

# Mediación y Arbitraje conviven para resolver controversias



Este artículo comenta una nueva cláusula desarrollada por el CIRDA, que hace posible que las partes convengan mediar sus controversias al mismo tiempo que convienen en arbitrar. Por tanto, el propósito de este trabajo es proporcionar a quienes están a favor del procedimiento, una herramienta que facilite el uso de la mediación, a través de la eliminación de la necesidad de convenir en el momento de mediar, o dónde hacerlo.



Autor:  
Steven K. Andersen\*



Coautor y traductor:  
José Antonio Rodríguez Márquez

La mediación está siendo aceptada ampliamente en el mundo tanto por los profesionales que asesoran compañías involucradas en el comercio internacional, así como por los abogados externos que contratan éstas para que las representen en relación con sus controversias.<sup>1</sup>

Sin embargo todavía existe una gran diferencia entre el número de los abogados que aconsejan a sus clientes sobre los beneficios de la mediación, y aque-

\* Es Vicepresidente del Centro Internacional para la Resolución de Disputas la cual es una división de la Asociación Americana de Arbitraje. Se encarga de responsabilidades de las actividades, servicios y promociones internacionales del Centro en su oficina en la Ciudad de México. También tiene responsabilidad por lo mismo en Canadá y la mayoría de los Estados Unidos. El ha organizado conferencias in Asia, Europa, Sur y Norte de America. Graduó de la University of San Diego School of Law en 2001 y es un abogado licenciado en California.

<sup>1</sup> Mediación, conciliación y resolución amigable de controversias son el mismo procedimiento para los propósitos de este artículo.

llos que realizan mediaciones de manera regular. Esta diferencia puede deberse —en parte— a los retos que surgen en el proceso de negociación del convenio para mediar. Así, el punto principal de reto que afrontan los negociadores consiste en si convienen en negociar antes o después de que la controversia surja.

Por lo anterior, el Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD) desarrolló una nueva cláusula que hace posible que las partes convengan mediar sus controversias al mismo tiempo que convienen en arbitrar.

Es decir, en la cláusula convencional, las partes convienen en utilizar uno o más procedimientos para resolver las controversias que pudieran surgir de, o en relación con la operación.

Cabe destacar que la nueva cláusula no es la misma que la denominada de “etapas sucesivas”, la cual se negocia al mismo tiempo que el contrato.

Al respecto, el término “etapas sucesivas” significa que un procedimiento debe ser completado antes de que el siguiente empiece. Las etapas iniciales se refieren a uno o más procedimientos no vinculantes (por ejemplo, mediación o negociación) siendo la última etapa un procedimiento vinculante (por ejemplo, arbitraje). El procedimiento vinculante se utiliza únicamente si las etapas iniciales fallan en producir un arreglo voluntario.

Cabe señalar que algunos usuarios prefieren la cláusula de dos etapas con la mediación, como primer paso, y el arbitraje, como el segundo. Otros prefieren tener tres etapas: como primer paso recurren a la negociación por parte de los ejecutivos de las empresas, seguido por la mediación, y después el arbitraje, en caso de ser necesario este último.

Para maximizar la efectividad de una cláusula por etapas es necesario prevenir a una parte de la demora de una etapa, para evitar que ocurra la demora en la siguiente etapa. La cláusula estándar por etapas del CIRD hace esto al establecer que la mediación debe completarse dentro de los 60 días de la notificación de la demanda para mediación.

En caso de cualquier controversia o reclamación que esté relacionada o se derive de este contrato, o el incumplimiento del mismo, las partes convienen en que primeramente tratarán y resolverán la controversia en mediación, administrada por el citado CIRD, conforme a las Reglas Internacionales de Mediación.

Así, si no se logra un arreglo dentro de los 60 días después de la notificación de una demanda escrita

de mediación, cualquier controversia o reclamación derivada de, o relacionada con este contrato que no haya sido resuelta, se resolverá en arbitraje, de acuerdo con las reglas internacionales de arbitraje del citado Centro.

No obstante, algunos usuarios han destacado lo peligroso que resulta esperar tanto para iniciar el arbitraje, en tanto que otros sostienen que es mejor llevar a cabo la mediación después de que se haya iniciado el procedimiento de arbitraje. Asimismo, algunos más se oponen a todos los límites de tiempo.<sup>2</sup>

Pero también hay quienes prefieren tener una cláusula de arbitraje lisa y llana, dejando a las partes decidir si van a mediar después de que surja una controversia.<sup>3</sup>

En tanto que esto suena adecuado en teoría, en la práctica no siempre es sencillo. La experiencia muestra que hay muchos obstáculos para lograr un acuerdo de mediación (o para convenir en algo más, para esa combinación) después de que surge la controversia.

A menudo las partes están tan “atrincheradas” en sus posiciones, que el contemplar una resolución amigable parece totalmente fuera de cuestionamiento para ellas. De la misma manera, es frecuente que ningún lado quiera ser el primero que convenga en mediar, creyendo que hacerlo sería una señal de debilidad.<sup>4</sup>

Adicionalmente, puede ser difícil lograr un acuerdo de mediación posterior a la controversia con una parte que no ha mediado antes, debido a que no hay razón para tener confianza en el procedimiento.

Otros pretextos convenientes para no celebrar un acuerdo de mediación después de que surge la controversia, incluyen las diferencias culturales, de idioma y de sistemas jurídicos de las partes.

## LA SOLUCIÓN: UNA CLÁUSULA INCLUYENTE

Para remover algunos de los impedimentos para lograr un acuerdo para mediar, el CIRD desarrolló una “cláusula de mediación/arbitraje incluyentes”. Esta cláusula establece que la mediación se “inicia” automáticamente después de la presentación de la demanda de arbitraje. Lo anterior significa que las partes no necesitan tener un acuerdo de mediación independiente.

De manera adicional, la simultaneidad de la cláusula de mediación/arbitraje incluyentes elimina la necesidad de decidir cuándo mediar. Mientras las partes están dedicadas a la selección del(los) árbitro(s) y participando en las audiencias arbitrales telefónicas preliminares, pueden —si así lo desean— también nombrar a su(s)

<sup>2</sup> Algunos abogados están preocupados de que la integridad de un laudo arbitral pudiera verse debilitada si las partes pasan por alto las disposiciones de mediación y van inmediatamente al arbitraje.

<sup>3</sup> Las partes que deseen que sus mediaciones sean administradas por el CIRD y que no hayan celebrado un convenio de mediación previo a la controversia, deben celebrar un convenio de sujeción después de que la controversia surja. El convenio estándar del CIRD para la Sumisión a Mediación establece: “Las partes de este contrato sujetan la siguiente controversia a mediación administrada por el CIRD, de acuerdo con sus Reglas Internacionales de Mediación”.

<sup>4</sup> El CIRD ofrece a cada parte en sus casos de arbitraje la oportunidad de considerar la mediación.

mediador(es) y decidir sobre el mejor momento para calendarizar su mediación. Si las partes no desean designar al mediador en ese momento, lo pueden hacer más tarde.

Las partes que han tenido arbitrajes con el CIRDA ya conocen que este Centro se encuentra orientado, primordialmente, a mediar la controversia entre quienes están contractualmente obligados a arbitrar. La razón es que la mediación funciona.

Por ello, un 80% de los casos atendidos por este Centro que recurren a la mediación llegan a una resolución parcial o completa. En los casos en los que no hay arreglo durante ésta, las partes en ocasiones deciden utilizar los servicios del mediador más adelante. Es decir, el mediador —por ejemplo— podría asistir a las partes a estructurar un arreglo de pago después de la notificación del laudo.

La cláusula incluyente es la única que permite a las partes convenir mediar antes de que surja la controversia, eliminando la necesidad de negociar posteriormente un convenio de mediación por separado, o señalar el momento para la mediación respecto del arbitraje. Esto significa que el procedimiento de mediación no reduce la velocidad del procedimiento de arbitraje, sino que continúa en una vía paralela.

La cláusula incluyente proporciona a las partes una flexibilidad enorme. Así éstas, por ejemplo, podrían decidir mediar en un lugar distinto del arbitraje, y llevar a cabo la mediación cuando consideren que pudiera ser más productiva, mientras que la prioridad sea la emisión del laudo.

Una vez que se inicie la demanda de arbitraje, las partes convienen en tratar de resolver cualquier controversia o reclamación que derive de, o se relacione con ese contrato, o el incumplimiento del mismo, por medio de un arbitraje administrado por el CIRDA, de acuerdo con sus reglas internacionales de arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes.

Asimismo, la mediación podrá llevarse a cabo concurrentemente con el arbitraje, y no será una condición previa para cualquier etapa del procedimiento arbitral.

### OTRAS CONSIDERACIONES

Las cláusulas de arbitraje/mediación incluyentes llevan a la pregunta de que si los árbitros pueden actuar como mediadores en la mediación concurrente (y consecuentemente, los mediadores actuar como árbitros).

La respuesta generalmente es “no”. Por su parte, el CIRDA trata de que las partes participen en procedimientos independientes con distintos neutrales. De esta manera, ese Centro asume que los árbitros no pueden ser mediadores y, por tanto, los mediadores no pueden ser árbitros en el mismo asunto, salvo que expresamente las partes convengan en otra cosa después de una manifestación total de los riesgos involucrados.

Adicionalmente, las partes si incluyen expresamente la siguiente redacción pueden despejar cualquier duda al respecto:

*A falta de acuerdo entre las partes, ningún mediador designado conforme a este acuerdo actuará como árbitro, y ningún árbitro actuará como mediador.*

Debido a que es probable que se requerirán tiempo y dinero adicionales para resolver el desacuerdo entre las partes, respecto del número de árbitros y mediadores, el idioma de estos procedimientos, y el lugar del arbitraje y la mediación, se recomienda a las partes agregar cláusulas que traten de estos asuntos.

He aquí una lista —no excluyente— de las disposiciones que se pueden agregar a una cláusula de arbitraje/mediación incluyentes:

- Número de Neutrales.

- El número de árbitros será (uno o tres).
- El número de mediadores será (uno o dos).
- Idioma de los procedimientos.
- El (los) idioma(s) del arbitraje será(n) \_\_\_\_\_.
- El (los) idioma(s) de la mediación será(n) \_\_\_\_\_.
- Lugar de los procedimientos.
- El lugar del arbitraje será (ciudad y/o país).
- El lugar de la mediación será (ciudad y/o país).

### CONCLUSIÓN

El propósito de este artículo es proporcionar a aquellos que ya están a favor del procedimiento una herramienta más que facilite el uso de la mediación, a través de la eliminación de la necesidad de convenir en el momento de mediar o dónde hacerlo, y no tanto el exponer los beneficios de ésta.

En ese sentido, la cláusula incluyente también elimina la preocupación de que una de las partes pueda utilizar a la mediación como una táctica para demorar el arbitraje.

Finalmente, la cláusula incluyente debe dar a las partes de una operación internacional el beneficio del procedimiento de la mediación cuando se vean involucradas en controversias de negocios internacionales, sin importar la etapa de la controversia.

#### Steven K. Andersen

Vicepresidente del Centro Internacional para la Resolución de Disputas  
andersen@adr.org

#### José Antonio Rodríguez Márquez

Árbitro y Mediador de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México  
jarodz@brm.com.mx