colaborativa del derecho como “la práctica del derecho es aquella que realizan los abogados que, entrenados para ello y en trabajo conjunto con sus colegas, utilizan técnicas de mediación o métodos de conciliación para lograr que sus clientes alcancen acuerdos y el conflicto sea solucionado fuera de los tribunales”. Como se puede determinar de la anterior definición personal del sustentante, la práctica

---

<sup>2</sup> Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid. Qué es el Derecho Colaborativo. Disponible en <http://www.asociacionderechocolaborativo.com/#!about/cjg9> . Consultado el 22-09-2014.

colaborativa del derecho no es algo que la puedan llevar a cabo los abogados solo porque dispongan hacerlo.

Para practicar el derecho colaborativo es vital y necesario que el profesional del derecho haya recibido una preparación académica adecuada en lo referente a técnicas y métodos de conciliación, misma que podría ser provista por las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales del país, para que al haber cumplido con la adecuada preparación académica, éstos puedan ser considerados abogados colaborativos.

La idea general de derecho colaborativo es que los abogados que lo practiquen, trabajen en conjunto colega a colega para guiar a las partes a alcanzar una solución al conflicto planteado, sin necesidad de acudir ante los tribunales de justicia.

Algo importante sobre la práctica colaborativa del derecho radica en el hecho de que ambos abogados de las partes que se encuentran en conflicto, deben contar con la capacitación adecuada por la cual se les considere abogados colaborativos, ya que de esta forma existe mayor probabilidad de que haya anuencia de ambos a buscar las mejores soluciones que dejen satisfechos a ambas partes.

## **1.5. Principios**

Los principios en los cuales se fundamenta la práctica colaborativa del derecho se encuentran íntimamente ligados a los de la mediación, y muchos de estos pueden hallarse incorporados a la legislación, los códigos de conducta y otros instrumentos pertinentes sobre mediación. Algunos de estos principios, como la imparcialidad y la neutralidad, podrían incluso ser incluidos en la definición misma de Derecho Colaborativo.

### **1.5.1. Principio de voluntariedad**

La naturaleza misma de la práctica colaborativa del derecho radica en involucrar a las partes en un proceso voluntario para llegar a una solución amigable de su controversia. La voluntariedad es un principio básico e incuestionable de esta nueva práctica del derecho.

El principio de voluntariedad es fundamental en la práctica colaborativa del derecho, puesto que sin el mismo, sería imposible que los contendientes estuviesen de acuerdo en someter sus controversias a ser solventadas sin necesidad de llegar a los tribunales de justicia. En este sentido en la actualidad, se ha podido observar que en diferentes ramas del derecho se intenta poner fin al litigio obligando a las partes a audiencias conciliatorias y mediadora obligatorias,

previo a iniciar el litigio correspondiente, lo que viene a comprobar la importancia del principio de voluntariedad como parte fundante del Derecho Colaborativo.

### **1.5.2. Principio de consentimiento informado**

Este principio también es fundamental en la práctica colaborativa del derecho, especialmente en la forma en la que se está planteando en la presente investigación, puesto que al incluir una cláusula colaborativa dentro de los contratos, la decisión de las partes de someter la controversia que pudiere llegar a surgir, a la práctica colaborativa del derecho, debe basarse en el consentimiento informado de los otorgantes del contrato.

Toda la información necesaria sobre la práctica colaborativa del derecho y las cuestiones relacionadas al mismo, debe proporcionarse a las partes con anterioridad a la inclusión de la cláusula colaborativa dentro de los contratos, para permitir que tomen una decisión fundada relativa al sometimiento de la controversia a esta nueva forma de solución de conflictos.

### **1.5.3. Aptitud para la práctica colaborativa del derecho**

Este principio es quizá uno de los más importantes, toda vez que no cualquier profesional del Derecho puede practicarlo de forma colaborativa sin la preparación

adecuada. Este principio recae en los profesionales que estarán a cargo de dirigir las negociaciones de sus respectivos clientes, para lo cual deben contar con conocimientos certificados sobre métodos y técnicas de resolución de conflictos, así como estar certificados como Abogados Colaborativos.

#### **1.5.4. Principios de neutralidad, independencia, imparcialidad y justicia**

Todos estos principios son indispensables y fundamentales para la práctica colaborativa del Derecho y si bien aplican para distintos aspectos del proceso de mediación y conciliación, están estrechamente relacionados con esta nueva rama del derecho.

Los métodos conciliatorios que se deben aplicar dentro de la práctica colaborativa del derecho deben ser siempre neutrales, a pesar de que el abogado colaborativo asesore a una de las partes. El abogado colaborativo, debe procurar mantener una postura independiente respecto de la forma en que lleva adelante la mediación, únicamente velando porque el derecho en sí, no sea transgredido.

Al mismo tiempo, debe siempre intentar ser imparcial, y he allí uno de los principales obstáculos que representa este tipo de práctica del Derecho, ya que de por sí, a los abogados se les instruye a que en la litis deben procurar ganarla a como dé lugar, muchas veces, y especialmente en la actualidad, olvidándose de la ética y la moral, por lo que como se mencionó anteriormente es en este principio

donde se observa uno de los principales obstáculos para este novedoso tipo de práctica del Derecho.

Finalmente, la práctica colaborativa del derecho debe llevarse adelante equitativamente, lo que implica que los abogados de las partes se deben mantener en contacto para buscar de forma conjunta una solución al problema, pero no una solución que garantice el derecho de una de las partes sino de ambas.

#### **1.6. Países donde se ejerce**

A pesar de que la práctica colaborativa del derecho ya es de uso generalizado en países cuyo derecho se encuentra dentro del sistema sajón como lo son Estados Unidos, el Reino Unido o Canadá, en los países donde predomina el sistema latino, éstas técnicas aún no son de uso común, aunque en tiempos recientes en España, esta práctica está cobrando un gran auge entre sus habitantes.

“El pasado 11 de diciembre de 2013 se celebró en Bilbao, en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Vizcaya, una intensa y multitudinaria sesión de presentación de la Asociación de Derecho Colaborativo de Euzkadi”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Plaza, Amancio. Blog. Derecho Colaborativo, Sociedad Civil en marcha. Disponible en <http://www.amancioplaza.com/SM/derecho-colaborativo-sociedad-civil-en-marcha#sthash.cZpFWJAc.dpuf>. Consultado el 02-10-2014.



## **1.7. Beneficios de la práctica colaborativa del derecho**

La práctica colaborativa del derecho tiene varios beneficios, no solo para las partes sino también para el profesional del derecho a quien se le requiere para solventar una situación a través de este método.

En primer lugar, ha de citarse las ventajas que pueden conllevar para el cliente o parte contratante del servicio profesional, quien al evitar un proceso litigioso, no solo ahorrará tiempo sino también el posible recurso económico necesario para costear un proceso litigioso que podría llevar meses o incluso años en resolver.

Otra ventaja para el cliente, radica en el hecho de que al contratar a un abogado colaborativo, en teoría y de acuerdo con lo regulado por el Código de Ética Profesional, contará con la certeza de que ese profesional del derecho velará porque la disputa sea arreglada de una manera pacífica y que a su vez, sus intereses no se verán mermados en beneficio del otro.

Por su parte para los profesionales del derecho, se presenta también la ventaja de que a través de esta forma de solución pacífica, la economía procesal puede verse traducida en tiempo disponible para atender a otros asuntos así como también la forma de ejercer su profesión será de una manera diferente en la cual se han de aplicar métodos conciliatorios para buscar la mejor solución en beneficio de su cliente.

## **1.8. La mediación como método básico aplicado en la práctica colaborativa del derecho**

La mediación es solo uno de los métodos que pueden utilizarse para resolver los conflictos pero uno vital de aplicar en la práctica colaborativa del derecho. La naturaleza de los conflictos que se pueden resolver a través de este método es muy variada debido al carácter universal del conflicto.

Todos los métodos de resolución de conflictos tienen sus ventajas y desventajas, y en el caso de la mediación, el mediador debe estar abierto a pensar que en algunos casos es necesario aplicar métodos distintos a este con el fin de resolver eficientemente los conflictos. Para que un mediador actúe con eficiencia, es preciso que alcance una comprensión madura del conflicto.

### **1.8.1. Definición**

La mediación puede ser definida como "el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.

La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes"<sup>4</sup>.

Paulino Fajardo Matros, considera que la Mediación es una "negociación estructurada y dirigida" y agrega "Se trata de hacer referencia a una nota muy distintiva como es la proactividad no decisoria del Mediador"<sup>5</sup>.

### **1.8.2. Principios de la mediación**

Como en todo tema, existen diferentes criterios sobre los principios que informan a la mediación. A continuación se hace un breve resumen de algunos de los más citados por los diferentes autores:

1.8.2.1. "Principio de Igualdad. En el desarrollo del mecanismo de Mediación ambas partes deberán tener igualdad de oportunidades de alegación y de prueba. Este principio es común con el litigio y el Arbitraje.

---

<sup>4</sup> Folberg, Jay; Taylor, Alison. Resolución de conflictos sin litigio. Limusa. Grupo Noriega Editores. México, Edición 1996. Página 27.

<sup>5</sup> Fajardo Matros, Paulino. Estrategia y Mediación de Paulino. Dykinson Editorial. 2008. Pag. 76)

- 1.8.2.2. Principio de Confidencialidad: En contraposición con el litigio cuya característica de publicidad es esencial la Mediación es Confidencial, principio que comparte con el Arbitraje;
- 1.8.2.3. Asimetría de la Información: que se contrapone al principio de Contradicción que informa tanto al litigio como al Arbitraje.
- 1.8.2.4. Estructura informal y flexible: En contraposición a la estructura rígida del procedimiento en el litigio y el arbitraje”<sup>6</sup>.

En otras fuentes de información se pudo detectar que más que principios que informan a la mediación se habla de características siendo algunas de ellas:

- a. “Se trata de un acto cooperativo NO competitivo;
- b. Está más orientado hacia el futuro que hacia el pasado, ya que su fin es mejorar las relaciones;
- c. No se da el pensamiento -yo gano / tú pierdes- sino que lo que hay son dos posibles ganadores;
- d. Exige honestidad y franqueza;
- e. Es un proceso voluntario, requiere que ambas partes estén motivadas;
- f. Se preocupa por las necesidades e intereses en vez de las posiciones;
- g. Intenta homogeneizar el poder;
- h. No es amenazante, no es punitivo;
- i. Es un proceso totalmente confidencial;

---

<sup>6</sup> Ibid.

- j. Es creativo, requiere la aportación de nuevas ideas y nuevos enfoques para la transformación del conflicto y la mejora de las relaciones”<sup>7</sup>.

Por otro lado, el término mediación tiene diferentes acepciones que “remiten a dispositivos diversos que contienen algunos elementos comunes – como la intervención de un tercero para facilitar el camino de la búsqueda de consensos - pero también refieren a espacios y características diferentes.

Entre esas características que diferencian un espacio de otro encontramos la posición en la que se encuentra ese tercero – esto es, si el tercero posee poder sólo sobre el procedimiento o también posee poder sobre las partes.

En la mediación propiamente dicha el mediador desde un lugar neutral posee poder y control sobre el procedimiento, es responsable de la creación del espacio que pueda ser facilitador para que las partes logren poner en palabras el conflicto y evaluar si podrán transitar juntas el camino hacia la búsqueda de consenso. La participación, el protagonismo de las partes, la no delegación de poder en terceros ajenos al marco del conflicto y la toma de decisiones autónomas son los pilares sobre los que se asienta la mediación”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Moreno Rodríguez, María del Carmen. La mediación en la Resolución de Conflictos. Publicado en Internet. <http://www.bvsde.paho.org/cursosmcc/e/pdf/lectura4.pdf> Consultado el 28-08-2013.

<sup>8</sup> Martínez Zampa, Daniel. *¿De qué hablamos cuando hablamos de Mediación?* Artículo publicado en Internet. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2371](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2371) Consultado el 20-08-2013

### 1.8.3. Proceso de mediación

De acuerdo a diferentes autores, para la mediación existen dos tendencias:

- La Mediación Formal: Que es aquella en que el Mediador se sujeta a un procedimiento preestablecido más o menos estructurado y dirigido.
- La Mediación Informal: Que es aquella en la que no se siguen reglas o procedimientos precisos quedando a criterio del mediador el procedimiento a seguir dependiendo, en cada caso, de las circunstancias del mismo.

La rigidez del procedimiento en la Mediación Formal puede dar como resultado que no se logre su objetivo o bien, aparentemente se logre pero el fondo del mismo queda subyacente y resurge posteriormente ya que solo se resolvió alguno o algunos de los elementos que conforman el conflicto.

Debido a que los conflictos a resolverse son entre humanos u organizaciones de seres humanos, por tanto no es fácil descifrar cuales son las causas subyacentes de los conflictos. Incluso, en algunas ocasiones se encuentran casos en que las partes no están al tanto sobre la razón del conflicto o creen que es una distinta. En un proceso exageradamente estructurado el Mediador no tiene la oportunidad de entrar a conocer las verdaderas interioridades del conflicto y por tanto no se puede lograr su solución.

Ahora bien, aplicado al derecho colaborativo, en función de que los abogados de ambas partes han de buscar una solución fuera de litigio al conflicto, la mediación, en teoría, habría de ser más sencilla, puesto que ambos estarán anuentes a compartir información para que, tanto un cliente como el otro termine satisfecho el proceso o problema por el cual contrató los servicios profesionales de un abogado.

Por aparte, existe también la denominada mediación informal, la cual se caracteriza porque el mediador tiene más libertad para determinar las fases del proceso de mediación para llegar a la solución del mismo.

Los conflictos rara vez son simples, pues la mayoría de las veces se encuentran una serie de factores o facetas, algunas evidentes, otras ocultas que el mediador tiene que tener la habilidad para distinguir y aislar para identificar los distintos problemas (conflictos) existentes.

En la mediación Informal se corre el riesgo de que el mediador, por muy profesional que sea, cometa errores que tergiversen o transgredan los derechos procesales básicos de las partes lo cual puede ser muy perjudicial para la solución del conflicto, razón por la cual en la práctica colaborativa del derecho, un abogado-mediador, está capacitado para garantizar el desarrollo del proceso que la transparencia de las actuaciones no transgrede los derechos de ninguna de las partes.

Los Autores: Jay Folberg y Alison Taylor diferencian siete etapas dentro de un proceso de Mediación, siendo estas:

1. “Inicial; creación de confianza y estructura.
2. Localización de hechos y aislamiento de problemas.
3. Creación de opciones y alternativas.
4. Negociación y toma de decisiones.
5. Esclarecimiento y relación de un plan.
6. Revisión legal y procesamiento.
7. Puesta en práctica, análisis y revisión”<sup>9</sup>

#### **1.8.4. El mediador**

Queda claro que el elemento esencial de la mediación es el mediador, que para la práctica colaborativa del derecho lo constituirán los abogados de las partes.

En este sentido es importante decir que el mediador debe ser aceptable para las partes, en los casos generales habiendo sido propuesto por ellas de común acuerdo o, determinado por un Centro de Mediación, pero para el caso del derecho colaborativo, cuando el cliente manifiesta su voluntad de resolver el conflicto aplicando esta técnica, está consciente de que su abogado y el de la contraparte, harán las veces de mediadores y buscarán la solución más satisfactoria para ambos.

---

<sup>9</sup> Folberg, Jay. Taylor, Alison. Op.cit. Pág. 225.



Fogler y Taylor hablan de que “existe gran preocupación en cuanto a la instrucción y el adiestramiento en la mediación. Hay quien cree que la mediación es una nueva profesión que exige un currículo de graduados con aprobación y pre requisitos académicos para reingresar. Otros piensan que se trata de una competencia en la práctica, o una serie de habilidades que deben agregarse a través de la continua instrucción a una base profesional existente, como leyes, consultoría, o administración. Otros más, arguyen que la mediación no necesita ser una práctica profesional, y que puede ofrecerse a través de personal no profesional con vínculos hacia el tema o el ambiente de la desavenencia”<sup>10</sup>.

En la opinión personal del sustentante, no cualquiera está capacitado por naturaleza para ser mediador, y en efecto se deben aprender las técnicas para cumplir a cabalidad con esta delicada función. En lo que se refiere a la práctica colaborativa del derecho, los abogados que sean catalogados como colaborativos, habrán de instruirse en métodos alternativos de solución de conflictos, para poder, en conjunto, buscar soluciones al conflicto dentro de la normativa del derecho.

#### **1.8.5. Co-mediación**

“La co-mediación, respecto de la mediación oficiada por un único mediador, ofrece diversas ventajas. Cuatro ojos ven mejor que dos, debido a que a menudo esa

---

<sup>10</sup> Ibíd. Página 229.

visión cuantitativamente reforzada del conflicto representa un conjunto más rico de experiencias, aportando al problema mayor variedad de percepciones”<sup>11</sup>.

Escuchar es abrir sentidos, a veces ocultos. La misma frase en labios ajenos es otra frase. El planteo de la co-mediación, es enfrentarse a diferencias para fabricar nuevas miradas sobre un conflicto.

“Desde un punto de vista descriptivo la co-mediación, se caracteriza por ser una mediación en la cual, hay dos personas que operan en la misma situación simultáneamente. Estos trabajan en absoluta condición de igualdad, en lo referente a importancia, funciones, operancia y jerarquía... Desde el punto de vista de los participantes (convocantes y convocados) es importante remarcar que: en la co-mediación un equipo coopera entre sí y en función de una tarea.”<sup>12</sup>.

#### **1.8.6. Mediación bicultural**

La mediación suele tener lugar en el mismo país que el proceso judicial y se programa varios días antes de la audiencia. Como los casos de sustracción transfronteriza de menores siempre resultan muy conflictivos y tienen lugar bajo presión y en un marco judicial y temporal muy ajustado, habitualmente se admite que la co-mediación resulta esencial.

---

<sup>11</sup> Aloisio, Victoria y Wilhelm, Javier. La co-mediación: cuando cuatro ojos ven más que dos. Argentina. Disponible en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/articulo7-5.htm>. Consultado el 03-06-2015.

<sup>12</sup> Loc. cit.

“Con arreglo a la experiencia obtenida en asuntos familiares transfronterizos en proyectos de mediación germano-franceses y germano-estadounidenses, la Declaración de Wroclaw sobre mediación en litigios binacionales en materia de responsabilidad parental (inglés) de 2007 recomienda el siguiente modelo de co-mediación:

- a. Binacional: un mediador del país de origen de cada progenitor.
- b. Bilingüe: ambos mediadores deben hablar los dos idiomas.
- c. Igualdad de género: un hombre y una mujer.
- d. Biprofesional: un mediador con formación psicosocial o educativa y el otro con formación profesional jurídica”<sup>13</sup>.

Puede decirse que este modelo resulta beneficioso para las partes, ya que ambos antecedentes culturales quedan reflejados en el proceso de mediación y se entenderán sus idiomas, actitudes, valores y prioridades. “También resulta beneficioso para los mediadores, ya que pueden estar seguros de comprender la situación emocional y jurídica, muy compleja e intensa, y pueden abordarla de la forma más constructiva posible brindándose apoyo mutuo, al mismo tiempo que

---

<sup>13</sup> Modelos de mediación en los casos de sustracción transfronteriza de menores. Disponible en [https://www.era-comm.eu/EU\\_Civil\\_Justice\\_Training\\_Modules/kiosk/courses/Family\\_Law\\_Module\\_2\\_ES/Thematic%20Unit%203/models\\_mediation\\_1.html](https://www.era-comm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_2_ES/Thematic%20Unit%203/models_mediation_1.html). Consultado el 03-06-2015.

dan forma a una cooperación transfronteriza. Su imparcialidad no se ve afectada”<sup>14</sup>.

### **1.9. Cualidades de un abogado colaborativo**

Para poder ejercer el derecho de forma colaborativa, el profesional del derecho ha de reunir ciertas características, además de la capacitación necesaria para la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos. A continuación y en base a la lectura realizada de diversas fuentes informáticas, se hace un breve resumen de las que, a consideración personal del sustentante, han de ser las cualidades que debe reunir un abogado colaborativo.

Imparcialidad: Esta es una cualidad *sine qua non* (sin la cual no se efectuará una cosa), vital para que se alcance un acuerdo entre las partes. Pero en el caso de que un cliente contrata a un abogado, lo último que busca es la imparcialidad, pues lo que más anhela es ganar su causa, a la imparcialidad a la que se hace referencia es a la de estar consciente de cuánto merece o sería lo justo para ambas partes, y nunca perder ese horizonte buscando obtener más de lo que el cliente podría obtener.

---

<sup>14</sup> Loc. cit.

Resulta complicado encontrar un abogado que pueda llenar esta cualidad especialmente en los tiempos actuales, pero un aspecto muy importante lo constituyen los principios morales que hayan sido inculcados en la persona, puesto que a una persona íntegra moralmente, no le será mayor dificultad cumplir con esta cualidad. Por último, ésta cualidad tiene íntima relación con la mediación y la conciliación, puesto que tanto el mediador como el conciliador deben ser imparciales en el ejercicio de sus labores.

- a. ETICA. “Cuando alguien aplica una sentencia ética sobre una persona, está realizando un juicio moral. La ética, pues, estudia la moral y determina cómo deben actuar los miembros de una sociedad. Por lo tanto, se la define como la ciencia del comportamiento moral”<sup>15</sup>. La ética es una condición *Sine qua non* (sin la cual no se efectuará una cosa) de un abogado colaborativo, puesto que sus actuaciones deben cumplir con probidad para garantizar a los clientes –no solo uno, sino ambos- que se trabajará en pro de una solución que satisfaga los intereses de ambos.
  
- b. CONFIANZA. “Es la seguridad o esperanza firme que alguien tiene de otro individuo o de algo”<sup>16</sup>. Un abogado colaborativo, debe inspirar confianza, tanto al cliente como al profesional oponente, puesto que si alguna de sus

---

<sup>15</sup> Definición de ética - Qué es, Significado y Concepto. Disponible en <http://definicion.de/etica/#ixzz3ch9SAgVc>. Consultado el 02-06-2015.

<sup>16</sup> Definición de confianza - Qué es, Significado y Concepto. Disponible en <http://definicion.de/confianza/#ixzz3ch9tqdV8>. Consultado el 02-06-2015.

actitudes denota la intención de aprovecharse de la situación para obtener mayor beneficio para su cliente, es prácticamente seguro que esas negociaciones no alcanzarán buen término.

- c. **PROFESIONALISMO.** Al hablar de esta cualidad no se habla de contar con un título facultativo de Abogado, se trata de que la actitud de este profesional del derecho ha de ser en todo momento profesional, desde el momento en el que cuenta con la capacitación adecuada para ejercer de esta manera, hasta el punto de saber aconsejar a su cliente haciéndole ver que, por medio de este método, ambos deberán estar satisfechos a su finalización.
- d. **PACIENCIA.** Es importante que un abogado colaborativo sea una persona paciente, tanto para escuchar las peticiones de la contraparte, como para explicar las mejores opciones a su cliente hasta que éste comprenda los beneficios que le puede dejar un arreglo de esta forma.
- e. **CONFIDENCIALIDAD.** “Es la cualidad de confidencial (que se dice o hace en confianza y con seguridad recíproca entre dos o más individuos). Se trata de una propiedad de la información que pretende garantizar el acceso

sólo a las personas autorizadas”<sup>17</sup>. A pesar de que en la práctica colaborativa del derecho se trabajará en conjunto con la contraparte, es decir el otro abogado colaborativo, la confidencialidad o el secreto profesional no deben ser revelados por respeto al cliente, para darle una mayor seguridad jurídica.

### **1.10. Finalidad de la práctica colaborativa del derecho**

La intervención activa de Abogados colaborativos para ambas partes, desde que se acuerda seguir con este procedimiento permitirá:

- a. “Valorar la existencia o no de ZOPA (zona de posible acuerdo), y por tanto la viabilidad de esta práctica.
- b. Determinar concretamente el objeto del conflicto, así como la situación personal y económica de las partes.
- c. Aconsejar al cliente sobre la elección adecuada de esta forma de enfrentar el conflicto.
- d. Participar en la confección de las fases o sesiones y determinar el plazo máximo para dar por concluido el asunto”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Definición de confidencialidad - Qué es, Significado y Concepto Disponible en <http://definicion.de/confidencialidad/#ixzz3chAMNw3YA>. Consultado el 02-06-2015

<sup>18</sup> Derecho Colaborativo, una realidad inminente. Disponible en <http://www.jenasa.com/juridico/derecho-colaborativo-una-realidad-inminente/>. Consultado el 05-06-2015.

La finalidad principal de la práctica colaborativa del derecho es la de evitar acudir ante los tribunales de justicia, en un proceso que además de ser largo y tedioso, los resultados del mismo pueden dilatarse durante mucho tiempo. Otra finalidad sería la de ahorrar recursos económicos, puesto que si bien es cierto el abogado colaborativo ha de cobrar honorarios, el tiempo por el cual se prolongan los procesos, en muchas ocasiones resulta siendo más oneroso para ambos, quienes cuando se vienen a percatar de los gastos en los que han incurrido poco a poco, muchas veces piensan que debieron haber intentado resolver el problema de otra forma.

En cuanto a la ejecución o cumplimiento de dichos acuerdos, se puede afirmar que en el momento en el que las partes deciden arreglar su conflicto de esta manera, sería algo así como la aplicación de lo que en el derecho notarial constituye una jurisdicción voluntaria, la cual adquiriría calidad de cosa juzgada, debido a que se hizo por ambas partes, ante un abogado colaborativo, es decir ambos profesionales del derecho.

Pero, como se ha visto, en éste nuevo panorama, va a resultar imprescindible la intervención activa de los abogados, esencialmente abogados que tengan una mínima formación en negociación, conciliación y mediación o puesto en otras palabras: abogados colaborativos. A pesar de lo anterior, para que la práctica colaborativa del Derecho tenga una efectiva aplicación también es necesario que



las partes se encuentren anuentes a resolver su conflicto fuera de los tribunales de justicia.

En definitiva, el Derecho Colaborativo se presenta, de manera inminente, un novedoso panorama en el ámbito jurídico que favorece el impulso de prácticas colaborativas en beneficio de que el cliente evite un proceso judicial incierto, largo y costoso.

## CAPÍTULO 2

### Los métodos alternativos a la solución de conflictos, y su relación con la práctica colaborativa del Derecho

#### 2.1. Perspectivas académicas sobre conflicto

El conflicto por naturaleza es el que “define al conjunto de dos o más hipotéticas situaciones que son excluyentes: esto quiere decir que no pueden darse en forma simultánea. Por lo tanto, cuando surge un conflicto, se produce un enfrentamiento, una pelea, una lucha o una discusión, donde una de las partes intervinientes intenta imponerse a la otra”<sup>19</sup>.

Existen muchos tipos de conflictos, una forma de clasificarlos es: unilaterales y bilaterales. Un conflicto es unilateral cuando sólo una de las partes está en desacuerdo y bilateral cuando todas las partes esperan algo de la otra.

Morton Deutsch al referirse a los conflictos en el Prologo del libro Resolución de conflictos sin litigio de Jay Folberg y Alison Taylor dice: "Los conflictos y las desavenencias son aspectos inevitables y recurrentes de la vida. Tienen funciones individuales y sociales valiosas: proporcionan el estímulo que propicia los cambios sociales y el desarrollo psicológico individual”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Definición de conflicto. Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/conflicto/#ixzz2eUY06OS2>. Consultado el 20-08-2013

<sup>20</sup> Folberg y Taylor. Op. cit. Página 38.

Por su parte Fogler y Taylor en el anteriormente mencionado texto se refieren a este punto cuando dicen "Aunque el conflicto no es necesariamente negativo, censurable o intolerable, nuestra sociedad con frecuencia lo desaprueba por compararlo con situaciones de triunfo/derrota. El conflicto puede funcionar de maneras importantes y positivas: Puede contribuir a establecer límites de grupo mediante el fortalecimiento de la cohesión dentro de él; reduce la tensión incipiente al poner los problemas de manifiesto; y ayudar a determinar normas de grupo"<sup>21</sup>.

La manifestación del conflicto puede ser catalogada como una válvula de escape, especialmente para situaciones sociales complicadas que algunas veces evitan situaciones violentas que pueden provocar daños irreparables a las partes del mismo.

Lo importante no es evitar o suprimir el conflicto porque esto puede tener consecuencias no deseables. Más bien, el propósito es encontrar la forma de crear las condiciones que alienten una confrontación constructiva y vivificante del conflicto. Es posible hacer una diferenciación útil entre controversia enérgica y altercado nocivo.

A manera de consideración personal del sustentante y en base a la lectura realizada de diversos autores para el desarrollo del presente trabajo de

---

<sup>21</sup> Loc. Cit.

investigación, se puede concluir en que los conflictos son situaciones que en la mayoría de casos no se pueden evitar, puesto que nacen por el choque de intereses entre dos individuos, ya sean estas personas individuales o jurídicas, pudiendo, en muchas ocasiones, ser resueltos de manera amigable o pacífica si se tiene la correcta dirección o asesoría por ambas partes, haciéndoles ver que nadie gana o pierde, sino las ventajas que se obtiene de una solución amigable.

## **2.2. Las «tres pes» de un conflicto (Personas, Proceso, Problema)**

Para que un conflicto sea catalogado como tal, en medio del mismo habrá de encontrarse algo denominado las tres P. El autor J.P. Ledererach<sup>22</sup> lo estructura diferenciando tres partes sobre las que hay que actuar de manera diferente:

a. “Personas:

Son los involucrados y afectados. Hay que reconocer qué papel desempeñan, cómo se relacionan y qué influencia tienen. Averiguar las verdaderas preocupaciones y las necesidades de fondo de la gente. No hacer del conflicto un problema personal.

b. Proceso:

---

<sup>22</sup> LÉDERACH, J.P. (1998). Construyendo la paz: Reconciliación sostenible en sociedad divididas. Bilbao: Bakeaz, Red Gernika

Es la forma en que el conflicto se desarrolla y como las partes intentan resolverlo o zanjarlo. Regularmente, intervienen las relaciones de poder (económico, acceso a recursos, control, etc.) que pueden degenerar en la amenaza como único modo de influir en otros para producir el posible cambio que mejore la situación. Intentar proponer opciones positivas que no desafíe a las partes.

c. Problema:

Es el hecho de divergencia entre las partes. Es necesario distinguir entre conflictos reales (aquellos que la satisfacción de una parte impide la otra) o conflictos innecesarios”<sup>23</sup>.

En conclusión, la comprensión de un conflicto se facilita si se distinguen las diferentes facetas. Por ejemplo, las diferentes áreas de discrepancia o de incompatibilidad que se han de tratar para solucionar el problema, son los asuntos. Por aparte, los intereses son la razón por la que cada uno de estos asuntos importa a la persona. Las necesidades son lo indispensable, lo mínimo que hace falta para satisfacer a una persona, en cuanto a lo substantivo, lo psicológico y el proceso seguido para resolver el problema. Cuando una persona expresa su posición, o su solución para resolver el conflicto, esto no explica los asuntos a tratar, ni sus intereses, ni sus necesidades básicas. Para arreglar bien el conflicto hay que penetrar en las posiciones y llegar a la base del problema. De una

---

<sup>23</sup> Loc. cit

manera más sintética se puede decir que: El asunto es la discrepancia entre las partes.

### **2.3. Actitudes ante el conflicto y métodos de solución**

A medida que el tiempo ha transcurrido, se han ido creando diversas formas para dar solución a los conflictos, fuera del ámbito del derecho, pero siempre bajo la tutela y garantía de la ley. A continuación se hace una breve recapitulación sobre los métodos básicos para la solución de conflictos.

#### **2.3.1. Litigio**

De forma general se puede definir como “una disputa entre dos o más personas que se desarrolla en un juicio”<sup>24</sup>.

El litigio es el método mediante el cual un Órgano Jurisdiccional impone la solución del conflicto a las partes basándose en las leyes vigentes. Este es el método formal que tiene a su cargo el Estado, sin embargo, y de acuerdo con muchos autores, en estos tiempos de crisis económica la resolución de los

---

<sup>24</sup> Definición de litigio. Disponible en <http://es.thefreedictionary.com/litigio>. Consultado el 29-05-2015.

conflictos mediante el litigio se encuentra en crisis en casi todos los países por diversas razones, entre las cuales destacan:

- a. El Excesivo costo: Usualmente los honorarios de los abogados y las costas judiciales resultan excesivos e incluso en algunas oportunidades superiores a la suma que se discute en el juicio. Es práctica común entre las empresas que tienen cuentas por cobrar de muy bajo monto desistir de seguir procedimientos judiciales ya que resulta excesivamente oneroso seguir el juicio. Igual cosa sucede con otros litigios tanto de naturaleza civil como mercantil e incluso penal.
- b. La lentitud de los procesos: Los procesos judiciales usualmente son sumamente lentos por diversas razones, entre las que se cuentan la excesiva carga de trabajo de los Tribunales de Justicia, y la cantidad de recursos e incidentes que, en aras del derecho de defensa, se esgrimen en los tribunales.
- c. La falta de especialización de Jueces y magistrados: Hoy en día cada vez es más importante que el juzgado entienda muchas ramas de las distintas ciencias para poder juzgar en un conflicto.
- d. La publicidad: los procesos Judiciales son públicos y muchas veces se les hace mucha publicidad, especialmente cuando se trata de personas o entidades sobresalientes.

### 2.3.2. Negociación

La negociación es otro método de resolución de conflictos que consiste en "un proceso de comunicación que tiene por finalidad influir en el comportamiento de los demás y donde ambas partes lleguen a un acuerdo Ganar-Ganar"<sup>25</sup>. En la Negociación no existe, como en el Litigio, una autoridad externa que impone la resolución del conflicto. Son las propias partes las que buscan y encuentran la solución del conflicto mediante la intervención de Negociadores cada uno de los cuales representa a una de las partes y buscan los puntos complementarios para desarrollar una solución con el esquema de ganar-ganar. La Negociación se caracteriza por ser voluntaria, informal, no estructurada, por ser usada para lograr acuerdos mutuamente aceptables, aquí no existe un tercero neutral, no existe límite en la presentación de prueba, argumentos e intereses.

Una vez descritas sus características se puede definir como un proceso de mutua comunicación, encaminado a lograr un acuerdo con otros cuando hay algunos intereses compartidos y otros opuestos. La Negociación difiere de la Conciliación esencialmente porque en esta no existe un tercero neutral, son las partes en conflicto, sus representantes y/o sus abogados los que buscan una solución intermedia que, de alguna manera, satisfaga a ambos contratantes.

---

<sup>25</sup> Flores Mazzini, Victoria. Artículo Publicado en Internet: Negociación y Manejo de Conflictos. [http://www.umano.com.pe/docs/pdf/negociacion\\_exp.pdf](http://www.umano.com.pe/docs/pdf/negociacion_exp.pdf). Consultado el 20-08-2013.



### 2.3.3. ARBITRAJE

En el Arbitraje, al igual que en el Litigio es una figura externa a las Partes en Conflicto la que impone la solución al Conflicto. Se diferencia del Litigio en los siguientes puntos:

- “Es Voluntario: Es decir que las partes se someten voluntariamente a proceso por la vía arbitral y aceptan ‘a priori’ el resultado del mismo, es decir el Laudo Arbitral.
- Privado: El proceso Arbitral es de naturaleza privada. El órgano externo a las partes que intervienen en el proceso arbitral es de naturaleza privada no es un órgano Estatal y su Jurisdicción es dada únicamente por la voluntad de las partes en conflicto.
- Única Instancia: En el Arbitraje, a diferencia del Litigio existe una única instancia. El Laudo Arbitral no es apelable, aunque en las distintas legislaciones se establecen formas en las que se pueden corregir errores o vicios en el proceso Arbitral.
- Celeridad: El proceso Arbitral está diseñado para que la resolución del Conflicto sea mucho más rápida que dentro del Litigio formal.
- Especialidad: En el Arbitraje los Árbitros, al ser propuestos por las partes, o por lo menos aceptados por ellas, pueden tener una preparación especializada o específica para entender el Conflicto y por tanto están en capacidad de dictar un Laudo con mayor autoridad.

Es importante resaltar que en el Proceso Arbitral se procede en gran medida como si se estuviera en un Juicio Oral (Litigio) ante un Juez o Tribunal del orden común ya que es necesario dar a las partes las condiciones procesales necesarias para garantizar sus derechos básicos, sin embargo en el Arbitraje los recursos son virtualmente inexistentes y los incidentes que ponen obstáculos al proceso son resueltos sumariamente y sin formar artículo por el árbitro”<sup>26</sup>.

#### **2.3.4. La conciliación**

La conciliación es un método de resolución de conflictos mediante el cual una autoridad administrativa o judicial, por mandato de ley o por decisión propia, antes de iniciar el litigio propone a las partes formulas de conciliación, buscando la resolución del conflicto sin necesidad de seguir el proceso litigioso.

---

<sup>26</sup> Lusky Aguirre, Roberto. La mediación como método alternativo para la solución de conflictos. PONENCIA a presentar en el "IX Training de Arbitraje de la Suprema Corte de la Florida" y "XIX Arbitraje Comercial Internacional con Nuevas Tecnologías. Disponible en [https://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Farbitrajeglobal.com%2Fyahoo\\_site\\_admin%2Fassets%2Fdocs%2FPonencia\\_Dr\\_lusky.323101523.doc&ei=ZE5NVNfJJK6ggTkkYDACw&usg=AFQjCNENEb2e1ICWKjE1S7tynkOtma0fOg&sig2=Dtnxix7HZVvLOGuSkiiC\\_w&bvm=bv.77880786.d.eXY](https://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Farbitrajeglobal.com%2Fyahoo_site_admin%2Fassets%2Fdocs%2FPonencia_Dr_lusky.323101523.doc&ei=ZE5NVNfJJK6ggTkkYDACw&usg=AFQjCNENEb2e1ICWKjE1S7tynkOtma0fOg&sig2=Dtnxix7HZVvLOGuSkiiC_w&bvm=bv.77880786.d.eXY). Consultado el 30-09-2014.

Según el Diccionario de la Lengua Española<sup>27</sup>, el término conciliación procede del latín: 'conciliatio Onis' que significa: acción y efecto de conciliar. Conveniencia o semejanza de una cosa con otra.

En términos generales, Conciliar procede del vocablo latíno *Conciliare* que significa: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí.

Según R. Caivano<sup>28</sup>, la conciliación es una negociación asistida, ya que en el proceso de conciliación es necesario emplear técnicas de la negociación teniendo como facilitador a un tercero neutral. "Para ser un buen conciliador será requisito sine qua non comprender la dinámica propia y características de la negociación"<sup>29</sup>

#### **2.4. Relación de los métodos conciliatorios con la práctica colaborativa del derecho**

La falta de capacidad de los juzgados para solucionar los conflictos ha generado reformas en las leyes sobre los procesos, buscando rapidez y efectividad en el manejo de los conflictos y descongestión de los mismos.

---

<sup>27</sup> Diccionario de la Lengua Española. Vigésima edición. 1984

<sup>28</sup> CAIVANO, Roque J., y otros. Negociación, Conciliación y Arbitraje. Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos. Editor APENAC. 1998

<sup>29</sup> *Loc. Cit*

Los métodos alternos para la solución de los conflictos son hoy, un marco legal completo pero disperso, que permite la existencia de una justicia eficaz y oportuna con un conjunto de herramientas alternas, íntimamente ligadas al poder judicial.

Uno de los fenómenos más destacados en la reciente evolución de muchos ordenamientos legales, Guatemala incluida, es el empleo masivo de los llamados métodos alternativos de solución de conflictos<sup>30</sup>.

Se habla mucho de ellos, se escribe muchos sobre ellos y en algunos países los legisladores dedican un número creciente de normas encaminadas a fomentar de todas las maneras posibles la utilización de estos.

Ante todo, cabe destacar que no se trata de un fenómeno unitario ni homogéneo. Por un lado, dentro de los métodos alternativos de solución de conflictos, es preciso distinguir, al menos, entre mediación (o conciliación) y arbitraje. Estas instituciones no tienen nada en común, aparte de ser alternativas al procedimiento jurisdiccional.

Por tanto, es impropio hablar en términos generales de métodos alternativos de solución de conflictos sin tener en cuenta esta distinción. Por otro lado, existen innumerables formas de mediación al igual que existen varios tipos de arbitraje, interno e internacional y, así, también desde este punto de vista toda

---

<sup>30</sup> Referidos como ADR, <<Alternative Dispute Resolution>> por sus siglas en Inglés.

consideración general de los métodos alternativos de solución de conflictos que prescindan de tales variables, corre el riesgo de ser genérica y poco significativa.

Con respecto a la relación de estos métodos con el derecho colaborativo, la misma es muy íntima, ya que cuando un caso se intenta resolverlo por medio de la práctica colaborativa del derecho es imperante que el abogado aplique, en ocasiones no una sino varias de estas técnicas, toda vez las partes puedan llegar a un acuerdo que de fin al conflicto planteado.

## CAPÍTULO 3

### LOS CONTRATOS

#### 3.1. Antecedentes históricos

Para iniciar el desarrollo del tema sobre los contratos es necesario conocer un poco sobre los antecedentes históricos de esta institución ya que de entre los antecedentes remotos se puede llegar a conocer más sobre la razón de ser o naturaleza jurídica de los mismos, por lo que a continuación se presenta una breve reseña histórica sobre ellos.

##### 3.1.1. Sistema contractual romano

“En el Derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (conventio). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar. La consensualidad era el prototipo dominante. La convención se divide en pacto (pactum) y contrato (contractus), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene”<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Betancourt Serna, Fernando. Derecho romano clásico. Ed. Universidad de Sevilla. Servicio de Publicaciones. 2001

En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere únicamente a relaciones que sólo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su cumplimiento.

“El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles y estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica”<sup>32</sup>.

En el mencionado sistema los contratos se dividían en verdaderos y en cuasicontratos. Eran verdaderos los que se basaban en consentimiento expreso de las partes y eran cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto. A su vez los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados. Eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho (ej. compraventa) e innominados los que aún teniendo causa no tenían nombre.

“Los contratos innominados eran cuatro: Doy para que des, Doy para que hagas, Hago para que des y Hago para que hagas. Lo característico de los contratos innominados es que en ellos no intervenía el dinero contado. En el Derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban

---

<sup>32</sup> Loc. cit.

solo a una de las partes (por ejemplo, el mutuo) y los bilaterales obligaban a ambas partes (como en el caso de la compraventa)”<sup>33</sup>.

### 3.1.2. La acción en los contratos en Roma

“La acción (Actio) era el otro elemento esencial de los contratos en Derecho romano. Las acciones relativas a los contratos son acciones in personam en las cuales el demandante basa su pretensión en una obligación contractual o penal, las cuales podían ser Directas y Contrarias”<sup>34</sup>.

Como ejemplos de la acción previamente relacionada se pueden mencionar:

“«Actio directa»: Acciones directas eran aquellas con que contaba el acreedor, frente al deudor, desde el momento mismo de la celebración del contrato, tales como. la «actio certi» (que persigue un objeto específico, suma de dinero o cosa); la «actio ex stipulatio» (que tiene el acreedor cuando el objeto no era ni dinero, ni bienes genéricos sino que implicaba un hacer); la «actio locati» (que tiene el arrendador contra el arrendatario); la «actio commodati directa» (para lograr la restitución de la cosa dada en préstamo); la «actio depositi directa» (para exigir al depositario la restitución de la cosa depositada); la «actio mandati directa» (para exigir al mandatario cuentas del mandato); la «actio pignoratitia directa» (para que

---

<sup>33</sup> Loc. cit.

<sup>34</sup> Loc. cit.



el dueño recupere la cosa dada en prenda); la «actio negotiorum gestorum directa» (para exigir rendición de cuentas al gestor de un negocio). «Actio contraria»: Acciones por las cuales se pide siempre indemnización, o sea, nacen después de haberse realizado el contrato, como, la «actio fiduciae» (para la devolución de la propiedad transmitida en garantía); la «actio redhibitoria» (para rescindir el contrato por encontrarse vicios ocultos en la cosa vendida); la «actio quanti minoris» (por la que el comprador exige una reducción en el precio de la cosa por no corresponder al precio real), esta última también llamada «actio estimatoria»; la «actio conducti» (para hacer cumplir las obligaciones al arrendador); la «actio commodati contraria» (para lograr el resarcimiento de los posibles daños o gastos causados por la cosa dada en comodato le hubiere causado al comodatario; y la «actio doli» (acción penal que se ejercita contra quien daña con dolo)”<sup>35</sup>.

### 3.1.3. Los contratos nominados en el Derecho de Roma

A continuación se presentan algunos de los tipos de contrato que existían en la antigua Roma, y como se podrá observar muchos de ellos aún tienen aplicación en el derecho de la actualidad:

---

<sup>35</sup> *Loc. cit*

- *Aestimatum*. Contrato en virtud del cual una parte recibe objetos tasados con la obligación de venderlos o devolverlos después de cierto tiempo.
- *Chirographum*. Forma de obligarse de los peregrinos, en virtud de la cual el deudor entregaba al acreedor un recibo.
- *Syngraphae*. Forma literal de obligarse los peregrinos, consistente en dos copias, una en poder del acreedor y la otra en poder del deudor.
- *Conventio in manum*. Contrato *verbis* en virtud del cual la mujer al contraer nupcias entra a la familia del marido, ocupando jurídicamente el lugar de una hija.
- *Depositum*: Depósito. Contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa que el depositario ha de devolver cuando el depositante la requiera.
- *Depositum irregulare*: Depósito de dinero o bienes fungibles.
- *Dictio dotis*. Contrato *verbis* en el que el prométodos alternativos de solución de conflicto, un tercero o la mujer se comprometen a constituir una dote.
- *Iusiurandum liberti*: Contrato *verbis* en virtud del cual el esclavo se compromete a prestar ciertos servicios al patrón. También llamado *promissio iurata liberti*.
- *Locatio conductio*: Arrendamiento. Una de las partes (locator) se obliga a procurara la otra (conductor) el uso y el disfrute temporal de una cosa o la prestación de determinado servicio (*locatio conductio operarum*) o la ejecución de una obra (*locatio conductio operis*), a cambio de una cantidad de dinero llamado *merces*.

- *Mandatum*: Mandato. Contrato en virtud del cual una persona (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización gratuita de determinado acto, por cuenta o interés de aquella o tercero.
- *Pignus*: Prenda. El deudor, o un tercero, entregan al acreedor la posesión de una cosa, en garantía de una deuda.
- *Precarium*: Contrato innominado por el cual una de las partes concede el préstamo de una cosa a la otra parte, quien se lo ha solicitado especialmente (preces) la que está obligada a devolverlo a la primera solicitud.
- *Societas*: Sociedad. Contrato entre dos o más personas, con el fin de participar en ganancias y pérdidas.
- *Stipulatio*: Estipulación contrato verbal, solemne, unilateral que consiste en una pregunta seguida de una respuesta congruente.
- *Transactio*: Contrato innominado que consiste en un convenio extrajudicial en virtud del cual las partes se hacen concesiones para evitar los resultados del juicio posterior”<sup>36</sup>.

#### 3.1.4. Contratos tipificados (nominados) en las Siete Partidas

---

<sup>36</sup> *Loc. cit.*

Por su parte el Código de las Siete Partidas del Rey Alfonso X (1252-1284), de Castilla, ha ejercido, durante varios siglos, una enorme influencia jurídica en el derecho contractual de España y también de la mayoría de los países hispanohablantes de América que siguen el sistema denominado latino.

“La Partida Quinta compuesta de 15 títulos y 374 leyes, se refiere a los actos y contratos que puede el ser humano realizar o celebrar en el curso de su vida (derecho privado). Trata del contrato de mutuo, prohibiendo el cobro de intereses o usura; de comodato; de depósito; de donación; de compraventa, con la distinción entre título y modo de adquirir (proveniente del derecho romano); de permuta; de locación o arrendamiento; de compañía o sociedad; de estipulación o promesa; y de la fianza y los peños (hipotecas y prendas). Se refiere, también, al pago y a la cesión de bienes. Asimismo, incluye importantes normas de derecho mercantil, referidas a los comerciantes y contratos mercantiles”<sup>37</sup>.

### **3.2. Etimología y definición**

“El concepto etimológico de contrato proviene del latín *contractus* que significa pacto. Dicho concepto aparece en Roma en el siglo I de la era Cristiana; posteriormente, en el año 529 con el *Codex Justinianus*, recopilación de

---

<sup>37</sup> *Loc. cit.*

Justiniano, quien se refiere al *negotium contractum* y se le da la connotación jurídica que conocemos hoy en día”.<sup>38</sup>

De una manera muy general, contrato puede ser definido como “un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más, personas con capacidad, que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral”<sup>39</sup>.

Puede decirse también que por ese acuerdo de voluntades se generan derechos y obligaciones para las partes que en él participan. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento especial (contratos formales), de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad.

La mayoría de los Códigos civiles de los países cuyos ordenamientos jurídicos provienen históricamente del sistema romano-canónico y germánico, contienen definiciones aproximadas del contrato. La mayoría de ellos, siguen las directrices iniciadas por el Código civil francés, heredero del Código Napoleónico, cuyo

---

<sup>38</sup> Los contratos en el Derecho Civil. Universidad Interamericana para el Desarrollo. Pág. 1

<sup>39</sup> Betancourt Serna, Fernando. *Op.cit.*

artículo 1101 establece que el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa.

El Código civil alemán prescribe por su parte que "para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional, se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo"<sup>40</sup>. Por su lado el Código civil suizo señala que "hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita"<sup>41</sup>.

El Código Civil español, en su art. 1254, como todos los de la Europa continental, sigue también el rastro marcado por el Código Napoleónico, de modo que deja establecido que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."

Por aparte el Código Civil argentino, en su art. 1137, establece que "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."

Conforme al Código Civil del Uruguay (art. 1247), "Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan

---

<sup>40</sup> Bürgerliches Gesetzbuch o BGB. Código Civil Alemán.

<sup>41</sup> Schweizerische Zivilgesetzbuch, o ZGB. Código Civil Suizo.

recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

### **3.3. Elementos**

Un contrato para que sea considerado como tal, debe contar con varios elementos esenciales, así como requisitos propios de un acto jurídico los cuales son los elementos personales, elementos reales y elementos formales. A continuación se presenta un breve resumen de lo que constituye cada uno de ellos.

#### **3.3.1. Personales**

Los sujetos del contrato pueden ser personas físicas o jurídicas, con la capacidad legal de participar dentro del mismo, la cual es vital para poder obligarse. En este sentido, la capacidad en derecho se subdivide en capacidad de goce, que es la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos, comúnmente denominada también como capacidad jurídica; y capacidad de ejercicio o de obrar activa o pasiva, que es la aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin asistencia ni representación de terceros, que también es conocida como capacidad de actuar.

### 3.3.2. Reales

Los elementos reales en cualquier contrato de acuerdo con lo regulado por el Código Civil de Guatemala, los integran la prestación y contraprestación, es decir, el bien, la cosa o el servicio objeto del contrato, por un lado, y la entrega a cambio de ello de una suma de dinero, u otro acuerdo, por el otro.

### 3.3.3. Formales

La forma es el conjunto de signos mediante los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración de un contrato. En algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración, como por ejemplo lo establece la ley civil guatemalteca, puede ser necesaria la suscripción del mismo en escritura pública.

## **3.4. Forma y efectos**

La forma puede ser determinante, a veces, de la validez y eficacia de los contratos. De acuerdo con la legislación civil guatemalteca, los contratos pueden ser verbales o escritos; verbales, si su contenido se conserva sólo en la memoria de los intervinientes, o escritos, si su contenido se ha transformado en texto



gramatical reflejado o grabado en soporte permanente y duradero que permita su lectura y exacta reproducción posterior.

Los contratos escritos pueden además ser solemnes o no, dependiendo de si deben formalizarse en escritura pública, o basta con realizarlos en documento privado, e incluso si la ley exige su inscripción en algún tipo de registro público (Registro de la propiedad, Registro mercantil). En los denominados contratos reales, su perfección de su forma exige además la entrega de la cosa, como lo constituye por ejemplo el préstamo, aunque se recoja en escritura pública, éste no nace si no se entrega el capital prestado en el acto de la suscripción del contrato.

Por su parte, los efectos que un contrato puede producir como la expresión común lo establece, es ley entre las partes. Sin embargo, esto no significa que los contratos tienen un poder equivalente al de las leyes. “Los preceptos fundamentales nacidos de los contratos, que los intervinientes deben observar serán los siguientes: Las partes deben ajustarse a las condiciones estipuladas en el contrato (principio de literalidad). Las condiciones y los efectos del contrato solo tienen efecto entre las partes que aceptaron el contrato, y sus causahabientes (principio de relatividad del contrato)”<sup>42</sup>.

Los pactos contenidos en los contratos deben ejecutarse en los términos que fueron suscritos. Las estipulaciones de los contratos típicos, que fueran contrarias

---

<sup>42</sup> Loc. cit.

a la ley, se tienen por no puestas. Las disposiciones legales reconocen al contrato como fuente de obligaciones. “Las obligaciones contractuales son obligaciones civiles, por lo que el acreedor puede exigir del deudor la satisfacción de la deuda según lo pactado. En caso que el cumplimiento del objeto de la obligación no sea posible, por equivalencia, el acreedor puede demandar la indemnización de daños y perjuicios. Una vez que un contrato ha nacido válidamente, se convierte en irrenunciable, y las obligaciones originadas por el contrato válido no se pueden modificar unilateralmente”<sup>43</sup>.

### **3.5. Clasificación de los contratos**

Muchas son las clasificaciones de los contratos, ya sea según su forma, según los sujetos que participan, según el tiempo en el cual se desarrollan, por mencionar algunas. A continuación se hace referencia a varias de éstas clasificaciones de los contratos.

a) Por la interdependencia de las obligaciones:

“Contratos unilaterales: La unilateralidad nace del contrato y no por los efectos jurídicos que se produzcan con posterioridad. El artículo 1835 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el contrato es unilateral cuando una sola de

---

<sup>43</sup> *Loc. cit.*

las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Contratos bilaterales: Por otro lado, los contratos bilaterales son la manifestación externa de la voluntad de dos o más personas que se obligan recíprocamente, cabe aclarar que voluntades puede haber muchas como en el caso del contrato de una asociación civil, sin embargo partes sólo habrá dos”<sup>44</sup>.

b) Por la valoración económica de las prestaciones:

Contratos onerosos:

El Código Civil en su artículo 1590, define al contrato oneroso como aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

Por aparte se puede decir que el contrato será aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Contratos gratuitos: El contrato gratuito es aquel en que el provecho o beneficio es sólo para una de las partes, es el caso por ejemplo del contrato de donación; por virtud de este contrato, el donante transmite gratuitamente parte o la totalidad de sus bienes presentes.

---

<sup>44</sup> Los contratos en el Derecho Civil. Op. cit.

c) Por la precisión de los efectos económicos entre las partes en:

“Contratos conmutativos: Son contratos conmutativos aquellos en los que en el momento de su celebración se conocen las ventajas o pérdidas económicas que tendrán las partes contratantes

Contratos aleatorios: En este tipo de contratos la prestación está determinada, pero al momento de la celebración del contrato no se sabe quien será beneficiado y quien perjudicado, sino hasta que se dé el suceso o acontecimiento”<sup>45</sup>.

d) En cuanto a su función jurídica relacionada con otros actos jurídicos:

“Contratos principales: Los contratos principales son aquellos que para que existan y sean válidos jurídicamente no necesitan de la existencia de ningún otro contrato previo, tal es el caso de un contrato de compra-venta.

Contratos accesorios: Por su parte, los contratos accesorios para su existencia y validez necesariamente requieren de la existencia previa de un contrato principal, es decir, estos contratos se constituyen como efectos de garantía de aquellos”<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Loc. cit.

<sup>46</sup> Loc. cit.

e) En cuanto a su ámbito de temporalidad en:

“Contratos instantáneos: Este tipo de contratos son los que se realizan y perfeccionan en un sólo acto.

Contratos de tracto sucesivo: Son aquellos que requieren de un tiempo determinado para su ejecución, tal es el caso del contrato de arrendamiento”<sup>47</sup>.

f) En cuanto a su nacimiento y validez en:

“Contratos consensuales: En los contratos consensuales no se requiere de otra cosa más que de la voluntad de las partes para que el contrato exista y sea válido jurídicamente.

Contratos formales: Los contratos formales, como su nombre lo indica, requieren de una formalidad específica para tener validez.

Contratos solemnes: Los contratos solemnes son aquellos que requieren la presencia de la autoridad para que su validez sea decretada”<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Loc. cit.

<sup>48</sup> Loc. cit.

## **CAPÍTULO 4**

### **La cláusula colaborativa dentro de los contratos**

#### **4.1. Cláusula colaborativa**

Como se pudo observar en el capítulo anterior, los contratos contienen en cada una de sus cláusulas la voluntad de las partes que participan y se obligan por medio de ellos.

Con referencia al presente tema, y en vista de la propuesta de aplicar la práctica colaborativa del derecho, dentro del presente capítulo se presenta una forma de aplicar el derecho colaborativo, por medio de la inclusión de una cláusula colaborativa dentro de los contratos, por la cual los contratantes se obliguen a que, en el supuesto de que se llegase a presentar un conflicto de intereses a raíz del mismo, ambos se comprometan a resolver dicho conflicto recibiendo el apoyo de sus abogados quienes, trabajando en común, buscarán las mejores propuestas de solución al conflicto evitando cualquier clase de litis.

Por lo anteriormente expuesto, la cláusula colaborativa, desde el punto de vista personal del sustentante puede ser definida como “aquella cláusula por medio de la cual las partes se obligan a que si en determinado momento el contrato que están suscribiendo llegase a causar conflicto entre ellos, ambos accederán a

arreglar dicho conflicto sin accionar por medio de proceso litigioso ante las autoridades”.

#### **4.2. Diferencias entre cláusula colaborativa y arbitraje**

Se puede decir que la cláusula colaborativa dentro de un contrato tiene similitud con el compromiso al que, en determinado momento, las partes pueden arribar, comprometiéndose a resolver cualquiera de sus conflictos por medio de un arbitraje, pero a pesar de que tiene mucha similitud, también tiene sus diferencias.

La diferencia esencial que se encuentra entre estas dos instituciones del derecho radica en el hecho de que para ejecutar la cláusula colaborativa dentro de un contrato, ambas partes deben ser asistidas, cada uno, por un abogado colaborativo o que se dedique a la práctica colaborativa del derecho, puesto que si a uno de ellos no le asiste dicho profesional será muy difícil que la situación se llegue a solventar.

Por el contrario, en el arbitraje como es bien sabido, es una persona denominada árbitro, quien tendrá a su cargo la decisión sobre la situación que se le plantea, lo que en muchas ocasiones puede resultar en el hecho de que alguna de las partes pueda llegar a sentir que no fue del todo beneficiada con la resulta del proceso.

La otra diferencia esencial entre lo que representaría una cláusula colaborativa dentro de un contrato y la obligación de someterse a un arbitraje lo representa el hecho del que por ejemplo en Guatemala, una cláusula colaborativa aún no se reconoce como un compromiso que las partes deban cumplir, por el contrario cuando éstas acuerdan resolver sus diferencias por medio de un arbitraje, esto tiene un carácter de obligación por lo que se encuentran constreñidos a darle cumplimiento.

#### **4.3. Marco de aplicación de la cláusula colaborativa dentro del ámbito Civil, Mercantil y en los acuerdos del Derecho de Familia**

Dentro del presente trabajo de investigación se ha venido desarrollando el tema sobre el derecho colaborativo o la práctica colaborativa del mismo, y a partir de esa idea surgió la de la factibilidad de incluir dentro de los contratos civiles y mercantiles una cláusula colaborativa por medio de la cual, las partes que intervienen en el contrato se comprometan a resolver las disputas que por el contrato surgieren, por medio de los métodos de mediación y conciliación aplicados por un abogado colaborativo.

Pero al hacer el análisis de las ramas del derecho en las cuales la aplicación de una cláusula de esta índole tendría mayores posibilidades de surtir efectos, se



determina que es dentro de los contratos civiles, mercantiles y los acuerdos que se suscitan dentro del derecho de familia.

Pero ¿por qué delimitar la aplicación de este tipo de cláusulas a éstas ramas del derecho?

La respuesta planteada por el sustentante, tiene que ver más que nada con la naturaleza privada de estas ramas del derecho, puesto que dentro de las ramas del derecho público se puede decir que se ven involucradas una mayor cantidad de voluntades que en las contrataciones de naturaleza civil y mercantil, así como la de familia, donde el acuerdo entre los contratantes queda resguardado bajo un acuerdo de voluntades privado, mientras que en las ramas del derecho público, tal y como su nombre lo indica, por naturaleza tendrá incidencia en algo que afecta más que solamente a los contratantes.

#### **4.4. Forma de funcionamiento de la cláusula colaborativa**

La forma de funcionamiento en la que una cláusula colaborativa podría funcionar sería la siguiente: en primer lugar, al momento de la contratación, ambas partes deberían estar informados sobre la forma de resolver un eventual conflicto que pudiese surgir a raíz del contrato que se suscribe.

Es importante mencionar en este punto, que aunque en principio pareciera que las cláusulas colaborativas no tendrían mucha utilidad en ciertos contratos, al realizar un análisis sobre este tema, se ha podido determinar que el conflicto puede surgir a raíz de un contrato, independientemente de la denominación u objeto de éste, ya que igual en una compraventa que en un contrato de servicios profesionales, una de las partes podría en cierto momento, sentir que no está recibiendo su pretensión a cabalidad, razón por la cual podría, en algún momento, llegar a accionar ante el órgano jurisdiccional para hacer valer un derecho que, según su punto de vista, le ampara.

El siguiente paso en la forma de funcionamiento de la cláusula colaborativa se presentaría cuando surgiera el conflicto entre los contratantes, quienes utilizando el testimonio de la escritura pública donde se suscribió el contrato, lo utilizarían como un título ejecutivo para poder exigir y obligar a que la contraparte acceda a negociar una solución al problema planteado.

En este punto surge una idea que podría ayudar a mejorar la aplicabilidad de la respectiva cláusula colaborativa dentro de los contratos, y lo que dentro de la misma cláusula se determine al momento de suscribir el contrato, el abogado que cada una de las partes establece como su representante colaborativo en caso se llegase a tener alguna disputa por la cual haga falta ejecutar dicha cláusula.

La idea anterior surge a raíz del hecho que en Guatemala, el tema sobre la práctica colaborativa del derecho, no ha dado ni sus primeros pasos ya que en

Guatemala no es reconocido como un método alternativo de solución de conflictos, tal y como sucede en países anglosajones, o algunos que siguen el sistema latino pero utilizan este tipo de práctica, y también debido a que en nuestro país las casas de estudios superiores aún no cuentan con métodos de enseñanza por medio de los cuales capaciten a sus egresados para que pudieran practicar el derecho de forma colaborativa.

Es en este punto donde la aplicación de una cláusula colaborativa dentro de los contratos encuentra su mayor obstáculo, debido a que en Guatemala no existe una cultura conciliatoria ya que, lastimosamente, en muy pocas ocasiones los profesionales del derecho buscan acercarse entre colegas a proponer soluciones para los conflictos de los clientes, por el contrario, entre la mayoría de abogados se maneja la errónea idea de que, entre mayor sea el tiempo que dilata un proceso, mayor será la ganancia por los gastos en concepto de honorarios, que al cliente le generará el mismo.

Finalmente, el tercer supuesto en el funcionamiento de la cláusula colaborativa en los contratos, lo representa la negociación a la cual se obligan las partes que acceden en someter las eventuales diferencias que pudieren surgir entre ellos.

Pero esta no es una negociación cualquiera, como se explicó con anterioridad dentro del presente trabajo de investigación, ya que en ella los abogados colaborativos representan una parte vital, y los métodos y técnicas de mediación y conciliación que ellos apliquen conjuntamente, son vitales para que las partes

arreglen su conflicto, sin necesidad de sentir que están dejando de percibir los frutos del contrato, o que la pretensión que desean hacer efectiva no será cumplida en su totalidad.

## CAPÍTULO 5

### La aplicación de una cláusula colaborativa dentro de los contratos

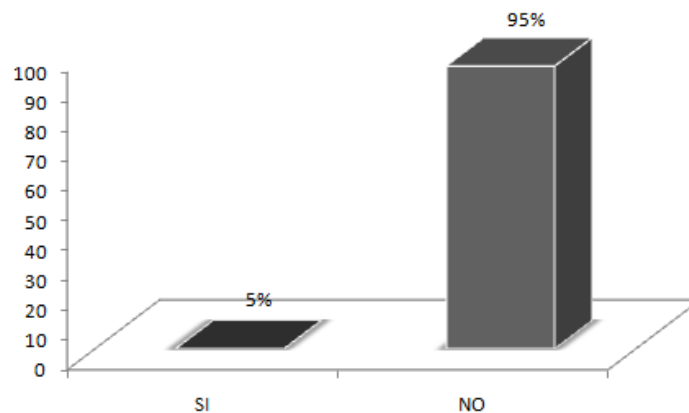
#### 5.1. Instrumento de observación

Con el objeto de obtener una perspectiva sobre la opinión de los profesionales del derecho que en principio tendrían bajo su responsabilidad la práctica colaborativa del derecho, se aplicó el siguiente instrumento de observación a manera de encuesta. La muestra tomada fue de 20 encuestados, cuyos resultados se presentan en forma de gráficas con su respectivo análisis y discusión.

##### 5.1.1. Análisis y discusión de resultados instrumento de observación

#### Pregunta No.1

¿Está familiarizado con el término Derecho Colaborativo?



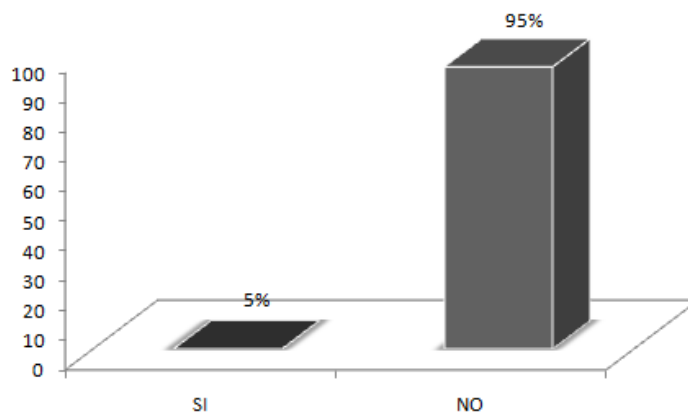
Fuente: Encuesta

Comentario:

A la pregunta sobre si alguno de los encuestados estaba familiarizado con el término Derecho Colaborativo, un 95% de los encuestados honestamente respondieron que no habían escuchado mencionar esta forma de practicar el derecho.

**Pregunta No.2**

¿Ha realizado alguna lectura o participado en alguna clase de capacitación sobre Derecho Colaborativo o la práctica colaborativa del derecho?



Fuente: Encuesta

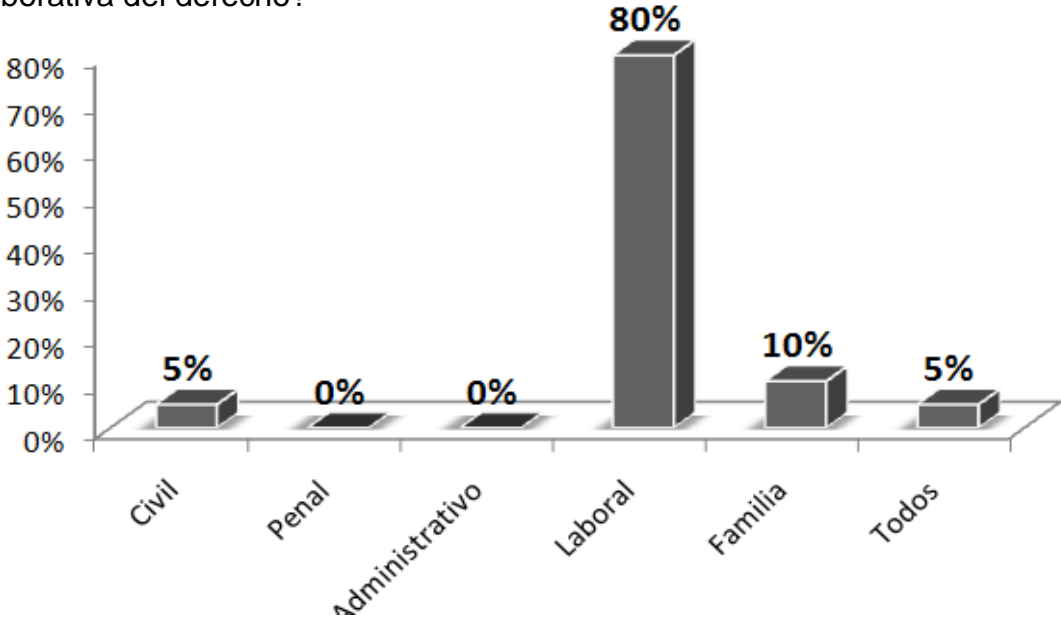
Comentario:

Siguiendo en la misma línea de la pregunta anterior, el 5% de los encuestados, que de acuerdo a la muestra equivale a un solo profesional del derecho, había realizado alguna clase de lectura previa sobre lo que constituye la práctica

colaborativa del derecho, y el restante 95% de los encuestados, es decir 19 de ellos, indicaron que era un término nuevo para ellos.

**Pregunta No.3**

¿En qué rama del derecho cree que se aplica o puede aplicar la práctica colaborativa del derecho?



Fuente: Encuesta

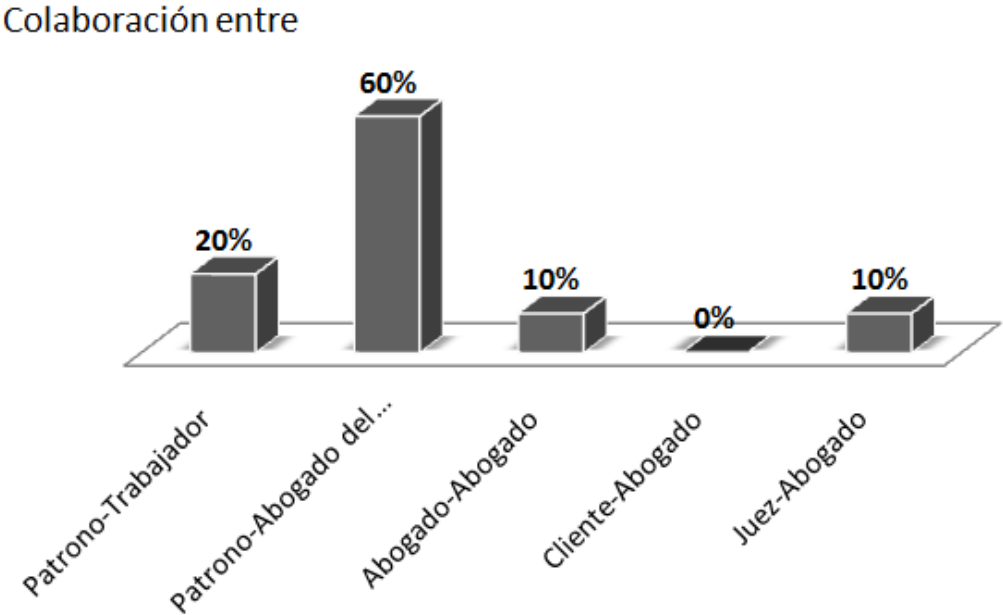
Comentario:

Debido a que la mayoría de los encuestados no se encontraba familiarizado con el tema sobre la práctica colaborativa del derecho, muchos de ellos, un 80% para ser precisos, al contestar la pregunta número 3 de la encuesta, lo asoció con el

derecho laboral, mientras que un 10% se refirió a él con el derecho de familia y un profesional, equivalente al 5% indicó que se podía aplicar en todas las ramas.

**Pregunta No.4**

Al referirse a Derecho Colaborativo, ¿cuál de las siguientes ideas se acerca más al concepto que usted tiene del mismo?



Fuente: Encuesta

Comentario:

La cuarta pregunta de la encuesta, ilustra de manera muy clara el desconocimiento que los encuestados tenían sobre el tema, ya que un 60% asoció

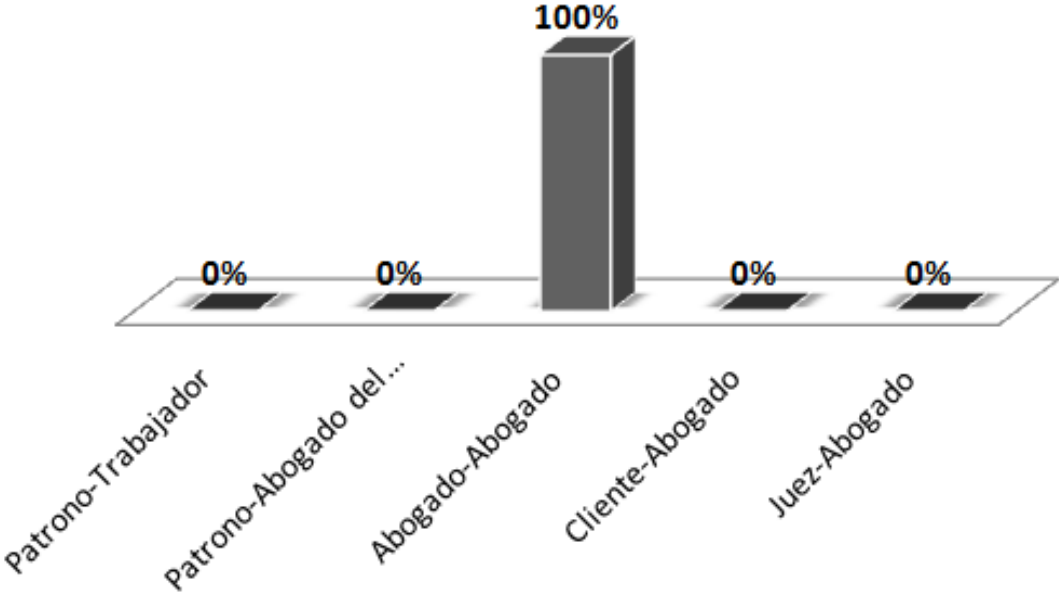


el concepto a la colaboración entre un patrono y el abogado del trabajador; por su parte un 20% de los encuestados lo asoció con la colaboración entre patrono y trabajador, mientras que de igual forma un 10% lo asoció con la colaboración entre abogados de las partes y el Juez con el abogado.

**Pregunta No.5**

Por favor, lea la siguiente definición de Derecho Colaborativo. Al haberle dado lectura, por favor vuelva a responder ¿cuál de las siguientes ideas considera que se acerca al concepto de Derecho Colaborativo?

Colaboración entre



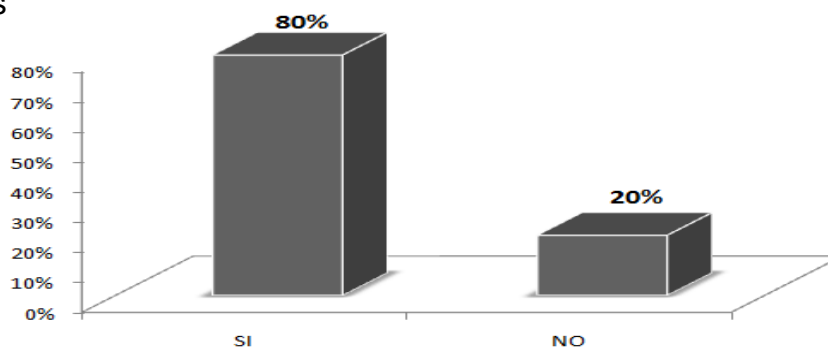
Fuente: Encuesta

### Comentario:

En respuesta a la pregunta 5, y después de realizar la respectiva lectura de la definición de lo que es el Derecho Colaborativo o la práctica colaborativa del derecho, un abrumador 90% cambió su respuesta a lo que constituye la colaboración entre los abogados de las partes, ya que en la pregunta 4, un 10% ya había indicado que eso era lo que consideraban como práctica colaborativa del derecho. el 100% de los encuestados coincidió en que el Derecho Colaborativo es el que practican los abogados de las partes, trabajando en conjunto para que el problema surgido entre clientes se arregle fuera del ámbito judicial.

### **Pregunta No.6**

Recomendaría usted a su cliente la inclusión de una cláusula colaborativa dentro del contrato, por medio de la cual ambos se obliguen a que en el momento de que hipotéticamente surgiera una desavenencia a consecuencia del contrato, optaren por solucionarla fuera de tribunales y bajo la dirección y colaboración de los abogados de ambos



Fuente: Encuesta

### Comentario:

En respuesta a la pregunta final de la encuesta realizada, un 80% de los encuestados indicó que en efecto sí aconsejarían a sus clientes la inclusión de una cláusula colaborativa dentro del contrato para que solucionasen sus diferencias, únicamente con la dirección y colaboración de sus abogados. Por aparte, un 20% no se mostró convencido sobre la posibilidad de que este tipo de cláusulas surtan los efectos deseados.

## **5.2. Factibilidad de la propuesta realizada**

A continuación se presentan algunos puntos importantes que se consideran vitales para que la propuesta de incluir una cláusula colaborativa dentro de los contratos, pueda ser aplicada.

### 5.2.1. Formas de ejecución y garantía de cumplimiento de la cláusula colaborativa en los contratos

En primer lugar para determinar la factibilidad de la propuesta de inclusión de una cláusula colaborativa dentro de los contratos, se encuentra cuál sería la forma de ejecución y garantía de su cumplimiento, la cual en principio debería ser bien explicada por parte del abogado y notario a ambos contratantes, quienes

conscientes del compromiso que representa, aceptarían y ya sea que dentro del mismo contrato o en documento aparte, indicarían la dirección bajo la cual actuarían en caso llegase a necesitarse la ejecución de dicha cláusula. Es decir que dentro del contrato, se suscribirían los datos de un abogado colaborativo, que les asistiría a cada uno en caso llegara a surgir un conflicto a raíz de dicho contrato.

Pero en principio se antoja difícil que en los tiempos actuales y con la forma en la que los valores morales han venido decayendo dentro de la sociedad guatemalteca, que los contratantes den certeza de cumplir con dicho acuerdo por lo que además de incluir la cláusula en los contratos, ésta representaría una especie de renuncia al derecho de reclamo ante los tribunales de justicia.

#### 5.2.2. Un acuerdo de voluntades respaldado por el contrato suscrito

Se debe tener bien presente que la voluntad es uno de los principales elementos de todo contrato, ya que uno de los vicios del consentimiento lo representa la violencia, que en este sentido se podría interpretar como la coerción a aceptar participar en un contrato del cual no existe la anuencia a hacerlo, por lo que sin la voluntad de alguno de los contratantes el contrato puede ser redargüido de nulidad.

En el caso de la inclusión de una cláusula colaborativa dentro del contrato, la voluntad de los contratantes se convierte en un elemento esencial del mismo, ya que como se anotó en el numeral anterior, una de las formas de garantizar su cumplimiento lo representaría el hecho de que los contratantes estarían renunciando a accionar judicialmente la reclamación que pretendan y por el contrario acepten expresamente resolverla colaborativamente.

#### 5.2.3. La homologación judicial como una garantía del cumplimiento de la cláusula

La homologación judicial de la cláusula colaborativa podría constituir una forma de garantizar su cumplimiento, pero en el supuesto de que esto se llegase a necesitar lo sería en el caso de que una de las partes no se encuentra conforme con lo pactado y acude ante los tribunales de justicia a realizar su reclamo por medio de una demanda, al momento de que al demandado le notifican la misma, éste se apersona al respectivo juzgado y presenta el contrato suscrito en el cual se incluyó la cláusula colaborativa y en ese momento el juez homologa la misma, obligando al actor a resolver su inconformidad de acuerdo a como se acordó en el contrato.

#### 5.2.4. La penalización pecuniaria por el incumplimiento al accionar en la vía judicial

El ser humano por naturaleza es cambiante y siempre puede surgir en él, el cambio de parecer, pero en lo que respecta a la propuesta de inclusión de cláusulas colaborativas dentro de los contratos, éste cambio de parecer representaría una burla para el acuerdo de voluntades original, por lo que tal y como se sugirió en el numeral anterior, la homologación judicial a la cláusula pactada representaría un efectivo método para hacer que se cumpla, pero si fuere el caso en el cual si el deseo de la parte que se considera afectada por el contrato, fuere el de no resolver colaborativamente el conflicto, la penalización pecuniaria por optar en la vía judicial a pesar de haber suscrito un compromiso de colaboración, vendría a funcionar a manera de indemnización para quien sí está dispuesto a respetar dicha cláusula.

Ahora bien si fuere el caso en el que ambos desean accionar judicialmente, se aplicaría perfectamente la figura de la compensación contemplada por el Código Civil. Por aparte, otro aspecto a contemplar es el hecho de que en cuanto a reforma de leyes respecta, para la inclusión de las cláusulas colaborativas dentro de los contratos, no sería necesario puesto que al arribar a un arreglo fuera de litigio, bastaría con un documento, que podría ser otra escritura pública, en el cual se deje plasmado el arreglo al cual se llegó por voluntad de las partes.

En conclusión, dentro del presente trabajo de investigación, se ha planteado la posibilidad de incluir una cláusula colaborativa dentro de los contratos, por medio de la cual las partes se obliguen a resolver los posibles conflictos que por el

contrato surgieren, aplicando los principios básicos de la práctica colaborativa del derecho como lo son con el apoyo de sus abogados asesores, quienes trabajando en conjunto les ayudarían a buscar la mejor solución al conflicto, siempre fuera de los tribunales de justicia.

## CONCLUSIONES

1. El Derecho es una ciencia que no puede dejar de expandirse y evolucionar de acuerdo a las necesidades de los que a diario se auxilian de sus ramas para resolver sus diferencias.
2. El Derecho Colaborativo o práctica colaborativa del derecho es una nueva forma de ejercicio del Derecho que permite resolver los asuntos sin necesidad de acudir a la vía judicial o contenciosa y gracias al trabajo en conjunto de los abogados de cada una de las partes quienes trabajarán colaborando por encontrar una solución al conflicto.
3. Los métodos alternativos de solución de conflictos, son esenciales en la práctica colaborativa del derecho, ya que los abogados que trabajen de esta manera, han de estar altamente capacitados para aplicar estos métodos en busca de soluciones sin litigio.
4. Se conocieron los antecedentes históricos de la práctica colaborativa del Derecho que ya se aplica en países desarrollados, y se pudo explicar los fundamentos sobre los cuales sienta sus bases esta modalidad de solución de conflictos, definiendo el ámbito más adecuado para la aplicación de este método en el medio jurídico guatemalteco.



5. El contrato es un acuerdo de voluntades por medio del cual dos personas se obligan mutuamente, y lo suscrito en él como la expresión común lo establece, es ley ante las partes. Sin embargo, esto no significa que los contratos tienen un poder equivalente al de las leyes.
  
6. La cláusula colaborativa representa un compromiso por el cual las partes se obligan mutuamente a resolver los eventuales conflictos que pudieren surgir a raíz del contrato, utilizando métodos de mediación y conciliación propuestos por cada uno de sus abogados auxiliares, para buscar una solución al conflicto absolutamente fuera del litigio.

## RECOMENDACIONES

1. Es necesario que en Guatemala se dé a conocer sobre el Derecho Colaborativo o la práctica colaborativa del mismo, ya que la mayoría de profesionales no están al tanto de lo que representa tan novedosa práctica.
2. Es conveniente que en Guatemala se capacite a los Abogados y Notarios sobre los beneficios que la práctica colaborativa del derecho proporciona para resolver conflictos evitando recurrir a órganos jurisdiccionales.
3. Los métodos y técnicas alternativas para la solución de conflicto deben ser incluidos dentro de la preparación universitaria de todos los profesionales del derecho con la finalidad de que éstos puedan ofrecer a sus clientes, soluciones diferentes al litigio.
4. Se considera factible la aplicación de la práctica colaborativa del Derecho en Guatemala, siendo un buen punto de partida para su aplicación, la inclusión de cláusulas colaborativas dentro de los contratos.
5. La inclusión de cláusulas colaborativas dentro de los contratos es conveniente por el hecho de que a la larga representarán un ahorro para los

contratantes que eventualmente deban solucionar un conflicto que surgió a raíz de ese contrato.

6. Las cláusulas colaborativas son factibles de incluir dentro de los contratos, pero los abogados que auxilian a las partes que deseen solventar sus diferencias por esta vía, deben contar con la preparación adecuada en métodos y técnicas alternativas de solución de conflictos.

## Anexo 1

Ejemplo de la encuesta

**Universidad Rafael Landívar**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Proyecto de Tesis**  
**Derecho colaborativo, una nueva forma de solucionar conflictos**  
**Tesista: Fernando Saucedo**

### INSTRUMENTO DE OBSERVACIÓN

**Instrucciones:** La siguiente es una encuesta tomada de una muestra de 20 boletas que fue realizada entre Abogados y Notarios. Por favor marcar solamente una casilla.

1. ¿Está familiarizado con el término Derecho Colaborativo?

SI

NO

2. ¿Ha realizado alguna lectura o participado en alguna clase de capacitación sobre Derecho Colaborativo o la práctica colaborativa del derecho?

SI

NO

3. ¿En qué rama del derecho cree que se aplica o puede aplicar la práctica colaborativa del derecho?

Civil

Laboral

Penal

Familia

Administrativo

Todas

4. Al referirse a Derecho Colaborativo, ¿cuál de las siguientes ideas se acerca más al concepto que usted tiene del mismo?

- Colaboración Patrono-Trabajador
- Colaboración Patrono-Abogado del trabajador
- Colaboración Abogado-Abogado
- Colaboración Cliente-Abogado
- Colaboración Abogado-Juez

5. Por favor, de lectura a la siguiente definición de Derecho Colaborativo

**Derecho Colaborativo:**

“Es aquel que realizan los abogados que, entrenados para ello y en trabajo conjunto con sus colegas, utilizan técnicas de mediación o métodos de conciliación para lograr que sus clientes alcancen acuerdos y el conflicto sea solucionado fuera de los tribunales”.

Al haberle dado lectura, por favor vuelva a responder ¿cuál de las siguientes ideas considera que se acerca al concepto de Derecho Colaborativo?

- Colaboración Patrono-Trabajador
- Colaboración Patrono-Abogado del trabajador
- Colaboración Abogado-Abogado
- Colaboración Cliente-Abogado
- Colaboración Abogado-Juez

6. Recomendaría usted a su cliente la inclusión de una cláusula colaborativa dentro del contrato, por medio de la cual ambos se obliguen a que en el momento de que hipotéticamente surgiera una desavenencia a consecuencia del contrato, optaren por solucionarla fuera de tribunales y bajo la dirección y colaboración de los abogados de ambos.

SI

NO

## Anexo 2

### **Negociación y Manejo de Conflictos<sup>49</sup>**

¿Cuántas horas al día negociamos? Si nos detenemos a analizar, realmente, negociamos permanentemente, desde que amanecemos en casa, cuando nos dirigimos a nuestro centro laboral y en el camino se nos cruzan vehículos de transporte público, cuando lidiamos con los jefes, compañeros, clientes, y hasta cuando volvemos a casa y nuestra pareja o hijos desean ver una película con nosotros. La negociación es una herramienta importante para lograr lo que queremos de otras personas, sobre todo cuando no se tienen intereses en común.

Es poco probable que nos guste, por decreto, vivir en conflicto, a menos que sea su temperamento natural. En líneas generales, afecta en mayor o menor grado la productividad de las personas. Necesitamos aprender a manejar el conflicto porque está presente en nuestras vidas. Ahora bien, se necesitan dos personas para tener un conflicto. La solución empieza simplemente cuando una de las partes cambia de actitud y pone de su parte para empezar a resolver el problema.

Una definición de negociación nos indica que es el proceso de comunicación que tiene por finalidad influir en el comportamiento de los demás y donde ambas partes lleguen a un acuerdo GANAR-GANAR. La razón para que al final de una

---

<sup>49</sup> Flórez Mazzini, Victoria. Negociación y Manejo de Conflictos. Disponible en [http://www.umano.com.pe/docs/pdf/negociacion\\_exp.pdf](http://www.umano.com.pe/docs/pdf/negociacion_exp.pdf). Recuperado el 12-12-2013

negociación ambas partes puedan creer que han ganado es que ni los intereses ni los valores tienen por qué ser opuestos, y es responsabilidad de los negociadores descubrir los puntos complementarios para desarrollar una negociación con el esquema ganar-ganar.

El método de negociación de Roger Fisher y William Ury abarca los siguientes puntos:

1. Separar las personas del problema. Cuando uno se refiere a la “otra parte”, nos olvidamos con frecuencia que son personas, al igual que nosotros, que sienten emociones, tienen su propia escala de valores, tienen vivencias diferentes y son impredecibles. Es importante comprender que todo negociador tiene dos tipos de intereses: en la esencia y en la relación con la otra parte. Por ello, no es bueno comenzar una negociación con el propósito de vencer a toda costa. Ponemos en peligro las relaciones de negocio a futuro.
2. Centrarse en los intereses y no en las posiciones. La negociación basándose en posiciones (“yo quiero esto”), es menos eficaz que si se realiza basándose en intereses (“¿para qué quiero esto?”). Los argumentos, demandas e interpretaciones son la punta del iceberg. Busque la verdadera razón en los sentimientos, frustraciones, temores, emociones, deseos.
3. Inventar opciones de mutuo beneficio. Por ejemplo, dos niños, hombre y mujer, se disputaban una naranja. Los métodos alternativos de solución de

conflictose decidió partirla por la mitad. Éste se preparó un jugo con su mitad y echó a la basura la cáscara. La niña ralló la cáscara y obtuvo la mitad de la ralladura de naranja que necesitaba para preparar un postre y echó a la basura la pulpa. La solución ideal salta a la vista. La invención creativa –buscando intereses comunes o complementarios-- es una necesidad para generar múltiples acuerdos que sean de beneficio para ambas partes. Primero se debe inventar; luego, decidir.

4. Insistir en que los criterios sean objetivos. La necesidad de criterios objetivos es fundamental para lograr una solución basada en principios, no en presiones.

Debemos concentrarnos en los méritos del problema, no en el temple de las partes y ser abiertos a las razones, pero cerrados ante las amenazas. Actualmente, se utiliza la Programación Neuro Lingüística –PNL- en las negociaciones porque sirve para analizar la comunicación no verbal que representa el 93% de nuestra comunicación. Efectivamente, las palabras por sí solas sólo representan el 7% de lo que queremos decir. En este campo de la comunicación no verbal existen varios ejemplos que pueden ser de mucha utilidad si se sabe observar:

- El silencio. Quedarse callado, saber manejar el silencio, es fundamental durante la negociación, pues se puede obtener mucha más información de



lo que podría suponerse. No se debe olvidar de que el silencio es una situación muy tensa, que mucha gente no puede o no sabe controlar. Por tanto, se puede obligar a que el otro continúe hablando tan sólo con permanecer callado.

- No mostrar reacciones ante lo que el otro nos dice. Un buen negociador NO reacciona. ¿Quién controla su estado de ánimo? Si es el adversario, quiere decir que somos muy frágiles. Somos responsables de los que nos sucede emocionalmente, incluyendo los conflictos. Los pleitos usualmente se dan por percepciones equivocadas. En vez de enfadarnos o reaccionar negativamente, es mejor ser proactivos y lograr un entendimiento.
- Parafrasear a la otra persona, “a ver si le entiendo, lo que usted quiere decir”. Se logra verificar si se ha entendido bien. El receptor piensa que la otra parte sabe escuchar lo cual genera empatía.

### **Hablando de Tácticas Engañosas**

Las tácticas de negociación engañosas tienen un objetivo: desequilibrar a la otra parte y vencerla. Un buen negociador debe estar preparado para salir airoso de esas situaciones. Recientemente, el Sr. Eduardo Moane (Conflict Management Group – Harvard) relataba una situación en la que se encuentran en una mesa de negociación un grupo de japoneses y un grupo de norteamericanos. Los japoneses en la mesa de negociación pedían permiso, de vez en cuando, para ir al

baño. Los americanos querían un receso para comer, pero los japoneses decían que no era una buena idea detener el proceso. Luego se descubrió que los japoneses comían en el baño. Esto generaba un desbalance para los norteamericanos porque estaban cansados y con hambre.

Si uno se encuentra ante un negociador difícil, no reaccione, diagnostique la situación. ¿Hay algún comportamiento inusual? Se recomienda explicitarlo de inmediato en un tono suave. “Sé lo que estás haciendo. Conmigo no funciona.”. Si no funciona esta táctica, se puede cambiar de jugador por uno más duro. La persona generalmente es el problema por ignorancia.

### **Negociaciones Complejas**

Se repiten a través del tiempo en un 80%. Se denominan complejas porque abarcan múltiples asuntos y a múltiples partes interesadas. Hay factores tangibles en juego como precio, beneficios, etc., así como factores intangibles: confianza, reputación, precedente. Por ello, se recomienda ser confiable, porque la desconfianza es como una hoja de papel arrugada, no se puede volver a estirar. Cuando se deteriora la confianza, es poco probable que se pueda volver a recuperar.

### **Un buen resultado**

¿Cómo sabemos que se ha tenido éxito en una negociación para ambas partes? o hay ningún método que lo pueda garantizar, pero sí existen unos indicadores a tener en cuenta. La razón para negociar es obtener algo mejor de lo que se obtendría sin negociar.

1. El mejor criterio es conocer su mejor alternativa a un acuerdo negociado – MAAN.
2. Los intereses de ambas partes quedaron satisfechos.
3. El acuerdo es una buena opción y no hay desperdicios.
4. El acuerdo es legítimo, es decir, no se han aprovechado de usted.
5. Es un compromiso inteligente.
6. Hubo una buena comunicación, y por tanto, un proceso eficiente.
7. Las relaciones personales se mejoran.

### **Características del buen negociador**

1. Tener una actitud ganador/ganador.
2. Mostrar un interés auténtico por las necesidades de la otra parte.
3. Ser flexible en el enfoque.
4. Ser duro en el fondo y suave en la forma.
5. Tolerar bien los conflictos.
6. Buscar y analizar a fondo las propuestas.

7. Ser paciente.
8. No tomarse a pecho los ataques personales.
9. Identificar rápidamente los intereses de la otra parte.
10. Ser un buen oyente.

### **Ocho errores fatales**

1. Tener una preparación inadecuada. La preparación facilita una buena visión en conjunto de sus elecciones posibles y les permite tener la agilidad que será necesaria para los momentos críticos.
2. Olvidarse del principio GANAR-GANAR. Cada parte debe concluir la negociación teniendo el sentimiento de haber ganado alguna cosa.
3. Utilizar un comportamiento de intimidación. Las búsquedas demuestran que cuanto más ruda es la táctica, la resistencia es más fuerte. La persuasión, y no la dominación, procuran los mejores resultados.
4. Ser impaciente. Dejar las ideas y las proposiciones que hagan su camino. No precipitar las cosas, la paciencia paga.
5. Actuar con sangre fría. Las emociones negativas intensas impiden entablar un clima de cooperación y de encontrar la solución.
6. Hablar demasiado y escuchar demasiado poco. Si le gusta escuchar, ganará conocimientos, pero si “abre” las orejas, será sensato.

7. Disputar en lugar de influenciar. Es por la explicación que se puede defender un punto de vista, y no por el enfrentamiento.
8. No tener en cuenta el conflicto. El conflicto es la sustancia misma de la negociación. Se debe aprender a aceptarlo y a resolverlo

## Referencias

- ALVA, Carlos Humberto. Conciliación y Educación Ciudadana para todos. en El Peruano. Lima, 1999.
- BETANCOURT Serna, Fernando. Derecho romano clásico. Ed. Universidad de Sevilla. Servicio de Publicaciones. Sevilla, 2001.
- BRENES Córdoba, Alberto. Tratado de los Contratos. 5ª edición. Editorial Juricentro. 1998.
- CAIVANO, Roque J., y otros. Negociación, Conciliación y Arbitraje. Mecanismos Alternativos para la solución de conflictos. Editor APENAC. 1998.
- CASTÁN Tobeñas, J. Derecho civil español, común y foral. T-III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Editorial Reus. Madrid, 1977.
- CONTRERAS Ortiz, Rubén. Obligaciones y negocios jurídicos civiles. Parte especial: contratos. Guatemala, Instituto de investigaciones Jurídicas, URL. 2008.
- Diccionario de la Lengua Española, Vigésima edición. 1984
- FAJARDO Matros, Paulino. Estrategia y Mediación de Paulino. Dykinson Editorial. 2008.
- FERNÁNDEZ Barreiro, A. Fundamentos de derecho privado romano. España, Editorial Centro de Estudios Ramón Araces, S.A. 1997.

- FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. Resolución de conflictos sin litigio. Limusa. Grupo Noriega Editores. México, Edición 1996.
- JUNCO Vargas, José Roberto. La Conciliación – Aspectos sustanciales y procesales. Colombia, Ediciones Jurídicas Radas. 1994.
- KOZOLCHYK, Boris. La contratación comercial en el Derecho Comparado. Ed. Dikynson. Madrid, 2006.
- LÉDERACH, J.P. (1998). Construyendo la paz: Reconciliación sostenible en sociedad divididas. Bilbao: Bakeaz, Red Gernika.
- NEUMAN, Elías. Mediación y conciliación penal. Argentina, Ediciones Depalma. 1997.
- RIVERA Neutze, Antonio Guillermo. Arbitraje y conciliación, alternativas extrajudiciales de solución de conflictos. Guatemala, Impresos Robelo, 3ª. edición. 2001.
- RIVERA Neutze, Antonio Guillermo. Amigable composición. Curso práctico de negociación y conciliación. Guatemala, editorial Arte, Color y Texto, S.A. 2001.
- STIGLITZ, Rubén. Contratos, Teoría general. Director y autor de obra colectiva de Cátedra. Depalma, Buenos Aires. 1990.
- STIGLITZ, Rubén. Contratos civiles y comerciales. Teoría general. Tomo I y II. 1998/1999.

- VIGURI PEREA, A. Los contratos comerciales internacionales: análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado. Editorial Colegio de Registradores. Madrid. 2007.
- VITERI, Ernesto. Los contratos en el Derecho Civil guatemalteco. Guatemala, Editorial Serviprensa Centroamericana. 1992.

#### Fuentes informáticas

- ADR, Alternative Dispute Resolution, Definition. Disponible en <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/alternative+dispute+resolution>.
- ALOISIO, Victoria y WILHELM, Javier. La co-mediación: cuando cuatro ojos ven más que dos. Argentina. Disponible en <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/articulo7-5.htm>.
- Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid. Qué es el Derecho Colaborativo. Disponible en <http://www.asociacionderechocolaborativo.com/#!about/cjg9>.
- Definición de confianza - Qué es, Significado y Concepto. Disponible en <http://definicion.de/confianza/#ixzz3ch9tqdV8>.
- Definición de confidencialidad - Qué es, Significado y Concepto Disponible en <http://definicion.de/confidencialidad/#ixzz3chAMNw3YA>.
- Definición de conflicto. Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/conflicto/#ixzz2eUY06OS2>.



- Definición de ética - Qué es, Significado y Concepto. Disponible en <http://definicion.de/etica/#ixzz3ch9SAGVc>.
- Definición de litigio. Disponible en <http://es.thefreedictionary.com/litigio>.
- Derecho Colaborativo, una realidad inminente. Disponible en <http://www.jenasa.com/juridico/derecho-colaborativo-una-realidad-inminente/>.
- FLORES MAZZINI, Victoria. Negociación y Manejo de Conflictos. Artículo Publicado en Internet [http://www.umano.com.pe/docs/pdf/negociacion\\_exp.pdf](http://www.umano.com.pe/docs/pdf/negociacion_exp.pdf).
- Los contratos en el Derecho Civil. Universidad Interamericana para el Desarrollo. (s.e.) (s.p.) (s.a.). Disponible en [http://moodle2.unid.edu.mx/dts\\_cursos\\_md1/ejec/DE/DC/S01/DC01\\_Lectura.pdf](http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md1/ejec/DE/DC/S01/DC01_Lectura.pdf)
- LUSKY AGUIRRE, Roberto. La mediación como método alternativo para la solución de conflictos. PONENCIA a presentar en el "IX Training de Arbitraje de la Suprema Corte de la Florida" y "XIX Arbitraje Comercial Internacional con Nuevas Tecnologías. Disponible en [https://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Farbitrajeglobal.com%2Fyahoo\\_site\\_admin%2Fassets%2Fdocs%2FPonencia\\_Dr\\_lusky.323101523.doc&ei=ZE5NVNfJJIK6ggTkYDACw&usg=AFQjCNENEb2e1ICWKjE1](https://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Farbitrajeglobal.com%2Fyahoo_site_admin%2Fassets%2Fdocs%2FPonencia_Dr_lusky.323101523.doc&ei=ZE5NVNfJJIK6ggTkYDACw&usg=AFQjCNENEb2e1ICWKjE1)

S7tvnkQtma0fQg&sig2=Dtnxix7HZVvLQGuSkiiC\_w&bvm=bv.77880786,d.e  
XY.

- MARTÍNEZ ZAMPA, Daniel. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Mediación? Artículo publicado en Internet. [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2371](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2371)
- Modelos de mediación en los casos de sustracción transfronteriza de menores. Disponible en [https://www.era-comm.eu/EU\\_Civil\\_Justice\\_Training\\_Modules/kiosk/courses/Family\\_Law\\_Module\\_2\\_ES/Thematic%20Unit%203/models\\_mediation\\_1.html](https://www.era-comm.eu/EU_Civil_Justice_Training_Modules/kiosk/courses/Family_Law_Module_2_ES/Thematic%20Unit%203/models_mediation_1.html).
- MORENO RODRÍGUEZ, María del Carmen. La mediación en la Resolución de Conflictos. Publicado en Internet. <http://www.bvsde.paho.org/cursomcc/e/pdf/lectura4.pdf>.
- PLAZA, Amancio. Blog. Derecho Colaborativo, Sociedad Civil en marcha. Disponible en <http://www.amancioplaza.com/SM/derecho-colaborativo-sociedad-civil-en-marcha#sthash.cZpFWJAc.dpuf>.
- PRIETO Blanco, Pilar, Desistimiento, Caducidad, terminación del proceso por satisfacción extraprocésal y desaparición sobrevenida del interés legítimo. Disponible en: [http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios\\_judiciales/SECJUD8\\_7.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD8_7.pdf)

## Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985
- Código Civil, Decreto-Ley 106. Enrique Peralta Azurdia.
- Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107. Enrique Peralta Azurdia.
- Bürgerliches Gesetzbuch o BGB. Código Civil Alemán.
- Schweizerische Zivilgesetzbuch, o ZGB. Código Civil Suizo.
- Código Civil español.