

## LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA

MIGUEL VIRGÓS SORIANO Y CRISTIAN GUAL GRAU  
Abogados (\*)

### 1 · INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO Y OPORTUNIDAD DEL ARTÍCULO

El pasado 24 de mayo de 2008, se publicó el texto de la que, hasta ese momento, había sido la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil (en adelante, la «Directiva sobre Mediación») <sup>1</sup>. La aprobación de la referida norma comunitaria, cuyo origen se remonta al año 2004 y a cuya versión inicial ya se prestó la debida atención desde estas mismas páginas <sup>2</sup>, señala la importancia creciente de los denominados mecanismos de resolución alternativa de disputas, normalmente conocidos por el acrónimo de su expresión anglosajona equivalente: «*alternative dispute resolution*» o ADR. Si bien la mención de su reciente aprobación confirma la oportunidad de dedicar, nuevamente, algún tiempo y esfuerzo a la reflexión sobre estos mecanismos, el texto de la Directiva sobre mediación no constituye, sin embargo, el objeto principal del presente artículo.

El propósito de las líneas que siguen es bien distinto. La aproximación que nos gustaría trasladar al texto es más general y su intención es, a un tiempo, modesta y ambiciosa. El artículo surge de la reflexión sobre la razón de ser de los ADR y, sobre la base de recientes experiencias, de la convicción de la enorme utilidad que, bien conducidos y seleccionados, pueden llegar a comportar en relación con una determinada disputa. Su justificación radica, en última instancia, en la observación del todavía notable contraste que existe, en lo que al planteamiento y recurso a los mecanismos de ADR se refiere, entre los países de nuestro entorno (principalmente anglosajones) y España. En relación con esta última cuestión, la Directiva sobre Mediación confirma una tendencia clara en favor del impulso y el fomento de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, ciertamente, pero dichos mecanismos únicamente funcionan cuando su establecimiento es fruto de la autonomía y del acuerdo de los interesados. Como se exponía al comentar la versión inicial de la referida norma:

*«La base para la reflexión se encuentra, pues, en la idea de libre acceso de los ciudadanos a la justicia y el desarrollo de las ADR debe verse desde esta perspectiva, y con plena conciencia de que, en el fondo, este desarrollo no depende de las leyes, sino del fomento de la cultura de la mediación. En esta materia, las leyes han de limitarse a garantizar la calidad y eficacia de los procesos mediadores que por impulso de los propios interesados se promueven en la sociedad. Es tarea de las instituciones públicas, y también de las privadas, el fomento de esa cultura.»*<sup>3</sup>

(\*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

<sup>1</sup> Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 (DOUE L 136/3, de 24 de mayo de 2008).

<sup>2</sup> ANDRÉS CIURANA, B., «La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (a propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)» en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, pág. 60 y ss.

<sup>3</sup> ANDRÉS CIURANA, B., *ob. cit.*, pág. 61.

El propósito de este artículo es unirse a esta labor de promoción de la cultura de los ADR a la que la cita hace referencia y preparar adecuadamente el terreno para el amplio número de situaciones en las que la mediación puede perfectamente constituir la solución preferible en el ámbito de las disputas mercantiles. Para ello, y en primer lugar será preciso referirse al contexto en el que surgen tanto la mediación como los restantes mecanismos de ADR para revisar, aunque sea someramente, los tipos y características esenciales de tales mecanismos. A continuación, y una vez debidamente establecido el contexto, podremos exponer las notas características de la mediación, que se erige en el mecanismo de ADR paradigmático.

## 2 · LA GESTIÓN DEL CONFLICTO Y SUS MECANISMOS DE SOLUCIÓN

Una de las afirmaciones que termina constituyendo un tópico en la literatura existente acerca de los mecanismos de resolución alternativa de controversias es la de que, en el fondo, dichos mecanismos no suponen ninguna novedad. En efecto, se trata de «vino viejo en botella nueva». Y lo cierto es que, bien miradas las cosas, así es. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, esta constatación dista mucho de ser en una crítica al recurso a estos mecanismos. Todo lo contrario, puede afirmarse que constituye su principal y más valioso atractivo. La confrontación, la contienda, es únicamente una de las maneras posibles de hacer frente a una situación en la que se manifiestan intereses contrapuestos de dos o más partes. Se trata de una cuestión de mera constatación empírica. En la infinidad de conflictos que plantea la vida cotidiana puede fácilmente afirmarse que la confrontación es, de hecho, tan sólo la última de las soluciones y normalmente la más residual. La selección de una fórmula de mediación en el momento de iniciar una nueva relación, como modo de solucionar eventuales disputas futuras o el recurso a estos mecanismos en el momento de encauzar controversias ya existentes, no es ningún descubrimiento.

La verdadera riqueza de los mecanismos de ADR radica hoy día en la profesionalización de sus actores y en el amplio abanico de formulaciones resultado de su adaptación al contexto del comercio internacional. Se produce, en este sentido, un cierto proceso de maduración que no difiere del que puede haberse producido en otros ámbitos del asesoramiento que debe prestarse en este contexto y que se refleja muy bien en la forma en que las fir-

mas de abogados anglosajonas se organizan para prestar servicios a sus clientes: de los departamentos de «litigation» se pasa a «litigation and arbitration» y de ambos a «dispute resolution». Este mismo cambio puede predicarse de los despachos y firmas españolas.

El tránsito del concepto estrecho de «litigación» al más amplio de «resolución de disputas» refleja perfectamente el auge que principalmente en EEUU y Gran Bretaña está notando la mediación comercial y el conjunto de mecanismos de ADR<sup>4</sup>. La creciente complejidad y los costes asociados a muchas disputas incentivan el recurso a vías distintas de los procedimientos judiciales o arbitrales. En este sentido, si la internacionalización de los conflictos hizo evidente que las respuestas que podían ofrecer las jurisdicciones nacionales resultaban en ocasiones demasiado limitadas (cosa que explica en no poca medida el ya consolidado recurso al arbitraje comercial internacional), el conjunto de intereses que se entrelazan en determinado tipo de relaciones comerciales complejas termina poniendo de manifiesto, a su vez, que la vías de solución estrictamente adversariales no son siempre las más adecuadas. El resultado del proceso no es, claro está, el abandono de los mecanismos tradicionales sino la ampliación del abanico de posibles tratamientos de una situación de conflicto.

Existen dos grandes grupos de mecanismos de resolución de controversias. De un lado, la jurisdicción y el arbitraje siguen el modelo de «adjudicación»: en ambos casos un tercero adopta una decisión que se impone a las partes y que resuelve con alcance definitivo la controversia. La estructura de estas formas de «adjudicación» (formas de resolución de controversias heterocompositivas, en última instancia) es claramente triangular y estática. Las partes van a quedar sometidas a la decisión de un tercero que, necesariamente, va a tener que

<sup>4</sup> Aunque es difícil dar estadísticas fiables, parece existir consenso en que una amplia mayoría de los casos que se llevan a mediación en estos dos países se solucionan sin litigación posterior (algunas fuentes hablan de porcentajes por encima del 70%) y que un amplio porcentaje de disputas se someten a algún tipo de ADR previo. Esto se corresponde con las conclusiones de estudios recientes. Así, según el informe International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2006, Queen Mary University of London and PriceWaterhouseCoopers, el 73% de las empresas con actividad comercial internacional prefieren el arbitraje como método de solución de controversias y en la mayoría de los casos las partes no se someten directamente a arbitraje, sino en combinación con alguna fórmula de ADR (véase <http://www.pwc.com/arbitrationstudy>).

optar por la posición de una de ellas. Las posibles soluciones al conflicto están, pues, predefinidas y la finalidad última perseguida por las partes en este tipo de mecanismos será convencer al tercero a cuya decisión se someterá toda la disputa de que la propia posición es la correcta. El planteamiento, se diría que necesariamente, es retórico: todo el discurso (y con él todas las estrategias) deben ordenarse a este fin.

De otro lado, están las fórmulas que se basan en el modelo de negociación y proporcionan a las partes las bases para encontrar un arreglo. El planteamiento es radicalmente distinto. La solución de la controversia no va a provenir ya de nadie distinto de las propias partes (se trata de una forma de resolución de conflictos autocompositiva). La estructura deja de ser triangular y pasa a ser horizontal y dinámica. La solución no se alcanza mediante una opción entre dos posturas definitivamente configuradas desde el inicio, sino que debe ir construyéndose poco a poco mediante la aproximación paulatina de las posiciones iniciales. Estas posiciones no son, pues, más que puntos de partida. El planteamiento, en este tipo de mecanismos de solución de disputas deja, así, de ser retórico para convertirse en esencialmente dialéctico. Las soluciones no pueden estar predefinidas.

Desglosando algo más estos dos grandes grupos pueden establecerse cuatro modelos básicos de mecanismos de solución de controversias: (1) litigación judicial, (2) arbitraje, (3) mediación, (4) negociación. Esos cuatro modelos tienen características diferentes. Así, es normal ordenar estas diferentes fórmulas o mecanismos de resolución de diferencias según su naturaleza adversarial o conciliatoria (en el primero prima la visión de «derechos», en el segundo de «intereses») y el grado de control de las partes sobre el procedimiento:

(i) Litigación judicial: implica una decisión por un tercero que es vinculante para las partes. El tercero que decide, el juez, está predeterminado por la ley (las partes no pueden elegirlo) y este juez aplica normas procesales y procedimientos prefijados por la ley y que no pueden ser modificados por las partes. El modelo es adversarial: las partes «luchan» para vencer sobre la base de tener mejor derecho (= «rights-based» procedure). La lucha se centra en las posiciones legales de las partes.

(ii) Arbitraje: hay también una decisión por un tercero que se impone con carácter vinculante a las partes, pero este tercero es elegido por las

partes; las reglas procesales son básicamente disponibles pero el procedimiento mismo vincula a las partes (una parte no puede escapar del procedimiento simplemente marchándose de él o no respondiendo al requerimiento o solicitud de arbitraje). Sigue también un modelo adversarial basado en las posiciones legales de las partes.

(iii) Mediación: no hay una decisión que se imponga a las partes; el tercero asiste para facilitar el acuerdo entre las partes. Éstas retienen el control y pueden retirarse unilateralmente poniendo fin al procedimiento. Sigue un modelo conciliatorio («ganar-ganar») que intenta acomodar los intereses de las partes (= «interests-based» procedure).

(iv) Negociación: no se involucra a un tercero, las partes retienen todo el control.

La gestión de un determinado conflicto, actual o potencial, obliga necesariamente a plantearse cuál o cuáles de entre estos modelos pueden ser más adecuados para alcanzar una resolución satisfactoria y eficaz. Lo deseable es entender los diferentes mecanismos existentes y aplicarlos a cada tipo de disputa. Como tantas veces, no hay una única mejor solución, sino una mejor solución para cada caso y situación y corresponde al abogado, como ingeniero transaccional, buscar en cada caso la más conveniente tanto cuando la disputa está ya iniciada como (mucho más frecuentemente) en el momento de negociar las cláusulas de resolución de controversias. Una mala selección de los recursos y mecanismos de resolución de controversias conlleva solución resolución finalmente insatisfactoria para todas las partes.

Dejando ahora de lado la mediación, y si seguimos intentando concretar todavía más los recursos disponibles para hacer frente a una disputa, el panorama de los mecanismos de ADR de más frecuente utilización se concentra en los siguientes:

(v) Evaluación neutral: las partes se ponen de acuerdo en solicitar de un tercero, un experto, su opinión sobre la cuestión en conflicto entre las partes. El valor de la opinión deriva del reconocimiento que a la autoridad del evaluador den las partes. Si las partes acuerdan vincularse a la opinión del experto, entonces se pasa del campo de la evaluación al campo de la

decisión pericial o «expert determination» y dicha decisión vale con fuerza contractual entre las partes.

(vi) Mini-juicio (minitrial): se forma un panel compuesto normalmente de tres miembros, dos directivos u altos cargos de las partes y un tercero independiente. Los altos cargos no deben de haber estado involucrados directamente en el conflicto origen de la controversia y deben tener poderes para llegar a un arreglo y concluir una transacción; el tercero es un mediador o facilitador y su función es ayudar a encontrar una solución. Normalmente el tercero controla y dirige el proceso. Cada una de las partes, normalmente sus abogados, presenta de forma concisa el caso desde su perspectiva. Después los miembros del panel se reúnen e intentan buscar una solución aceptable para todos. Los directivos tienen una mejor comprensión de los intereses de ambas partes y tienen opciones que no están al alcance de un árbitro o de un juez (e.g. un nuevo negocio o una modificación del vigente). El mini-juicio permite a los directivos tomar un conocimiento mejor del problema y les permite adoptar posiciones más realistas. Las negociaciones tienen lugar entre los directivos dentro del panel con datos explícitos sobre los méritos del caso. El tercero mediará o moderará los términos de la negociación. Normalmente no se transcriben ni se levantan actas del mini-juicio para asegurar la confidencialidad del procedimiento. En caso de acuerdo las partes firmarán un documento en el que se recojan los términos del arreglo y el fin de la controversia.

(vii) Juntas de solución de conflictos («Dispute boards»): Son cada vez más frecuentes en el campo de los grandes proyectos de construcción e infraestructura. Las juntas son órganos de uno, tres o cinco miembros que se constituyen con expertos elegidos por las partes para conocer de las desavenencias que puedan surgir en el curso de ejecución del proyecto. Estas desavenencias son normalmente de carácter técnico, y por esa razón sus miembros son personas con esos conocimientos: ingenieros, arquitectos, etc. Normalmente las juntas son órganos permanentes, que se establecen al inicio del proyecto para resolver cualquier conflicto relativo a su ejecución, hasta su terminación. La Junta emite recomendaciones o, preferiblemente, decisiones que se deben cumplir. Si las partes están en desacuerdo con el contenido

de las decisiones, pueden llevar esta cuestión a arbitraje al final. Una diferencia fundamental con otras formas de ADR es que las juntas de solución de conflictos se constituyen desde el principio y no cuando surge una disputa. Forman parte del proyecto y conocen su desarrollo. Aunque suponen un coste añadido, permite una fluidez mucho mayor en la consecución del proyecto.

Si son nombrados al comienzo del proyecto, se les debe informar del desarrollo y progreso de su ejecución. Debe adoptar sus decisiones o recomendaciones en un periodo breve de tiempo. Las recomendaciones de la junta serán normalmente observadas por la impresión negativa que el no cumplimiento de una recomendación hecha de expertos independientes puede producir en el árbitro o juez que finalmente decida. Cuando las juntas adoptan decisiones, su valor es meramente contractual (no son laudos con fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada). Los expertos no son jueces ni están obligados a seguir sus reglas o las de los árbitros y normalmente pueden hacer sus propias investigaciones. El procedimiento que suelen seguir es sencillo: se comienza con una solicitud y cada parte presenta por escrito las razones por las cuales piensa que su opinión sobre la ejecución del contrato es la correcta. A continuación se celebra una vista o audiencia ante la Junta en la que las partes presentan sus opiniones. El recurso a expertos externos no es habitual, puesto que los miembros de la junta lo suelen ser. Normalmente no hay transcripciones y los miembros de la Junta deliberan y adoptan su decisión o recomendación en un plazo breve de tiempo.

Desde 1995 la formación de estas juntas es obligatoria en todos los proyectos financiados por el Banco Mundial. Aunque es difícil hablar en términos generales, suele considerarse que un 50% de los costes legales asociados a los grandes proyectos provienen de los costes de litigación; y los costes legales pueden subir del 5% de los costes totales, lo cual representa una cifra significativa. Las juntas sirven para contener estos costes en la medida en que muchas desavenencias son resueltas sobre la marcha sin interrumpir la ejecución del proyecto y las partes saben que si no están conformes con el resultado siempre pueden acudir a la vía del arbitraje, donde se resolverán las diferencias en términos económicos.

Distintas instituciones disponen de reglamentos sobre estas juntas o «dispute boards»<sup>5</sup>.

En principio, fuera de sectores específicos, la mediación «estructurada» es la fórmula de ADR mas utilizada. Es revelador, en este sentido, que en el Reglamento ADR de la CCI se diga expresamente que salvo que las partes se pongan de acuerdo en otro procedimiento, la técnica a utilizar será la mediación (Art. 5.2). A continuación haremos referencia a las notas características de la mediación en tanto que mecanismo paradigmático de ADR con la finalidad de comprender cuándo y en qué casos puede ser aconsejable plantearla.

### 3 · LA MEDIACIÓN: NOTAS PRINCIPALES

#### 3.1 · La función del mediador:

La mediación, lo hemos adelantado ya, es un mecanismo de resolución de disputas por medio del cual las propias partes en conflicto acuerdan encomendarse a un tercero para que les ayude en el proceso de consecución de una solución mutuamente satisfactoria de la situación de enfrentamiento en la que se encuentran. Esta primera nota definitoria deja traslucir cuál es el papel del tercero cuya presencia define al mecanismo: el mediador no aporta la solución de la controversia sino que elimina los obstáculos que dificultan que las propias partes alcancen por sí mismas esta solución. En esencia, el mediador aporta sus habilidades y conocimientos para solventar los problemas que impiden el diálogo entre las partes y, desde esta perspectiva, bien puede decirse que actúa como un catalizador: interviene para facilitar un proceso de diálogo en el que no debe participar directamente.

La función del mediador es, pues, esencialmente comunicativa. Su intervención, por lo tanto, estará tanto más justificada cuanto mayor sea la necesidad de restablecimiento de la comunicación entre dos partes. Por así decir, el campo natural para la

mediación es el de las disputas en las que las partes están «condenadas a entenderse» o bien porque alcanzan espontáneamente dicha convicción (no hay alternativas en el mercado) o bien porque así lo exige la naturaleza y particularidades de la relación que las une y en cuyo seno se ha suscitado la disputa (un contrato relacional a largo plazo o una «joint venture»). Otro de los recursos frecuentes para intentar caracterizar el tipo de conflicto en el que el recurso a los mecanismos tradicionales de confrontación puede no resultar adecuado es echar mano de la teoría de juegos. Haciendo lo propio, puede afirmarse en fin que las situaciones en las que la mediación encuentra su razón de ser son aquellas en las que la ganancia de un jugador no necesariamente se corresponde con la pérdida del otro (i.e. juegos de suma no cero).

#### 3.2 · La búsqueda de los intereses de las partes

Siendo esta su finalidad primordial se explica, a nuestro modo de ver, otra de las grandes claves de la mediación. A saber: que se trata de un proceso que pone el énfasis en los intereses de las partes mucho más que en sus derechos. Es ya clásico exponer esta característica mediante un ejemplo (que ha hecho fortuna) relativo a una disputa sobre la propiedad de un cargamento de naranjas<sup>6</sup>. En un procedimiento de naturaleza adversarial el esfuerzo prioritario va a consistir en convencer al tercero cuya decisión resolverá de manera vinculante la discusión de las razones por las que dicha propiedad pertenece a aquella de las partes a las que se defiende. En esencia, las razones por las que se afirme la propiedad de ese cargamento son irrelevantes; lo importante son los argumentos sobre la base de los cuales dicha propiedad pueda afirmarse. La situación es exactamente la contraria en un procedimiento de naturaleza conciliatoria. En el ejemplo, el mediador termina haciendo ver a las partes, precisamente inquiriendo acerca de cuáles son sus intereses, que el motivo por el que cada una de ellas insiste en afirmar su propiedad es distinto: una parte está interesada en su jugo y la otra está interesada en la cáscara. La solución, entonces, se hace evidente.

Sin una convicción plena y previa de que, a pesar de las dificultades de partida, la mejor solución en

<sup>5</sup> Una comparación útil de las reglas del Banco Mundial (World Bank Dispute Review Boards), FIDIC Dispute Adjudication Boards, American Arbitration Association (AAA Dispute Review Boards) y Cámara de Comercio Internacional (ICC Dispute Boards) puede verse en Jenkins/Stebbins, *International Construction Arbitration Law*, 2006, págs. 109 y ss. Normalmente en estos proyectos hay subcontratistas y muchas disputas pueden involucrarlos. En estos casos, la junta o DB constituida en el primer nivel debe ser autorizada por los sucesivos contratos para resolver disputas en los niveles inferiores de la jerarquía contractual.

<sup>6</sup> REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKABY, N. y PARTASIDES, C.: *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Thomson Aranzadi. Madrid, 2006, págs. 103 y 104.

una determinada disputa pasa por el mutuo entendimiento (y no por el juego de probabilidades que todo litigio comporta), el recurso a la mediación está viciado en origen. Es aquí donde el papel del asesoramiento y la adecuada gestión del conflicto, fundamentalmente en sus primeras fases, se revela como particularmente delicado. No puede perderse de vista que la constatación de que la solución cooperativa puede ser la mejor no resulta, en todos los casos, fácil de determinar. El punto de partida es, recordemos, que las vías por las cuales la cooperación debería discurrir están dañadas (si no, claro, no estaremos en una situación susceptible de mediación y bastará que las partes negocien entre sí sin la ayuda de ningún tercero).

El proceso de restablecimiento de la comunicación entre las partes que, según lo que venimos exponiendo, caracteriza esencialmente a un proceso de mediación, no puede, naturalmente, configurarse de manera apriorística. Por la propia naturaleza de la labor que deberá llevar a cabo el mediador, pocas cuestiones pueden determinarse de antemano. Como hemos visto, la mediación se guía por el interés comercial de las partes, mas que por sus posiciones legales estrictas. El modelo no es el de la negociación tradicional. El formato típico de ésta arranca de una petición inicial alta, seguida de una revelación limitada de información sobre los hechos y las preferencias propias, pocas concesiones y de menor importancia, combinada con argumentos y ofertas «finales» y una aparente firmeza en mantenerse en sus posiciones durante todo el proceso de negociación. El mediador, en cambio, y como hemos visto debe incentivar la negociación cooperativa, remodelando y controlando el proceso y aplicar técnicas de búsqueda de intereses comunes en lugar de enfatizar visiones antagonistas.

### 3.3 · El procedimiento

La estructura básica del proceso es sencilla: se pone en marcha mediante una solicitud de mediación y se nombra un mediador de común acuerdo o, en su defecto, por la autoridad nominadora que se haya elegido. El mediador contacta a las partes y se pone de acuerdo en el modo de estructurar la mediación. Normalmente comienza por un intercambio de informaciones entre las partes: cada una prepara un breve sumario que se acompaña de los documentos en su caso citados. Es usual limitar el número de páginas y que las partes presenten un juego común de documentos. A partir de ese momento el mediador mantiene reuniones conjuntas y separadas con las partes para identificar pro-

blemas y priorizarlos, explorar los intereses de cada una de ellas, desarrollar opciones y evaluar las opciones disponibles. Un modelo sencillo de procedimiento de mediación comentado que puede consultarse es el del CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*, [www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk)).

Al igual que ocurre con el arbitraje, donde las instituciones arbitrales proporcionan reglas y servicios de nominación y administración que facilitan la constitución de los tribunales arbitrales y el desenvolvimiento de los procedimientos, lo mismo ocurre en el caso de los ADR. Así tanto la CCI<sup>7</sup> como la LCIA<sup>8</sup> y la AAA<sup>9</sup>, tres instituciones habituales para los operadores españoles, tienen reglas y servicios de mediación y otras fórmulas de ADR. En el Reglamento CCI, el tercero nombrado por las partes acordará con ellas el procedimiento concreto que se aplicará en su caso, sea el de la mediación tradicional u otra. Hay también instituciones especializadas, como el CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*)<sup>10</sup> o el CPR (*Internacional Institute for Conflict Prevention & Resolution*)<sup>11</sup>. UNCITRAL<sup>12</sup> ha publicado un Reglamento de Conciliación que las partes pueden utilizar a su conveniencia y que son el paralelo a las reglas sobre arbitraje. Alternativamente, las partes pueden ponerse de acuerdo en un procedimiento preciso. De hecho algunas empresas tienen sus propias fórmulas que son incluidas en sus contratos. Y, desde luego, las partes pueden someterse a un ADR aunque esto no se haya previsto en el contrato.

### 3.4 · Confidencialidad

La revisión conjunta tanto del Reglamento de ADR de la CCI («Reglamento CCI») como de las normas reguladoras del procedimiento de mediación de la LCIA («Reglamento LCIA») ponen claramente de manifiesto, más allá de la lógica flexibilidad con la que se configuran estos procedimientos, otras dos cuestiones esenciales y sin las cuales puede afirmarse que el propio procedimiento carece de sentido en la inmensa mayoría de ocasiones.

<sup>7</sup> International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) <http://www.iccwbo.org/court>.

<sup>8</sup> London Court of International Arbitration (LCIA) <http://www.lcia-arbitration.com>

<sup>9</sup> International Centre for Dispute Resolution / American Arbitration Association (ICDR/AAA) <http://www.adr.org/international>

<sup>10</sup> [www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk)

<sup>11</sup> [www.cpradr.org/CPR](http://www.cpradr.org/CPR)

<sup>12</sup> [www.UNCITRAL.org](http://www.UNCITRAL.org)

La primera de ellas es la relativa a la confidencialidad de todas las informaciones que se divulguen durante el procedimiento de mediación. El Reglamento CCI lo expresa de este modo en su artículo 7.1:

*«Salvo acuerdo contrario entre las partes, y a menos que exista una prohibición derivada del derecho aplicable, el proceso ADR, incluido su resultado, es privado y confidencial. De la misma manera, cualquier acuerdo entre las partes mediante el cual se dé por resuelta la desavenencia será confidencial, salvo que una de las partes tenga derecho a divulgarlo, en la medida en que dicha divulgación sea requerida por el derecho aplicable o sea necesaria para la puesta en práctica o la ejecución de dicho acuerdo»*

De su lado, el Reglamento LCIA expresa también claramente, en los tres primeros apartados de su artículo 10, el carácter confidencial de las actuaciones que se generen durante el proceso de mediación:

*«10.1 All mediation sessions shall be private, and shall be attended only by the mediator, the parties and those individuals identified pursuant to Article 5.4.*

*10.2. The mediation process and all negotiations, and statements and documents prepared for the purposes of the mediation, shall be confidential and covered by “without prejudice” or negotiation privilege.*

*10.3. The mediation shall be confidential. Unless agreed among the parties, or required by law, neither the mediator nor the parties may disclose to any person any information regarding the mediation or any settlement terms, or the outcome of the mediation.»*

Es bien conocido que la confidencialidad es una de las notas que, con carácter general, se predicán de todos los procedimientos de resolución de controversias distintos del jurisdiccional y muy especialmente del arbitraje como una de sus ventajas y como un aspecto especialmente valorado por los operadores del tráfico internacional. En el marco de un procedimiento de mediación, la confidencialidad se erige en condición prácticamente indispensable del procedimiento. Si, como venimos diciendo, la finalidad principal de dicho procedimiento es restablecer la comunicación entre las partes, puede afirmarse que todo cuanto se pueda poner de manifiesto en el curso de sus actuaciones es, y debe permanecer, en la más estricta confidencialidad respecto de terceros. No en vano, y según hemos señalado antes, el proceso de aproxi-

mación de las posturas de las partes enfrentadas va a exigir tomar en consideración elementos que no siempre van a tener una relación directa e inmediata con la controversia estrictamente considerada. Siendo ello así, la confidencialidad puede considerarse consustancial a todo procedimiento de mediación.

En el extremo de este tipo de consideraciones resulta indicativa la previsión contenida en el artículo 10.5 del Reglamento LCIA. Dicho artículo extiende el necesario clima de confidencialidad que debe generarse en el procedimiento no solo respecto de terceros sino incluso, en cierto modo, respecto de las partes entre sí:

*«5.3 Nothing which is communicated to the mediator in private during the course of the mediation shall be repeated to the other party or parties, without the express consent of the party making the communication.»*

### **3.5 · Uso de información o documentación generada en un eventual proceso posterior**

En estrecha conexión con lo anterior se encuentra otra nota fundamental del procedimiento de mediación a la que se refieren de manera expresa tanto el Reglamento CCI como el Reglamento LCIA. Se trata de la regulación del uso de la información a la que se ha tenido acceso en el curso del procedimiento de mediación. Como enseguida se verá, la norma principal es la imposibilidad de utilización de esta información en un eventual procedimiento contradictorio posterior sobre el mismo objeto.

De un lado, el artículo 7.2 del Reglamento CCI establece que:

*«Salvo que sea exigido por el derecho aplicable y a falta de acuerdo en contrario entre las partes, ninguna de ellas podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar:*

*a) cualquier documento, declaración o comunicación presentada por otra parte o por el Tercero en el proceso ADR, salvo que dicho documento, declaración o comunicación pueda obtenerse de forma independiente por la parte que esté interesada en presentarla en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar;*

*b) cualquier opinión o sugerencia expresada por cualquiera de las partes durante el proceso ADR relativa a una posible resolución de la desavenencia;*

- c) cualquier reconocimiento realizado durante el proceso ADR;
- d) cualquier opinión expresada o propuesta hecha por el Tercero; o
- e) el hecho de que una de las partes haya manifestado, durante el proceso ADR, su disposición de aceptar una propuesta de transacción.»

La norma se completa con las previsiones contenidas en los restantes apartados del mismo artículo que impiden, salvo acuerdo en contrario de las partes, que bien el mediador bien las personas que hayan tenido participación en la administración del procedimiento puedan declarar en un procedimiento posterior acerca de las informaciones a las que han tenido acceso en el curso del procedimiento.

En idéntico sentido, los apartados 10.4 y 10.5 del Reglamento LCIA disponen:

*«10.4 All documents or other information produced for or arising in relation to the mediation will be privileged and will not be admissible in evidence or otherwise discoverable in any litigation or arbitration in connection with the dispute referred to mediation, except for any documents or other information which would in any event be admissible or discoverable in any such litigation or arbitration*

*10.6 The parties shall not rely upon, or introduce as evidence in any arbitral or judicial proceedings, any admissions, proposals or views expressed by the parties or by the mediator during the course of the mediation.»*

Antes hemos afirmado que la confidencialidad se erige en característica consustancial del proceso de mediación. Otro tanto puede decirse de las previsiones que acabamos de repasar.

En relación con esta cuestión es preciso recordar la mención que hemos hecho más arriba sobre los dos grandes grupos de mecanismos de resolución de controversias: aquellos de naturaleza adversarial y aquellos de naturaleza transaccional o conciliatoria. Si los primeros se orientan a la defensa de la propia posición respecto de una disputa, decíamos, los segundos, en cambio, toman esta posición como punto de inicio del procedimiento en sí y para abandonarla progresivamente a medida que el procedimiento se desarrolla. Ello conlleva de modo casi inmediato que el discurso se articule de un modo fundamentalmente retórico en los primeros y de un modo dialéctico en los segundos. La diferencia esencial entre ambos radica en el modo y

forma en que se atiende o se toma en consideración todo cuanto acontezca en el procedimiento y, muy particularmente, todo cuanto sea manifestado por la parte adversa. La postura en el primer tipo de procedimientos es esencialmente cerrada respecto de dichas manifestaciones, mientras que es esencialmente abierta en el segundo. En otras palabras, o todo se ordena hacia una confrontación en la que únicamente la propia posición puede ser aceptada como válida o todo se ordena hacia una cooperación en la que la propia postura es un elemento de partida, obviamente importante pero secundario respecto de la finalidad principal, que pasa a ser la consecución de una resolución que solvente la disputa sin ruptura entre las partes confrontadas.

El artículo 7 de la Directiva sobre Mediación recoge este mismo elemento vinculándolo estrechamente con la necesaria confidencialidad y dispone:

*«1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo en contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del proceso de mediación estén obligados a declarar, en un procedimiento judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un proceso de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:*

*a) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona;*

*b) cuando la divulgación del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.*

*2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación»*

### 3.6 · Resultados posibles de la mediación

El resultado deseable de la mediación es, claro está, la consecución de un acuerdo transaccional que ponga fin a la controversia. Los Reglamentos institucionales suelen señalar el carácter vinculante para las partes del acuerdo alcanzado. Las propias características del procedimiento hacen poco probable que se susciten problemas frecuentes de falta de cumplimiento (sólo habrá acuerdo si ambas



partes lo quieren). Ello no obstante, para asegurar que el cumplimiento de lo acordado no dependa exclusivamente de la buena voluntad de las partes, el artículo 6 de la Directiva sobre mediación contempla la posibilidad de que se dote de carácter ejecutivo al contenido del acuerdo alcanzado.

*«1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación (...)*

*2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico [e.g. un certificado] emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.»*

Obviamente, la garantía de poder disponer de esta eficacia «reforzada» del acuerdo aumenta el atractivo de la mediación.

Sin embargo, no debe olvidarse la posibilidad de que no sea alcance ningún acuerdo es perfectamente real y plantea, en la práctica, cuestiones más complejas. En previsión de esta situación es cada vez más frecuente establecer cláusulas de resolución de controversias de carácter mixto, que combinan el arbitraje y el ADR. Estas cláusulas contemplan o combinan procedimientos diferentes (mediación y arbitraje, por ejemplo). Comienzan con fórmulas negociales y acaban en fórmulas de litigación (de ahí que se las conozca como «escalation clauses») y regulan el tránsito de una a otra fase o escalón. Para evitar dilaciones o maniobras a cargo de una parte, estas cláusulas deben establecer límites temporales claros al procedimiento de mediación: por ejemplo, permitiendo expresamente el pasar al siguiente escalón o fase una vez transcurrido un plazo de tiempo predeterminado, incluso si la fase de negociaciones o ADR no ha concluido o no se ha llegado a iniciar.

Haremos mención a dos de ellas. La primera combina ambos procedimientos (ADR y arbitraje) bajo la fórmula conocida como procedimiento «Med-Arb»: el mediador «cambia de sombrero» y terminada la mediación pasa a ser árbitro en el procedimiento contencioso, en el que podrá hacer uso de la información que ha recibido de las partes en la fase anterior (decir lo contrario parece poco realista). Las partes lo saben y este hecho probablemente

te limitará el volumen de información con el que el mediador podrá desenvolver como tal su función en la fase pre-contenciosa. Distinta de esta posibilidad es la función que algunos sistemas asignan a los árbitros de intentar un arreglo amistoso entre las partes en el curso del procedimiento arbitral («Arb-Med»); no ocurre así en el sistema español, donde los árbitros tienen un papel bien definido.

Otra fórmula, aunque no usual en España, es la conocida como «Medaloo» (*mediation and last offer arbitration*). Aquí las partes terminan la fase de negociación haciendo cada una de ellas una oferta final y el árbitro solo puede decidir, a la vista del caso, entre las dos ofertas hechas por las partes. Esto obliga a las partes a ser realistas en sus ofertas y este hecho favorece el acuerdo.

Con todo, la combinación más frecuente es, con mucha diferencia, la que enlaza un procedimiento de ADR con un arbitraje tradicional si el procedimiento previo fracasa.

#### 4 · EPÍLOGO

Comenzamos este artículo resaltando algo obvio, que la aprobación de la Directiva sobre Mediación confirma una tendencia favorable al recurso a fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos; en este caso a la mediación. De hecho, cada vez son más frecuentes las noticias de medidas legislativas e iniciativas institucionales que, también en otros ámbitos, se orientan en la misma dirección.

A nuestro juicio, sin perder de vista la importancia de todas estas actuaciones, el éxito de los mecanismos de ADR, si se nos permite utilizar el acrónimo inglés que les da nombre, dependerá sobre todo de un cambio cultural que pasa por acentuar más los aspectos intrínsecamente positivos de esas fórmulas que el papel, por lo demás indiscutible, que puedan jugar para reducir la carga de asuntos de los tribunales. Para ello es preciso que los operadores jurídicos y en particular los abogados, comprendan que, una vez descartada la negociación entre las partes, existen todavía fórmulas intermedias, distintas de la confrontación directa, que se han mostrado eficaces en otras sociedades y que no hay razón alguna para que no lo sean en la nuestra. Es preciso, en fin, asumir como abogados, más la imagen del ingeniero en la nuestra. Es preciso, en fin, asumir como abogados, más la imagen del ingeniero transaccional que la del litigante (o gladiador) victorioso.