



Guía Europea de Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de CPR



CPR

International Institute for
Conflict Prevention & Resolution

International Institute for Conflict Prevention and Resolution
575 Lexington Avenue, 21st Floor / New York, NY 10022 / USA
Phone: +1-212-949-6490 | Fax: +1-212-949-8859 |
info@cpradr.org

Copyright © November 2015 by International Institute for Conflict Prevention and
Resolution, Inc. All rights reserved.

Version 12-2015/1

**Testimonios de elogios para la Guía de Mediación y métodos alternativos de resolución de conflictos
elaborada por el Consejo Asesor Europeo de CPR**

"He estado involucrado en las actividades de CPR en Europa más de 10 años y durante todos estos años una de nuestras ambiciones era desarrollar un documento fácil de manejar para el público europeo para fomentar la mediación y los recursos de que dispone CPR. La Guía de Mediación Europea es el producto de la genuina colaboración entre abogados europeos de primer nivel tanto de empresa como externos. Ante todo, la Guía está centrada en ayudar a las empresas a entender los beneficios que puede ofrecer la mediación, a utilizar la mediación eficazmente para resolver disputas mercantiles y a poder acceder on-line a abundante material de apoyo"

Alexander J. Oddy

Socio

Herbert Smith Freehills LLP

"La guía imprescindible para todos los abogados internos en relación con la Resolución Alternativa de Conflictos. Presenta a los usuarios los métodos alternativos de resolución de conflictos, les familiariza con la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos y propone consejos para cada fase del procedimiento, desde la negociación del contrato para construir la relación contractual hasta la resolución del conflicto: todo lo que un abogado interno, en particular los abogados de negocios, necesitan para anticipar y resolver con éxito los conflictos a través de métodos alternativos.

Isabelle Robinet-Muguet

Directora Jurídica del área de Derecho Internacional y Contratos, Mediadora del Grupo BtoB, Orange

"Con el crecimiento internacional de la mediación, el Consejo Asesor de CPR ha elaborado esta guía definitiva para la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos. Es extremadamente práctica, permite acceder a una gran variedad de materiales on-line y es el resultado de un intenso esfuerzo de colaboración entre prominentes abogados de empresa y de despachos. Aunque se centra principalmente en la mediación, la Guía también proporciona ideas útiles respecto a otras formas de resolución alternativa de conflictos, incluyendo el arbitraje. Las secciones de la Guía relativas a la mediación cubren cada paso del proceso; la sección relativa al análisis de casos de mediación resulta de especial utilidad y ayudará a las organizaciones que estén considerando utilizar la mediación a entender cómo otros la han empleado. En resumen, es una caja de herramientas de inestimable valor y fácil manejo para cualquier abogado de empresa interno o externo que quiera utilizar la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

Jean-Claude Najar

Counsel Internacional

Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

UTILIZAR LA MEDIACIÓN Y OTROS PROCESOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS GUÍA PARA EMPRESAS Y ORGANIZACIONES EUROPEAS

SOBRE CPR

El Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (en adelante, CPR por sus siglas en inglés) es una organización independiente sin ánimo de lucro que lleva más de 35 años ayudando a organizaciones globales a evitar y resolver conflictos comerciales de manera eficaz y eficiente. Nuestros miembros son corporaciones y despachos de abogados líderes, instituciones académicas y gubernamentales y mediadores y árbitros destacados en todo el mundo. El carácter único de CPR se deriva de que es: (1) un líder de pensamiento que dirige una cultura global de resolución de conflictos; (2) un desarrollador de instrumentos y recursos innovadores, alimentado por la creatividad colectiva de sus miembros; y (3) una institución proveedora de métodos alternativos de resolución de conflictos (en adelante ADR por sus siglas en inglés) que plantea unas reglas de arbitraje, mediación y otros procedimientos de resolución de conflictos novedosas y prácticas y que recomienda mediadores y terceros neutrales de manera global. Para más información, por favor visite www.cpradr.org.

Los servicios de resolución de conflictos de CPR incluyen:

- Recursos y modelos que permiten redactar cláusulas de métodos alternativos de resolución de conflictos (en adelante, ADR por sus siglas en inglés) anteriores a la controversia y acuerdos personalizados de ADR posteriores al conflicto
- Reglas para permitir que las partes lleven a cabo arbitrajes administrados o no administrados, arbitrajes con segunda instancia, mediación y otras formas de ADR
- Desarrollo de criterios de selección para la selección de terceros neutrales, así como elaboración de listas de candidatos que puedan responder a las específicas y complejas necesidades de las partes
- Procedimientos para recusar árbitros (Protocolo de Recusación, *Challenge Protocol* en inglés)
- Nombramiento directo de árbitros y nombramientos UNCITRAL
- Nombramiento de árbitro especial para casos de medidas cautelares urgentes
- Arbitraje plenamente administrado
- Administración y depósito de fondos

CPR cuenta con una lista de árbitros y mediadores en más de 20 sectores de carácter global (para más información sobre la lista de árbitros, visite la página web de CPR en <http://bit.ly/CPRNeutrals>).

Para más información sobre el completo elenco de servicios de resolución de conflictos ofrecido por CPR, visite la página web de CPR en <http://bit.ly/CPRDRS>.

CPR EN EUROPA

La presencia de CPR en Europa data de principios de los años noventa y, como muestra del esfuerzo por continuar sirviendo a las necesidades de sus miembros, CPR ha creado un Consejo Asesor Europeo (*European Advisory Board*, en adelante, EAB por sus siglas en inglés). A través del Consejo Asesor Europeo (en adelante EAB por sus siglas en inglés), CPR pretende ser la principal fuente independiente en Europa para ayudar tanto a las compañías como a sus asesores legales, ya sean abogados de empresa o externos, a resolver y encontrar soluciones creativas a conflictos comerciales complejos de manera más eficiente y rentable, y preservar o mejorar las relaciones comerciales. Una lista de los miembros del EAB actualizada a octubre de 2015 puede encontrarse en el Apéndice 3.

A esos fines, el EAB desarrolla documentación, comparte conocimiento y buenas prácticas, colabora en iniciativas conjuntas y actividades con otros agentes e instituciones europeos, siempre en el marco de la legislación y la regulación aplicable y los principios éticos. El EAB proporciona un foro especialmente crítico a los abogados de empresa a fin de que estén conectados e intercambien experiencias con sus compañeros y con abogados de primer nivel a través de toda Europa. Para más información, visite <http://bit.ly/CPREurope>.

INTRODUCCIÓN

El EAB de CPR, en cumplimiento de sus objetivos, ha redactado esta guía dirigida a las corporaciones que operan tanto en Europa como en el resto del mundo para ayudarles a entender y aprovechar el elenco de "métodos alternativos de resolución de conflictos" disponibles. Pretende ser una guía introductoria a los procesos más generalizados y ayudar a identificar cuándo pueden considerarse adecuados, en particular la mediación, y proporciona sugerencias prácticas sobre cómo emplear dichos procedimientos. Proporciona enlaces a una amplia variedad de materiales y recursos prácticos para acceder a información más detallada. También contiene una breve introducción al arbitraje.

Esta guía no proporciona asesoramiento legal sobre la utilización de los procedimientos de ADR. Pueden existir diferencias en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea en relación con el tratamiento de algunos de los asuntos tratados en esta guía. En consecuencia, los usuarios de la guía deben considerar solicitar asesoramiento legal en la(s) jurisdicción(es) oportuna(s) en relación con las circunstancias concretas de su caso.

La redacción de esta guía por EAB ha sido dirigida por:

Isabelle Robinet-Muguet, Orange; y Alexander J. Oddy, Herbert Smith Freehills LLP

Con el apoyo de:

Jürgen Kloweit – Abogado y mediador
Clifford J. Hendel – Araoz & Rueda Abogados
Birgit Sambeth Glasner – Altenburger
Teresa Giovannini – Lalive
Javier Fernández-Samaniego – Bird & Bird LLP
Noah Hanft – CPR
Olivier P. André – CPR

Agradecemos a las siguientes personas la adaptación y traducción al español de esta Guía:

Patricia Muñoz-Campos – Bird & Bird LLP
Ángel Sánchez Freire – Araoz & Rueda, Abogados

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Sección	Tema	Página (hacer click para ir a la página)
SOBRE CPR.....		3
CPR EN EUROPA.....		3
INTRODUCCIÓN		4
1. PROCESOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: VISIÓN GENERAL		6
2. GUÍA DE CLÁUSULAS DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS		9
3. MEDIACIÓN: IDONEIDAD Y MOMENTO OPORTUNO.....		12
4. MEDIACIÓN: PROCESO Y PROCEDIMIENTO.....		15
5. MEDIACIÓN: ENCONTRAR UN MEDIADOR.....		19
6. MEDIACIÓN: ACUERDOS DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN		20
7. MEDIACIÓN: PREPARARSE PARA UNA MEDIACIÓN		22
8. MEDIACIÓN: PREGUNTAS FRECUENTES		24
9. MEDIACIÓN: ESTUDIO DE CASOS REALES.....		26
10. ARBITRAJE.....		26
APÉNDICE 1 - Documentación específica por sectores		29
APÉNDICE 2 - Mediación: estudio de casos reales.....		31
APÉNDICE 3 - Miembros del Consejo Asesor Europeo de CPR a fecha de octubre de 2015.....		39

1. PROCESOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: VISIÓN GENERAL

- 1.1 El término "ADR" (métodos alternativos de resolución de conflictos por sus siglas en inglés) es un término general que se usa para hacer referencia a una multitud de procedimientos formales e informales fuera de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos (los tribunales). El arbitraje entra dentro del elenco de procesos englobados por el término ADR en muchas jurisdicciones en Europa. Nada relevante cambia si varía el enfoque de esta nomenclatura.
- 1.2 Los procesos de ADR se utilizan de manera generalizada para resolver conflictos de manera más eficiente, confidencial y con menores costes que la jurisdicción. También pueden ayudar a las partes a encontrar soluciones prácticas y comerciales a sus conflictos, permitiendo así que mantengan relaciones comerciales que estuvieran en curso.
- 1.3 Hay una multitud de opciones para las partes que quieren participar en ADR. No todos los procesos son apropiados para todas las partes ni todas las controversias. El primer paso para identificar el proceso más apropiado es entender cuáles son las opciones disponibles y determinar qué opción u opciones responde(n) mejor a las necesidades y circunstancias de las partes. Este análisis deberá tener en cuenta hasta qué punto las partes han optado por uno o más procesos de resolución de conflictos en el clausulado de los contratos aplicables y si se ha pre-establecido la forma en la que esos procedimientos deben llevarse a cabo. Véase más abajo una tabla comparativa que proporciona una descripción general de los procesos más comunes.
- 1.4 Una distinción fundamental puede establecerse entre los procesos que son heterocompositivos, esto es, que concluyen con una decisión vinculante de un tercero ajeno a las partes (como el arbitraje o el Peritaje vinculante) y aquellos que son autocompositivos, es decir, en el que son las partes las que llegan a su propia solución asistidos por un tercero que no dicta decisiones vinculantes (como la evaluación preliminar no vinculante de expertos y la mediación).
- 1.5 Un aspecto procedimental importante es que el ADR puede organizarse por las propias partes (auto-administrado) o las partes pueden pagar una tasa a una institución de ADR que gestionará el proceso (administrado). Como ejemplos de procedimientos auto-gestionados están la mediación o el arbitraje, que se ponen en marcha sobre una base *ad hoc* por las partes contactando directamente con un mediador o árbitro neutral. No obstante, la mediación y muy comúnmente el arbitraje pueden organizarse con la asistencia de una institución de ADR.
- 1.6 A la hora de decidir cuál de los procesos de ADR es más apropiado para resolver su controversia, las partes deberían considerar los siguientes aspectos:
 - 1.6.1 la naturaleza del conflicto: determinar si el objeto de la controversia es de naturaleza legal, técnica o únicamente tiene por objeto una reclamación de cantidad;
 - 1.6.2 la medida en la que el proceso puede explorar y crear opciones de acuerdo que respondan a los intereses subyacentes (económicos, de reputación, personales, emocionales) además o en lugar de los derechos y obligaciones legales de las partes;
 - 1.6.3 si las partes quieren un proceso "facilitativo" que les ayude a alcanzar un acuerdo comercial, o si prefieren un proceso "evaluativo" que evalúe los fundamentos de hecho y de derecho en los que se asientan sus posiciones;
 - 1.6.4 si se necesita un tercero neutral que adopte una decisión que las partes tengan que cumplir y/o tenga valor de precedente para una de las partes;
 - 1.6.5 la formación y experiencia de cualquier parte neutral que quieran que participe;
 - 1.6.6 qué nivel de control quieren tener sobre el proceso y qué grado de apoyo procedimental necesitan las partes;
 - 1.6.7 el marco temporal dentro del que se va a llevar a cabo el proceso;
 - 1.6.8 cuánto están dispuestos a gastar en la gestión administrativa del proceso; y
 - 1.6.9 qué posibilidad tienen de ejecutar la solución que se alcance.

Materiales Adicionales

- 1.7 El Documento del CPR “ADR Primer” (<http://bit.ly/CPRADRPrimer>) proporciona una lista extensiva de procesos de ADR junto con breves definiciones. Este documento también proporciona un ulterior examen sobre las diferencias entre métodos de ADR “administrados”, auto-administrados” y “asistidos”:
- 1.8 El despacho internacional de abogados y miembro de CPR, Herbert Smith Freehills LLP ha elaborado una serie de guías para clientes que incluyen un amplio elenco de temas relacionados con los métodos alternativos de resolución de conflictos. La guía - "*Common ADR Processes - An Overview*" (<http://bit.ly/HSFADRoverview>) ("Procedimientos Comunes de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos - Una visión general") aborda las ventajas y desventajas de varios métodos alternativos de resolución de conflictos incluyendo la mediación, med/arb y arb/med (procedimientos híbridos con aspectos tanto de la mediación como del arbitraje), evaluación neutral preliminar no vinculante, y adjudicación.
- 1.9 El CPR ha elaborado una Guía de Idoneidad de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (*ADR Suitability Guide*) (<http://bit.ly/suitabilityguide>) para ayudar a los abogados a determinar la idoneidad o no de un conflicto concreto respecto a los distintos métodos alternativos de resolución de conflictos. Este documento contiene un "Análisis de Mediación" ("*Mediation Analysis Screen*"), que consiste en un cuestionario para las partes seguido de información sobre cómo interpretar sus respuestas, para evaluar la idoneidad de un conflicto a la hora de ser resuelto por vía de la mediación. El documento, además, contiene una matriz comparativa de otros procesos de ADR no vinculantes y una breve tabla comparando la jurisdicción y el arbitraje.
- 1.10 La Sección 3 que sigue incluye un *checklist* de los factores que han de considerarse para determinar la idoneidad de someter un conflicto a mediación o no.
- 1.11 Para más información sobre las reglas del arbitraje administrado del CPR, visite la página web de CPR en <http://bit.ly/AdministedArbitration>.
Para información sobre las reglas del arbitraje administrado por el CPR, visite la página web de CPR en <http://bit.ly/IntAdministeredArbitration>.
Para información sobre las reglas del arbitraje no administrado de CPR, visite la página web en <http://bit.ly/nonadministeredarbitration>.
Para más información en relación con los servicios de mediación de CPR, visite la página web en <http://bit.ly/CPRMediation>.

DESCRIPCIÓN DE LOS PROCESOS DE ADR	Rapidez	Coste	Ejecución	Carácter Final	Impacto en las relaciones	
Mediación	Discusiones estructuradas para alcanzar un acuerdo: discusiones sin reglas procedimentales formales facilitadas por un tercero neutral sin poder de decisión	En general, unas semanas de preparación, seguidas por uno o dos días de sesiones de mediación	Dada su corta duración, la mediación es mucho más barata que el arbitraje o el recurso a la jurisdicción, y los costes están repartidos a partes iguales	Si se llega a un acuerdo, las partes firmarán un contrato de transacción vinculante. Los acuerdos mediados en conflictos internacionales en la UE pueden ser ejecutables gracias a la Directiva de Mediación. La ejecución judicial en controversias domésticas varía en función de los estados miembros. En la práctica, las controversias relativas a tales contratos son poco comunes	Si no se llega a ningún acuerdo, se recurrirá a la jurisdicción u otros medios de ADR- las discusiones, en general, no pueden ser utilizadas en procedimientos posteriores o en curso	La mediación ofrece una oportunidad de debatir y reparar las relaciones comerciales
Arbitraje	En general, es un procedimiento formal basado en un proceso similar al procedimiento judicial con reglas procedimentales estrictas, normalmente presidido por uno o tres árbitros que toman una decisión vinculante para las partes –a salvo de los posibles recursos que se planteen. Se distingue del proceso judicial porque las partes tienen más opciones procedimentales y el proceso es confidencial	La totalidad del proceso, generalmente, dura uno o dos años con audiencias que duran desde uno o dos días hasta varias semanas (y sujetas a retrasos, ej: cuando se impugna la competencia del tribunal)	Los costes son similares a los de la jurisdicción y son mayores cuanto más se alargue el proceso; a veces, la parte perdedora paga los costes	Los laudos tienen que convertirse en títulos ejecutivos y en general se necesita de la homologación judicial antes de la ejecución pero ejecutar laudos en el extranjero es, en general, más fácil que ejecutar una sentencia si el estado es uno de los 150 que forman parte de la Convención de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (La Convención de Nueva York), que permite la ejecución recíproca de laudos	Los laudos arbitrales raramente pueden ser apelados cuando la cláusula de resolución de conflictos no permite acudir a este método. Los motivos para pedir la nulidad de un laudo arbitral son limitados, ej: cuando se impugna la competencia del tribunal, o cuando se denuncia una grave irregularidad	La naturaleza legal y contenciosa del procedimiento no ayuda a la restitución de las relaciones comerciales
Evaluación Preliminar No-Vinculante de Experto (EPE)	Una parte neutral experta en la materia proporciona una evaluación no vinculante del conflicto	Dependiendo de la complejidad del caso, se podrá llevar a cabo una evaluación en un plazo de uno a tres meses	Los costes de una EPE son generalmente bajos, en línea con la mediación, dado que los procesos sumarios, en general se llevan a cabo sin fase probatoria	Este es un proceso no vinculante - la evaluación no es ejecutable pero puede que acerque a las partes a un posible acuerdo al ayudarlas a evaluar la fuerza de sus posiciones	La jurisdicción u otros medios de ADR seguirán a la EPE porque no resuelve el asunto – la evaluación suele permitir procedimientos posteriores o concurrentes.	Puede acercar a las partes a un acuerdo o, por el contrario, polarizar sus posiciones, es poco común que repare una relación comercial
Peritaje vinculante	Un tercero neutral experto en el tema adopta una decisión final vinculante, después de escritos presentados por las partes (a veces orales), el procedimiento es, en general, menos formal que el arbitraje	Dependiendo del ámbito y complejidad de los problemas, el proceso completo puede durar de seis a doce meses	Los costes son normalmente más elevados que los de la mediación pero menores que los del arbitraje, por su duración más corta y sus procedimientos de prueba más limitados	La cláusula de resolución de conflictos aplicable en general establece el carácter vinculante de la decisión y por lo tanto será ejecutable ante los tribunales salvo que el experto no haya cumplido con las instrucciones establecidas	Aunque en algunos casos los tribunales están preparados para intervenir, en la mayoría la decisión del experto se aceptará como definitiva, haciendo de éste un método de ADR potencialmente rápido y eficiente	La rapidez de los medios de decisión supone que si es aceptada, la relación comercial en general podrá mantenerse

2. GUÍA DE CLÁUSULAS DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

- 2.1 Las partes pueden tomar la decisión de usar métodos alternativos de resolución de conflictos antes de que empiece la controversia (en el inicio de sus relaciones comerciales) o una vez que ya ha surgido. En el primer caso, es común en la práctica incorporar una cláusula en el contrato aplicable que establezca el uso de ADR en caso de que surja un conflicto (una cláusula de ADR). Sin embargo, aun si las partes no incluyen una cláusula de ADR en su contrato, son libres de emplear uno o más procesos de ADR una vez que surja una controversia, a menudo en paralelo con cualquier proceso de resolución de conflictos contractualmente determinado. Por supuesto que, una vez que ha comenzado un conflicto, puede ser algo más difícil acordar los procesos de ADR más adecuados y esas discusiones deberán estar enmarcadas por cualesquiera requisitos legales y procedimentales de la sede en la que la controversia ha de resolverse.
- 2.2 Tener un proceso de resolución de conflictos que conlleve poner en marcha un ADR desde el inicio de la relación puede conllevar importantes ahorros de tiempo y dinero con posterioridad. Por otra parte, establecer la obligación de usar ADR (ej. mediación) antes de que las partes litiguen en el tribunal nacional seleccionado (o sometan el asunto a arbitraje) puede que no siempre sea eficaz en la práctica si la controversia concreta que surge no está lo suficientemente desarrollada o una de las partes es reacia a esta opción.
- 2.3 No existe una cláusula de ADR que se adapte a todas las controversias y las partes han de adoptar un enfoque que se adapte a cada contrato concreto.
- 2.4 En muchos sectores, las partes contratantes pueden establecer cláusulas de ADR que se han desarrollado para adaptarse a las necesidades de dichos sectores. Por ejemplo, los sectores del petróleo y del gas, la construcción, la compra-venta de materias primas y el sector marítimo han desarrollado estructuras contractuales y reglas de resolución de controversias para limitar el ámbito de los conflictos que puedan surgir y resolverlos a través de reglas y procedimientos adaptados al sector en cuestión. Remítase al Apéndice 1 para consultar un resumen de algunas de esas reglas y documentación para cada sector, incluyendo recursos específicos de algunos sectores, preparados por el CPR.
- 2.5 A grandes rasgos, hay tres tipos de cláusulas de ADR: obligatorias, escalonadas y no obligatorias.

Cláusulas obligatorias

- 2.6 Las cláusulas obligatorias o bien obligan a las partes a usar ADR (normalmente mediación) antes de recurrir al arbitraje o a la jurisdicción o bien imponen un proceso de ADR de manera obligatoria y vinculante, como puede ser la decisión vinculante de un experto. Son particularmente eficaces en aquellos casos en los que las partes quieren asegurarse de que siempre se intente llevar a cabo un proceso de ADR. El riesgo es que también obligue a las partes a poner en marcha el proceso aun cuando una de ellas no lo considere apropiado. Conviene señalar que el carácter obligatorio y vinculante de una cláusula de esta naturaleza dependerá de la ley nacional por la que se rija la cláusula. Por supuesto, si ambas partes están de acuerdo, es posible cambiar esta cláusula por otra que establece un proceso de ADR

Por ejemplo:

“Las partes intentarán resolver de buena fe cualquier disputa que pudiera surgir de o relacionada con este Contrato a través de mediación confidencial bajo el [vigente en el momento que se produzca la controversia] Procedimiento de Mediación del CPR (CPR Mediation Procedure) [vigente en la fecha de este Acuerdo], antes de recurrir al arbitraje o un procedimiento judicial.”

Cláusulas Escalonadas

- 2.7 Las cláusulas escalonadas establecen procedimientos “multi-step” (en varios pasos), por ejemplo, requiriendo a las partes negociar directamente y, si eso falla, intentar la mediación, antes de recurrir a un procedimiento judicial. Estas cláusulas se emplean de manera generalizada en un gran número de contratos comerciales y en todos los sectores de la industria pero son particularmente comunes (y eficaces) en aquellos casos en los que las partes inician relaciones comerciales duraderas y buscan aprovechar todas las oportunidades de resolver el conflicto de

manera informal antes de que se invoque un procedimiento formal de resolución de controversias como el arbitraje.

Por ejemplo:

"Entre Directivos (A) Las partes intentarán, de buena fe, resolver cualesquiera disputas que surjan de o estén relacionadas con este [Acuerdo] [Contrato] de manera inmediata a través de la negociación entre los ejecutivos o directivos que tengan la autoridad para llegar a un acuerdo al respecto y que sean de nivel jerárquicamente superior a las personas a las que se les atribuye la responsabilidad directa para la administración de este contrato. Cualquier persona puede comunicar a la otra parte preaviso escrito de cualquier conflicto que no se hubiera resuelto en el curso ordinario del negocio. En los [15] días siguientes a la notificación del preaviso, la parte receptora deberá remitir a la otra una respuesta escrita. La notificación y respuesta habrán de contener (a) una declaración sobre la posición de la parte en cuestión y un resumen de los argumentos que apoyan esa posición, y (b) el nombre y título del ejecutivo que representará a la parte y de cualquier otra persona que acompañará a dicho ejecutivo. En los [30] días siguientes a la entrega de la notificación inicial, los ejecutivos de ambas partes deberán reunirse a la hora y en el lugar mutuamente aceptado por ambos, y desde entonces con la frecuencia que estimen necesaria, para intentar resolver la controversia. Todas las peticiones razonables de información hechas por una parte a la otra deberán atenderse. Todas las negociaciones derivadas de esta cláusula son confidenciales y deberán ser tratadas como negociaciones de naturaleza transaccional para llegar a los efectos de las normas de prueba que resulten de aplicación."

"Mediación (B) Si la controversia no ha sido resuelta por la negociación mencionada en los [45] días siguientes a la entrega de la notificación inicial del inicio de negociación, [o si las partes no han conseguido reunirse en los [20] días siguientes,] las partes deberán esforzarse por llegar a un acuerdo a través de la mediación de acuerdo con el Procedimiento de Mediación del Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos ("CPR") (International Institute for Conflict Prevention & Resolution ("CPR") Mediation Procedure¹) [actualmente vigente o vigente en el momento de firmarse este Acuerdo], [no obstante, si una de las partes no participa en la negociación tal y como aquí se prevé, la otra parte podrá iniciar la mediación antes de expirar el plazo de [45] días.] Salvo que se acordara otra cosa, las partes seleccionarán un mediador entre la Lista de Terceros Neutrales del CPR (CPR Panels of Distinguished Neutrals)."

"Arbitraje (C) Cualquier conflicto derivado o relacionado con este [Acuerdo] [Contrato], incluyendo su incumplimiento, resolución o la validez del mismo, que no se haya resuelto por mediación como está establecido [en los [45] días siguientes a la iniciación del procedimiento de mediación] [en los [30] días siguientes al nombramiento del mediador], deberá ser resuelto de manera definitiva mediante arbitraje de acuerdo con las reglas de Arbitraje Administrado de Controversias Internacionales del Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos ("CPR") (International Institute for Conflict Prevention and Resolution ("CPR") Rules for Administered Arbitration of International Disputes) [actualmente vigente o vigente en el momento de firmarse este Acuerdo], por [un único árbitro] [tres árbitros, de los cuales cada una de las partes designará a uno y un tercero que será nombrado por CPR] [tres árbitros, de los cuales cada parte designará a uno, con un tercero que será designado por los dos árbitros nombrados por las partes] [tres árbitros que se nombrarán de acuerdo con el procedimiento de selección establecido por la Regla 5.4] [tres árbitros, ninguno de los cuales será designado por las partes]; [siempre y cuando, sin embargo, si una de las partes no participa ni en la negociación ni en la mediación tal y como aquí se ha acordado, la otra parte podrá iniciar el arbitraje antes de que transcurran los periodos previamente mencionados.] La resolución sobre el laudo dictado por el árbitro(s) podrá dictarse por cualquier tribunal competente. El lugar del arbitraje será (ciudad, país). El idioma del arbitraje será (idioma)."

Cláusulas no obligatorias

- 2.8 Las cláusulas no obligatorias son cláusulas que sólo requieren a las partes que valoren la posibilidad de utilizar ADR antes de recurrir al arbitraje o a la jurisdicción y que por tanto adelantan la opción de acudir al ADR pero se preserva la flexibilidad para rechazarla si no fuera

¹Las previsiones de confidencialidad de este procedimiento se basan en las leyes de EEUU. Habrá de modificarse en lo necesario para reflejar cualquier otro sistema legal elegido.

apropiada en el caso concreto. Mientras que las cláusulas no obligatorias son, a veces, criticadas por ser ineficaces al no obligar a las partes contratantes a emplear un proceso particular, pueden ser útiles para las partes que quieren preservar un máximo de flexibilidad en sus opciones de resolución de conflictos. La inclusión de una cláusula no obligatoria permite a cualquiera de las partes proponer (por ejemplo) mediación sin miedo a que la propuesta sea tomada como un signo de debilidad o una falta de confianza en el caso, porque el uso de la mediación ya está reconocido por ambas partes como un medio de resolución de conflictos en los términos del contrato.

CPR no fomenta el establecimiento de cláusulas no obligatorias porque el hecho de si se ha cumplido con lo establecido en ellas o no puede ser también objeto de conflicto. En algunas circunstancias las partes contratantes pueden, no obstante, elegir cláusulas no obligatorias por la flexibilidad que confieren.

CLAUSULAS DE ADR: CONSIDERACIONES CLAVE

Ámbito	¿Qué conflicto(s) cubrirá la cláusula?
Plazo	La cláusula ha de establecer un plazo máximo en el que el ADR ha de empezar o concluir, incluyendo plazos para acciones o pasos concretos.
Iniciar el procedimiento	¿Cómo empezará formalmente el proceso?
Selección de tercero neutral, experto, etc.	¿Cómo se elegirá al tercero?; ¿se utilizará una institución ADR?
Idioma, lugar y ley aplicable	¿Dónde tendrán lugar los procesos y en qué idioma? Puede ser conveniente, en cláusulas más largas, incluir una elección expresa de ley aplicable para la propia cláusula de resolución de conflictos.
Asistentes	Esto es importante en mediación o negociaciones - las partes querrán que los asistentes de ambos lados tengan la autoridad necesaria para llegar a un acuerdo.
Confidencialidad	Las partes querrán generalmente que los procesos sean confidenciales y, si no es un proceso vinculante, que se lleve a cabo con el compromiso de que todo lo discutido no podrá utilizarse en sede judicial (allí dónde se reconozca ese privilegio concreto de secreto profesional).
Costes	¿Quién será responsable por los costes del proceso, tanto en términos de financiar un tercero neutral y/o una institución y quién responderá, por ejemplo, de los costes legales?

Materiales Adicionales

- 2.9 El CPR elabora un amplio rango de cláusulas modelo de ADR, incluyendo mediación, varios tipos de arbitrajes, mini-juicios y otras cláusulas específicas del sector en cuestión, todas accesibles en <http://bit.ly/CPRModelClauses>. Éstas pueden usarse como precedente a la hora de elaborar cláusulas de ADR en contratos comerciales, aunque huelga decir que habrá que valorar detenidamente su idoneidad al caso concreto y si sería apropiado introducir variaciones.
- 2.10 Las consideraciones clave que tener en cuenta a la hora de redactar cláusulas de ADR, incluyendo el uso que se puede hacer las cláusulas modelo, están expuestas en la *checklist* del CPR relativa a los problemas relacionados con la redacción de este tipo de cláusulas elaborada por el CPR. (<http://bit.ly/CPRDraftingchecklist>).
- 2.11 El CPR, además, elabora una guía práctica para los procesos alternativos de resolución de conflictos comunes "Redactar Cláusulas de Resolución de Conflictos" ("*Drafting Dispute Resolution Clauses*") ([ver http://bit.ly/CPRDraftingBook](http://bit.ly/CPRDraftingBook)), dirigida a abogados dedicados a

operaciones mercantiles y de negocios. Esta guía proporciona información accesible y sofisticada sobre la redacción de cláusulas previas al conflicto junto con ejemplos de cláusulas y está disponible para la compra.

- 2.12 El Instituto Internacional de Mediación (IIM) ha reunido varios ejemplos de cláusulas de mediación de varios proveedores de métodos alternativos de resolución de conflictos que son accesibles de manera gratuita en internet. Éstos están disponibles aquí (bit.ly/IMISampleClauses), junto con guías prácticas para la elaboración de dichas cláusulas.

3. MEDIACIÓN: IDONEIDAD Y MOMENTO OPORTUNO

- 3.1 La mediación es el método alternativo de resolución de conflictos más popular y como procedimiento es susceptible de ser aplicado a en diferentes jurisdicciones y disputas internacionales. Es particularmente efectivo en aquellos casos en los que existe una relación comercial continuada entre las partes pero puede ayudar a las partes en prácticamente todos los conflictos, salvo cuando una de ellas necesita un resultado o remedio que sólo puede ser proporcionado por un tribunal (como una orden judicial de cesación).
- 3.2 La mediación suele merecer la pena en la mayor parte de los conflictos. A menudo, hay que determinar el *cuándo*, más que el *si* la mediación es la mejor solución para ayudar a las partes a llegar o acercarse a un acuerdo. Aunque la mediación no concluya en acuerdo (posiblemente porque se intenta en un momento muy temprano de la vida del conflicto), la mediación puede ayudar a las partes permitiendo que identifiquen y se concentren en los problemas clave entre ellos e identifiquen sus intereses subyacentes. Las partes pueden negociar o mediar más de una vez en el curso de la controversia en el camino hacia la obtención de una resolución aceptable.
- 3.3 Las preguntas listadas abajo pretenden ser una *checklist* informal para las partes a la que acudir a la hora de valorar la idoneidad de una controversia concreta para la mediación en el estadio en el que se encuentre. La *checklist* no es exhaustiva, sino sólo indicativa. No es necesario responder a todas estas preguntas; en general responder sólo a una o varias de estas preguntas puede permitir determinar si merece la pena utilizar el proceso de mediación.
- 3.4 La decisión sobre si mediar o no también está muy ligada a la decisión de cuándo mediar en el ciclo de una controversia. En resumen, cuanto más pronto se lleve a cabo el proceso, mayores posibilidades existirán de ahorrar costes legales y de negocio y de evitar que se agrave el conflicto. Sin embargo, esto siempre ha de ponerse en una balanza con una valoración sobre si las partes están preparadas para llegar a un acuerdo sobre la controversia, en el sentido de si los problemas están lo suficientemente definidos y hay suficiente información disponible para permitir un análisis suficiente sobre los riesgos de continuar con o agravar la controversia.
- 3.5 Esta sección incluye documentación para asistir a ambas partes en la identificación de conflictos adaptados para mediación y en la consideración del momento idóneo para mediar (esto puede hacerse más de una vez a lo largo de un conflicto complicado).

CHECKLIST

- ¿El instinto te dice que es posible llegar a un acuerdo, aunque sea en una etapa posterior de los procedimientos?
Cuando la posibilidad de un eventual acuerdo es alta, la mediación suele acelerar el procedimiento para llegar al mismo, ahorrando costes, tiempo y potencialmente la relación de negocios.
- ¿Cómo de importante es el objetivo de mantener la continuidad de la relación de negocios?
Si es un objetivo clave para ambas partes, merece la pena perseguir que se celebre una mediación.
- ¿Cuánto control quieren tener las partes en el proceso sobre la resolución del conflicto?
La mediación es un proceso flexible que permite a las partes tener más control sobre el procedimiento que el arbitraje o un procedimiento jurisdiccional.

- ¿Es posible que el caso se resuelva de manera expeditiva o puede que una de las partes necesite de medidas provisionales, una pena o compensación económica judicial concreta?

Algunos tipos de compensación disponibles en los tribunales no están disponibles vía mediación por lo que cuando estos son necesarios, la mediación puede no ser apropiada.

- ¿Es probable que vaya a ser necesario un procedimiento formal de prueba?

Las partes de una mediación pueden acordar intercambiar información pero no se lleva a cabo un proceso formal de práctica de prueba. En aquellos casos en los que las partes creen que el caso necesita de un procedimiento de prueba, cabe que las partes prueben la mediación antes o paralelo con este ejercicio para delimitar los problemas respecto a los que hay que realizar prueba documental y así, ahorrar tiempo y costes.

- ¿El conflicto sólo se refiere a la cantidad o un problema técnico específico?

Las partes pueden considerar utilizar otro tipo de ADR si ese es el caso.

- ¿Los costes económicos de un procedimiento judicial o arbitral hacen que intentar una mediación merezca la pena?

En la gran mayoría de los casos, la respuesta a esta pregunta será afirmativa.

- ¿Es necesaria una resolución rápida del conflicto?

Siendo generalmente deseable, la resolución rápida del conflicto será necesaria cuando las partes desean mantener o reanudar una relación comercial del tipo que sea. La mediación puede ser convenida y llevada a cabo rápidamente, si es necesario en unos días, pero en las controversias comerciales se anunciará la mediación con unas semanas de antelación para permitir que las partes se preparen adecuadamente.

- ¿Es necesario preservar la privacidad?

La mediación es generalmente un proceso confidencial.

- ¿Es la defensa e imagen pública el objetivo de alguna de las partes?

El propio proceso de mediación es confidencial, sin embargo, es posible (y común) que las partes acuerden que uno de los elementos del acuerdo mediado sea una declaración pública en el formato acordado: quizá una disculpa pública, o simplemente una declaración para reconocer/informar a terceras partes (inversores en el mercado por ejemplo) de que el conflicto, ha llegado a su fin.

- ¿Cómo de seguras están las partes de que su posición prevalecerá en un tribunal o en arbitraje?

Si las partes tienen claros los fundamentos legales de su posición, puede que la mediación les ayude a negociar un acuerdo de manera más rápida que un procedimiento judicial o arbitral. Si los fundamentos legales siguen siendo discutidos, el proceso de mediación puede proporcionar a las partes la oportunidad de probar su entendimiento y evaluación de la posición en un entorno seguro con el mediador de forma privada y confidencial. Esto permite una evaluación realista del riesgo que se podría asumir que podría ser útil en el proceso de llegar a un acuerdo.

- ¿Cómo de receptiva está la dirección de las respectivas organizaciones a la idea de la mediación?

Las empresas con una "cultura" que fomenta los ADR y que han tenido experiencias previas con ellos, son mucho más proclives a ser receptivas a la mediación y a entrar en ella predispuestos a llegar a un acuerdo. La mayoría del personal de las empresas que participan en mediación consideran que el proceso es eficaz.

- ¿Cuál es el estado actual de la relación entre las partes?

En el seno de la resolución de un conflicto, la falta de confianza y la tensión pueden hacer el trabajo del mediador más difícil, no obstante, aún en casos de altos niveles de dichas emociones no son barreras insuperables para llevar a cabo una mediación con éxito. A menudo, es la habilidad del proceso de mediación el facilitar que los factores emocionales y personales concurrentes en un conflicto comercial sean reconocidos, permitiendo así que la mediación ayude a las partes a resolver sus problemas. Ni la jurisdicción ni el arbitraje pueden tener en cuenta el papel que juegan esos intereses humanos, y, frecuentemente, la naturaleza contradictoria de cualquiera de estos dos procesos polariza la visión de las partes más que acercar sus posiciones.

- ¿Hay disparidades entre las partes en términos de recursos económicos y sofisticación empresarial?

Las mediaciones que hacen frente a grandes disparidades de poderío necesitarán de un especial cuidado por parte del mediador para evitar cualquier riesgo de injusticia. Sin embargo, la mediación puede proporcionar un foro seguro para las partes de tamaños o recursos dispares en un entorno que fomenta la resolución del conflicto. Algunas grandes empresas pueden, en circunstancias excepcionales, estar dispuestas a financiar el proceso de mediación simplemente para animar a una contraparte más pequeña a participar cuando la negociación convencional u otros esfuerzos de acuerdo han sido fallidos.

- ¿Son compatibles los estilos de los asesores legales de las partes?

La actitud de los abogados externos puede afectar a las posibilidades de éxito de la mediación. Sin embargo, es competencia de las partes y de sus abogados internos (cuando estuvieran presentes) establecer el tono general. En algunas jurisdicciones en las que la mediación no es muy conocida ni usada de forma generalizada, incluso los propios abogados externos pueden carecer del conocimiento o experiencia necesaria, lo que puede ser un obstáculo que habrá que superar con información/educación.

- ¿Podría la mediación ayudar a las partes aclarando las cuestiones controvertidas y haciendo que entendieran las motivaciones reales o intereses subyacentes de la otra?

Ayudar a las partes a identificar los asuntos genuinos que las dividen y sus objetivos subyacentes es una parte clave del papel del mediador e incrementa las oportunidades de las partes de llegar a un acuerdo.

- ¿Puede dar la mediación la oportunidad a las partes de explicar sus puntos de vista, reducir la hostilidad entre ellas o incluso disculparse?

La mediación es un proceso más cooperativo, menos conflictivo que la jurisdicción o el arbitraje - si se ofrece a las partes la oportunidad de expresar su enfado o explicar su decisión, la mediación puede aliviar esas tensiones. Muchos conflictos surgen o se exacerban por malentendidos que, en general, pueden resolverse de manera más eficaz que recurriendo a la jurisdicción o al arbitraje.

Materiales Adicionales

- 3.6 Las preguntas incluidas en la *checklist* anterior, así como otras preguntas no incluidas se abordan en la Guía de Idoneidad de ADR deCPR (*CPR's ADR Suitability Guide*) (<http://bit.ly/suitabilityguide>). Esta guía proporciona un completo análisis que puede usarse para evaluar la idoneidad de conflictos particulares para la mediación.

CUÁNDO MEDIAR EN EL CICLO DE LA DISPUTA

- 3.7 Aunque a veces hay discusión en torno al momento “adecuado” para mediar un conflicto, en realidad la mediación puede llevarse a cabo de manera eficaz en varios estadios del ciclo de vida de la mayoría de los conflictos. Lo que es necesario es que las partes entiendan las distintas dinámicas en juego en el conflicto en los distintos estadios del mismo y acomoden sus expectativas, preparación y estrategia de negociación a las mismas.
- 3.8 Es obvio que cuanto antes puedan mediar las partes en el ciclo del conflicto, mayor será el ahorro de costes legales y gestión del tiempo así como el mantenimiento de (o limitación del daño a) las relaciones comerciales. No obstante, cuanto antes tenga lugar la mediación en el ciclo de la disputa, de menos información dispondrán las partes para ayudarlas a evaluar el conflicto. En general, los responsables prefieren estar bien informados antes de tomar una decisión que pueda comprometer un conflicto y por lo tanto existe una inevitable tensión entre aprovechar la oportunidad de resolver el conflicto tan pronto como sea posible y esperar a tener suficiente información para tomar una decisión sólida (con la que responder ante la dirección, los accionistas, etc.).

- 3.9 Habrá un abanico de factores internos y externos que afecten a la decisión de una empresa sobre cuándo mediar que incluyen el foro en el que la disputa se va a resolver, el sistema legal que rige los asuntos conflictivos, y las circunstancias e intereses subyacentes de las partes.
- 3.10 La guía de ADR para clientes elaborada por Herbert Smith Freehills LLP (*¿Cuándo mediar en un Conflicto? ("When to Mediate in a Dispute")*) (<http://bit.ly/HSFwhenmediate>) - trata algunos de los factores que considerar al determinar qué estadio es el más apropiado para intentar la mediación en un conflicto determinado. Este documento está elaborado desde la perspectiva del "common law" con el proceso civil inglés como punto de referencia, pero la serie de preguntas que se formulan están listas para ser modificadas para reflejar el procedimiento en cualesquiera tribunales civiles o arbitrales. Sea cual sea el foro para la resolución formal del conflicto, el desafío para las partes es comprobar si avanzar con el caso al siguiente paso procedimental las va a acercar al punto en el que puedan tomar una decisión debidamente informada o si resolver el asunto mediante acuerdo alcanzado en una negociación o en mediación o incluso, continuar con una resolución formal del conflicto por un juzgado o un tribunal arbitral.

4. MEDIACIÓN: PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Resumen

- 4.1 La mediación es una negociación asistida, cuyo propósito es resolver un conflicto en términos mutuamente aceptables para las partes. Las partes eligen de común acuerdo a una tercera parte neutral para que actúe como mediador. El papel del mediador es explorar los intereses de las partes, descubrir sus intereses comunes, alertar a las partes de las resoluciones que puedan atender a tales intereses y ayudarlas a que adopten esas resoluciones.
- 4.2 La mediación proporciona una serie de beneficios que no ofrece la negociación directa entre las partes. En la negociación directa, las partes suelen ser reacias a reconocer las debilidades de su caso y hacer concesiones debido a su preocupación que ello les haga perder poder de negociación. Esto conduce a que las partes se "enroquen" en sus posiciones y se nieguen a reconocer que pueden existir formas alternativas de evaluar el conflicto.
- 4.3 Los mediadores actúan como diplomáticos, intentando ganarse la confianza de ambas partes y animándolas a compartir sus preocupaciones e intereses reales en confianza con el mediador. Esto permite que se lleven a cabo valoraciones realistas de los riesgos y que se discutan y exploren soluciones alternativas al conflicto con el mediador de manera privada y segura. El proceso ayuda a las partes se relacionen entre sí de una forma más pragmática y constructiva. La mediación también proporciona un calendario y una estructura flexibles que podrían ser más difíciles de conseguir en una negociación.

Características clave

- 4.4 La mediación es un **proceso voluntario**. Aunque en algunas jurisdicciones la mediación se recomienda encarecidamente por los tribunales o es incluso obligatoria, nunca se puede forzar a las partes a llegar a un acuerdo vía mediación. La función del mediador es ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo, pero esto no es siempre posible.
- 4.5 La mediación es **privada y confidencial**. Nada de lo dicho en el curso de la mediación puede debatirse fuera de la misma ni revelarse a ningún tercero. Además, todo lo que se dice en las sesiones privadas mantenidas entre el mediador y una de las partes en ausencia de la otra será también confidencial respecto a esta otra. Esas condiciones se establecen en el acuerdo de mediación. Por supuesto, todo lo que se diga no puede ser "desdicho" y la información transmitida en el curso de la mediación no puede pretender ser "desconocida". Lo mismo ocurre con cualquier negociación de acuerdo. Hay que tener en cuenta que algunos sistemas legales nacionales, que pueden aplicarse a las mediaciones de la jurisdicción en cuestión, tienen distintos enfoques al regular la confidencialidad de los procesos de mediación.
- 4.6 Además, en las jurisdicciones que reconocen el conocido como privilegio del "without prejudice" (la mayoría de las jurisdicciones de "common law"), las partes no podrán utilizar en

procedimientos judiciales o arbitrales subsiguientes nada de lo dicho, hecho o escrito a los efectos de la mediación. La Directiva 2008/52/CE de Mediación que regula los litigios transfronterizos (aquéllos en los que las partes están domiciliadas en distintos estados miembros) obliga a los estados miembros a brindar protección a la confidencialidad del proceso de mediación y protección para los mediadores y prestadores de servicios de mediación cuando sean llamados como testigos en procedimientos legales. Algunos estados miembros han adoptado voluntariamente estos requerimientos de la Directiva de Mediación también para sus conflictos domésticos.

- 4.7 El mediador **no tiene la potestad de emitir órdenes de naturaleza obligatoria**, forzar una determinada línea de actuación, ejecutar un acuerdo o dictar sentencia o laudo. Los resultados de la mediación sólo serán vinculantes si las partes suscriben un acuerdo transaccional al final del proceso. Ese acuerdo será ejecutable haciendo uso del mecanismo de resolución de conflictos que se establezca en el mismo. Ejecutar un acuerdo transaccional alcanzado en una mediación será generalmente mucho más fácil que litigar o someter a arbitraje la controversia original (porque la acción, en general, sólo se dirigirá a cobrar una deuda concreta: la cantidad transaccional objeto del acuerdo) pero en la práctica es poco común que las partes que han llegado a un acuerdo tras un proceso de mediación no observen los términos de dicho acuerdo. La Directiva europea de Mediación establece que los estados miembros deberán garantizar a que los acuerdos alcanzados en mediaciones transfronterizas puedan ser ejecutados a través de los tribunales de los estados miembros.

¿Proceso "evaluativo" o "facilitativo"?

- 4.8 El mediador es independiente y neutral y no suele tener poder de decisión salvo que las partes lo soliciten (lo cual es poco común).
- 4.9 Los mediadores pueden, sin embargo, enfocar su rol de distintas formas. Un mediador puede actuar sólo como "facilitador" de la negociación, dirigiendo el proceso y evitando expresar opiniones sobre los fundamentos del conflicto o la posición de cada parte. Esto se denomina mediación "facilitativa". La mediación "facilitativa" es el modelo más común de mediación a nivel internacional. Un mediador "facilitativo" puede, no obstante, referirse a los fundamentos del conflicto, en general formulando preguntas a las partes (casi siempre en privado) para animarlas a hacer una evaluación realista de las fortalezas y debilidades de su posición.
- 4.10 Un mediador puede también enfocar su rol con la intención de expresar una opinión sobre los fundamentos de las respectivas posiciones de las partes o dar una visión (no vinculante) de cómo podría o debería ser el acuerdo. Esos mediadores son categorizados como "evaluativos".
- 4.11 En realidad, existe un espectro de estilos que reflejan el enfoque personal del mediador, los deseos de las partes y en algunos casos las expectativas basadas en la práctica predominante en una jurisdicción concreta. Los mediadores expertos también son capaces de ajustar su estilo y enfoque para adaptarse a las partes y al conflicto, incluyendo adoptar enfoques "facilitativos" o "evaluativos".

Procedimiento y reglas

- 4.12 La mediación puede organizarse por las partes de manera totalmente *ad hoc* o incorporando las reglas de una institución de ADR. CPR (junto con otras instituciones de ADR) elabora reglas de mediación, cuyos enlaces a las mismas pueden encontrarse más abajo.
- 4.13 Las partes pueden acordar someterse a esas reglas ya sea en los términos de una cláusula de ADR en un contrato o suscribiendo un acuerdo de sometimiento a mediación. Otra opción es que las partes decidan aplicar las mencionadas reglas procedimentales (por ejemplo elaboradas por un abogado de la empresa o externo), cuyos términos se establecerán en el acuerdo de mediación (ver sección 6 más abajo para más información sobre acuerdos de sometimiento a mediación).
- 4.14 Aun teniendo en cuenta que el procedimiento es flexible y que variará dependiendo de las reglas adoptadas o los términos acordados, un proceso típico contaría con los siguientes pasos:

Paso 1	Nombramiento del mediador
	Esto puede hacerse por designación conjunta de un mediador por acuerdo de las partes, o listando los servicios de un prestador de servicios de ADR o de mediación que pueda sugerir o nombrar un candidato con la cualificación y formación adecuadas. Para más información sobre cómo seleccionar un mediador, ver sección 5 más abajo.
Paso 2	Logística: fecha, lugar y poder de representación
	El paso siguiente es decidir una fecha, hora y lugar para la mediación. Es esencial que quienes tengan poder de decisión en el seno de cada una de las partes puedan asistir para que, si se llega a un acuerdo, se firme ese mismo día. Las partes también tendrán que decidir si quieren que sus abogados respectivos asistan. Los abogados suelen asistir en la mayoría de los casos y suelen estar también involucrados en los procesos de preparación. Esto no es obligatorio, no obstante, algunas empresas y abogados internos con experiencia que están más familiarizados con el proceso están encantados de asistir a mediaciones sin el apoyo de abogados externos.
Paso 3	Escritos preparatorios de la mediación y documentos
	Las partes generalmente facilitan al mediador un conjunto de documentos esenciales (acordados, si es posible) para que sean analizados antes de la mediación. También intercambian (o remiten sólo al mediador, dependiendo de lo acordado) unos breves resúmenes escritos en las que establecen los fundamentos de sus posiciones para intentar persuadir a la otra parte e informar al mediador. Las declaraciones escritas en mediación, también denominados "escritos de posiciones" no son documentos judiciales. Deben ser accesibles a los responsables de tomar las decisiones comerciales que generalmente no son abogados.
Paso 4	Preparación
	Las partes tienen que prepararse cuidadosamente para la mediación para que el proceso tenga posibilidades de alcanzar un acuerdo de éxito. Esto debería incluir una evaluación de los fundamentos jurídicos del caso y de la prueba, una valoración del riesgo del conflicto, la comprensión de las implicaciones económicas de cualquier proceso judicial o arbitral contemplado o en marcha, así como la preparación de una estrategia de negociación. Suele ser útil pensar con antelación en qué podría consistir un acuerdo aceptable. Ver más sobre este asunto en la sección 7 más abajo.

Paso 5	<p>El día de la mediación</p> <p>Una mediación típica empezaría por la mañana con una sesión conjunta en la que las partes efectuarían breves exposiciones orales. Éstas complementarían las declaraciones escritas intercambiadas con antelación.</p> <p>El mediador explicaría las reglas para la mediación como la confidencialidad, la imposibilidad de utilizar lo discutido en otras sedes (<i>without prejudice privilege</i>) cuando esto fuera de aplicación y como progresará la mediación con acuerdo de las partes.</p> <p>Las partes pueden continuar negociando en una sesión conjunta pero es común que, a sugerencia del mediador, se separen y acudan a estancias distintas para realizar una serie de sesiones privadas durante las que el mediador discute el caso de manera privada. El mediador desarrolla entonces diplomacia itinerante, pasando tiempo con cada parte alternativamente.</p> <p>El mediador puede juntar a las partes (o a representantes seleccionados de cada una) de nuevo para más sesiones conjuntas a lo largo de la(s) sesión(es) de mediación si puede ser de ayuda para avanzar con la negociación.</p> <p>Las conversaciones en las sesiones privadas se suelen desarrollar en tres fases. Primero, periodo de exploración durante el que el mediador hace preguntas a cada una de las partes para entender sus intereses y comprobar sus valoraciones de su posición en el conflicto. En segundo lugar, empieza un proceso de negociación por el que el mediador anima a las partes a hacer ofertas y contraofertas, ya sea cara a cara en sesiones conjuntas o al mediador que las traslada de la una a la otra en sesiones privadas. En tercer lugar, se lleva a cabo un proceso para concluir un acuerdo para asegurar de que los términos de un posible acuerdo son claros, ejecutables y se plasman por escrito.</p> <p>Hay que tener en cuenta que, normalmente, hay variaciones en la estructura del/de los día(s) de mediación en las distintas jurisdicciones europeas. El proceso descrito arriba es la estructura típica de una mediación celebrada en una jurisdicción de <i>common law</i> como Inglaterra. En algunas jurisdicciones de Derecho civil, como Francia y Alemania, puede que el mediador anime a las partes a pasar más tiempo del día de mediación en sesiones conjuntas más que en sesiones privadas (<i>caucus</i>). Cualquiera de los dos enfoques puede ser eficaz, pero es aconsejable que las partes entiendan el enfoque habitual del mediador para hacer claros sus deseos y expectativas en el proceso de mediación.</p>
---------------	--

Materiales Adicionales

- 4.15 CPR ha elaborado un Procedimiento de Mediación (Mediation Procedure) (<http://bit.ly/CPRMediationProcedure>). Ha sido desarrollado para mediaciones en EEUU pero puede adaptarse para su uso en mediaciones europeas.
- 4.16 La guía de ADR dirigida a clientes de Herbert Smith Freehills– “Introducción a la mediación-¿qué es y cómo funciona?” (*An introduction to mediation – what it is and how it works*) (<http://bit.ly/HSFMediationIntro>)- ofrece una introducción general a las características clave de la mediación e información sobre qué esperar el propio día de la mediación. Esta guía también proporciona un modelo de calendario de la mediación, detallando las etapas procedimentales clave que se desarrollan antes, durante o después de la(s) fecha(s) de la mediación y examina con más detalle el procedimiento del propio día de la mediación.

- 4.17 Otras instituciones de ADR también ofrecen reglas procedimentales que pueden usarse cuando cualquiera de las partes haya acordado usarlas en la cláusula de resolución de conflictos o cuando acuerden mediar en cualquier punto del conflicto. Por ejemplo:
- 4.17.1 Cámara de Arbitraje de Milán (CAM): <http://www.camera-arbitrale.it/en/Mediation/Rules.php?id=377>
 - 4.17.2 Centro para la Resolución Eficiente de Conflictos (*Centre for Efficient Dispute Resolution* (CEDR)) en Londres: <http://www.cedr.com/about us/modeldocs/>
 - 4.17.3 Centro de Mediación y de Arbitraje de París (CMAP): <http://www.cmap.fr/Rules-and-rates/Rules-in-English-164-en.html>
 - 4.17.4 Cámara de Comercio Internacional (*International Chamber of Commerce* (ICC)) [Mediation Rules](#)

5. MEDIACIÓN: ENCONTRAR UN MEDIADOR

Encontrar un mediador

- 5.1 El nombramiento de un mediador puede llevarse a cabo o bien porque las partes llegan a un acuerdo respecto al candidato y nombran a la persona directamente o bien recurriendo a los servicios de un prestador de servicios de ADR o de mediación que puede sugerir o nombrar a un candidato acreditado y formado. Este servicio normalmente requerirá el abono de una tarifa.

Seleccionar un mediador

- 5.2 Los requisitos para prestar servicios como mediador varían significativamente en función de las distintas jurisdicciones en Europa: desde jurisdicciones (por ejemplo, el Reino Unido) en las que los no hay requisitos formales o legales de ningún tipo a otras (por ejemplo, los Países Bajos) en las que se exige que los mediadores sigan un programa formación formal, una certificación y una formación continuada u otras en las que (por ejemplo, Suiza) los mediadores tienen que estar registrados.
- 5.3 Aunque es deseable usar a un mediador que cuente con formación y acreditación, el hecho de contar con tal acreditación no es una garantía de calidad ni de experiencia en sí misma, ni dice nada sobre el estilo personal y atributos de un mediador concreto. Por lo tanto, es esencial buscar información sobre el rendimiento del mediador que puede obtenerse de varias fuentes entre las que se encuentran: su inclusión en una lista de mediadores mantenida por una institución de ADR, conversaciones con abogados externos o con compañeros y sitios web de evaluaciones *on-line* de mediadores. En algunos casos, sobre todo en casos relevantes, puede ser útil para las partes entrevistarse con los candidatos a mediador durante el proceso de selección.
- 5.4 Los mediadores tienen cada uno un estilo personal y es importante elegir a alguien con quien se pueda trabajar bien y que sea capaz de sacar el máximo de los representantes de las partes en el día de la mediación. Cuando el conflicto sea de especial enjundia o complejidad o si implica a una pluralidad de partes, se puede contemplar utilizar un equipo de co-mediadores para repartir el trabajo.
- 5.5 La mayor parte de los mediadores comerciales son abogados de origen que se han formado como mediadores. Sin embargo, las partes pueden querer seleccionar a un alguien distinto de un abogado en atención a otras habilidades como la experiencia de un especialista de un sector de la industria determinado. Cualquiera que sea el origen del mediador, son atributos claves para cualquier mediador: la paciencia, el saber escuchar, la energía y la determinación.
- 5.6 Una cuestión recurrente es la importancia de los conocimientos especializados del mediador en la materia objeto del conflicto.

Cuanto más especializados sean la materia objeto del conflicto y el tipo de conflicto, más limitada será la oferta de candidatos potenciales para actuar como mediador. En la práctica, es deseable que el mediador tenga un conocimiento funcional de la materia - por ejemplo, seguros, energía, responsabilidad por producto- para que pueda enfrentarse de manera eficaz a los

problemas, pero rara vez es esencial ser experto en la materia. Generalmente es igual de importante que el mediador tenga las habilidades apropiadas para gestionar el proceso.

Materiales Adicionales

- 5.7 Para las partes que deseen acordar y designar un mediador directamente, CPR mantiene una extensa y detallada lista de profesionales (*CPR's Panel of Distinguished Neutrals*), en la que pueden buscar los Miembros de CPR para identificar a los expertos cuya experiencia, credenciales, habilidades lingüísticas y localización geográfica reúnan los requerimientos de las partes. Las biografías detalladas de estos expertos, que son cuidadosamente examinadas por su experiencia en procedimientos y conflictos comerciales de ADR, puede visualizarse *on-line*. Quienes no sean miembros de CPR pueden obtener las biografías de expertos acreditados por CPR con una formación predeterminada contactando con CPR. CPR también puede ayudar a las partes de un conflicto a elegir un mediador. Par a obtener información adicional sobre los Servicios de Resolución de Conflictos de CPR, ver <http://bit.ly/CPRDRS>.
- 5.8 De manera alternativa, CPR puede ayudar a las partes en la selección de un árbitro o mediador cuando las partes así lo establezcan en su contrato o a petición de las partes una vez que haya surgido el conflicto. En ese caso, CPR trabajará con las partes para seleccionar a un experto con la cualificación necesaria para resolver el conflicto y a quien se haya examinado para posibles conflictos de intereses y disponibilidad. Ver los Servicios de Selección de Expertos del CPR (<http://bit.ly/CPRSelection>) para más detalles.
- El Instrumento de Evaluación con la Diligencia Debida del CPR (*CPR's Due Diligence Evaluation Tool* (DET)) es un documento de preguntas potenciales designadas para facilitar una evaluación más informada de potenciales candidatos a árbitro. Ver <http://bit.ly/CPRDET>
- 5.9 La guía de ADR para clientes de Herbert Smith Freehills "Seleccionar a tu mediador y elaborar un acuerdo de mediación" ("[Selecting your mediator and drafting the mediation agreement](http://bit.ly/HSFMediatorSelection)" (<http://bit.ly/HSFMediatorSelection>)-) también establece los factores y criterios que tener en cuenta al elegir un mediador adecuado.

6. MEDIACIÓN: ACUERDOS DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN

- 6.1 Las partes firman el acuerdo de someter la resolución de su controversia a mediación bien el día de la mediación o bien con anterioridad. Dicho acuerdo establece el marco procedimental que rige cómo se va a desarrollar la mediación e incluye otras obligaciones clave, como las obligaciones de confidencialidad. Este documento cubrirá una lista de temas estándar, aunque su forma concreta podrá diferir de una jurisdicción a otra, sin importar la importancia y el tipo de conflicto comercial. Como se mencionaba más arriba, el acuerdo establecerá todos los términos en un sólo documento o puede que incorpore las reglas procedimentales de una institución de ADR por referencia.
- 6.2 Se considera buena práctica firmar el acuerdo de sometimiento a mediación tan pronto como sea posible después de que las partes hayan designado al mediador, por lo que la actividad previa a la mediación también puede estructurarse de acuerdo con los términos acordados. Sin embargo, la práctica habitual es que el acuerdo no se firme hasta el primer día de mediación.
- 6.3 Los términos claves incluidos de manera general en el acuerdo de mediación se detallan seguidamente.

<p>Objeto de conflicto</p>	<p>Es importante ser claro en relación con qué problemas y conflictos pretenden resolverse (si es posible) en la mediación. Esto estará claro cuando el asunto esté siendo objeto de un procedimiento judicial o arbitral en el que el conflicto estará enmarcado con referencia a dichos procedimientos. Cuando no se hayan iniciado procedimientos de ningún tipo o cuando las partes quieran intentar resolver otros o conflictos relacionados, habrá que tener cuidado en la elaboración para que ambas partes se acerquen a la mediación con expectativas comunes sobre lo que va ser o no debatido (lo que por supuesto afecta a la preparación).</p>
<p>Lugar, hora y fecha</p>	<p>Las partes tendrán que establecer la hora y el lugar y puede que también deseen especificar un límite de tiempo para el desarrollo de las sesiones. Una cuestión fundamental será la identificación de un lugar y unas instalaciones que sean convenientes, cómodas y equipadas adecuadamente para cumplir con las necesidades de las partes.</p>
<p>Confidencialidad y obligación de no revelación en otra sede de lo compartido en mediación (Without Prejudice)</p>	<p>Todo lo dicho durante la mediación debe ser confidencial y no podrá usarse en ningún otro contexto ("without prejudice" basis). Hay que contemplar si es apropiado o incluso posible mantener en secreto la existencia misma de la mediación.</p>
<p>Poderes suficientes para llegar a un acuerdo (Settlement Authority)</p>	<p>Hay que incluir una mención que determine que los presentes tendrán la autoridad de vincular a las partes que representan. En general, el acuerdo incluye una previsión que dice que no se llegará a ningún acuerdo o este no será vinculante hasta que las partes lo hayan firmado.</p>
<p>Mediador</p>	<p>Es típico establecer que el mediador no asumirá responsabilidad alguna respecto de las partes en relación con la mediación. Debería también incluirse una mención a que las partes no requerirán al mediador para que proporcione pruebas en ningún otro procedimiento judicial relacionado con el objeto de la mediación.</p>
<p>Costes</p>	<p>Las partes tendrán que acordar quién paga los costes iniciales (costes del mediador, del lugar de la mediación si se prefiere un lugar neutral) y quien será el responsable definitivo de los mismos, incluyendo los costes de preparación de las partes, los costes del lugar y los honorarios del mediador, en caso de acudir a la jurisdicción o al arbitraje.</p>

<p>Ley y jurisdicción aplicables</p>	<p>El acuerdo de mediación debería incluir de manera expresa una cláusula en la que se determine la ley aplicable y el fuero para la resolución de cualesquiera disputas derivadas del proceso de mediación (lo cual es muy excepcional que ocurra). Puede ser útil seleccionar una jurisdicción y unos tribunales con una jurisprudencia consolidada que apoye los elementos esenciales del proceso de mediación (por ejemplo, la confidencialidad, la imposibilidad de usar lo declarado en las negociaciones en otros procesos ("<i>without prejudice</i>") y, si así se quiere, la habilidad procesal de convertir los acuerdos alcanzados en mediación en títulos ejecutivos.</p>
---	--

Materiales Adicionales 6.4 CPR ha elaborado un Modelo de Acuerdo para Partes y Mediador (*Model Agreement for Parties and Mediator*) que se puede encontrar al final del Procedimiento de Mediación de CPR (CPR Mediation Procedure) en <http://bit.ly/CPRMediationProcedure.aspx>.

6.5 La guía de ADR para clientes de Herbert Smith Freehills' "Seleccionando a tu mediador y elaborando el acuerdo de mediación" ("*Selecting your mediator and drafting the mediation agreement*") (<http://bit.ly/HSFMediatorSelection>)- explica otras cuestiones que hay que tener en cuenta al redactar un acuerdo de sometimiento a mediación.

7. MEDIACIÓN: PREPARARSE PARA UNA MEDIACIÓN

7.1 Antes de que llegue el día de la mediación, las partes tendrán que prepararse para darse a sí mismas la mejor oportunidad para llegar a un acuerdo. Esto incluye preparar a los responsables de tomar las decisiones de negocio, desarrollar una estrategia para la mediación y reunir la información necesaria para el propio día de la mediación incluyendo información relativa a los costes del conflicto hasta la fecha y en adelante si no se llega a un acuerdo. El objetivo es, para ambas partes, que a través una reflexión y una planificación con sus asesores legales, eliminar aquellos obstáculos al acuerdo que puedan preverse de manera razonable.

7.2 Abajo puede encontrarse una *checklist* de problemas y preguntas que una empresa podría querer considerar previamente a la mediación.

CHECKLIST

Procedimiento
<ul style="list-style-type: none"> • ¿Estará presente en la mesa alguna persona con poder de decisión y quién será? • Si no es así, ¿cómo se tomarán las decisiones, cómo se conseguirá la capacidad para obligarse y vincularse (por ejemplo, de individuos con los que se contacte por teléfono)? • ¿Habrá igualdad general entre los responsables de tomar las decisiones en términos de su estatus en las respectivas organizaciones? • ¿Hay terceras partes interesadas en el resultado (aseguradoras, otros que proporcionen apoyo económico a una o más partes)? Y, si es así, ¿han sido convenientemente llamados/informados para permitir que la mediación se desarrolle eficazmente? • ¿Está adaptado el lugar de la mediación en lo relativo a sus instalaciones para acomodar a las partes, ofrecer comida, bebida y el apoyo logístico necesario durante la mediación? (Es aconsejable un lugar neutral pero no es esencial si una de las partes puede acoger a la otra para la celebración de la mediación). • ¿Cómo se van a sufragar los costes de la mediación? Estos incluyen los costes legales de cada una de las partes para preparar y asistir a la mediación y la parte que deberá

pagar cada uno de los honorarios de las partes (y, si los hay, los costes del lugar de celebración).

- En el caso de que la mediación no tuviera éxito, ¿se tratarán sus costes como parte de los costes de los procedimientos judiciales o arbitrales pertinentes o deberán soportarlos las partes en cualquier caso?

Negociaciones

- Aparte de los fundamentos legales del caso, ¿hay otros problemas que habría que contemplar y debatir?
- ¿Hay algo que no debería debatirse?
- ¿Qué información o documentos necesitarán las partes para alcanzar una resolución? Por ejemplo, ¿existen cuestiones técnicas respecto de las que sea necesaria una aclaración específica pero fuera del marco de un procedimiento judicial o arbitral? ¿Hay alguna forma de simplificar la información utilizando fotos, gráficos, diagramas o cualquier otro apoyo no verbal?

- ¿Se ha informado a los responsables de tomar las decisiones de negocio para familiarizarles con el proceso y prepararles para desempeñar su papel (que lo ideal sería que fuese activo) en la negociación?

Acuerdo de transacción

- ¿Cómo van a tratarse las cantidades objeto de acuerdo? El interés de las partes antes de una mediación se concentra a menudo en las cuestiones de responsabilidad legal, pero el acuerdo en general requiere, por lo menos, algo de información sobre la cuantía, en general, antes de que las partes se hayan referido al tema de manera detallada en procedimiento judicial o arbitral. Hay que contemplar el uso de instrumentos de análisis de riesgo como puede ser un análisis SWOT (*Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats* - Fortalezas, Debilidades, Oportunidades y Amenazas) que podría ser de ayuda.
- Aparte del dinero en juego ¿hay otros asuntos que deberían incluirse en el acuerdo (como una disculpa, declaraciones públicas, compromisos de confidencialidad, futuras relaciones comerciales o de negocio)?
- ¿Cuáles son las mejores y peores alternativas en caso de no llegar a un acuerdo?
- ¿Cuál es el valor de la relación de negocios en cuestión? ¿Hay oportunidades para otros negocios?
- ¿Cuál será el coste y otras consecuencias de no llegar a un acuerdo vía mediación?
- ¿Surgirán problemas económicos o de reputación si no se llega a un acuerdo?
- ¿Cuál ha de ser el nivel de las ofertas iniciales y cómo encajan con las cuestiones controvertidas?
- ¿Cuáles son las ventajas de hacer la primera oferta?
- ¿Qué contra-ofertas pueden preverse?
- ¿Cuál es el rango de potenciales cantidades que es posible que se ofrezcan?
- ¿Cuáles son las posiciones comerciales de negociación de las partes?

Materiales Adicionales

- 7.3 El Procedimiento de Mediación de CPR contiene en su sección "Comentario" ("Commentary") información útil para prepararse para mediación. Ver: <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/MediationProcedure.aspx>. También remitirse a la sección Comentario del Procedimiento Europeo de Mediación de CPR (*CPR European Mediation Procedure*) en <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/EuropeanMediationProcedure.aspx>.
- 7.4 La guía para clientes de ADR de Herbert Smith Freehills– "Prepararse para Mediación" (["Preparing for Mediation"](#)) trata muchos de los temas contemplados anteriormente y, además, examina otras áreas que habrán de ser abordadas en preparación de la mediación, como comprender el estilo y enfoque del mediador, hacer análisis de riesgo, definir una estrategia de negociación y preparar las declaraciones escritas y las exposiciones iniciales.

8. MEDIACIÓN: PREGUNTAS FRECUENTES

8.1 ¿Puede interpretarse como una debilidad sugerir una mediación?

Es una preocupación común de las empresas que no están familiarizadas con los procesos de ADR, que proponer mediación se interprete por el oponente como signo de debilidad porque el objetivo del proceso es llegar a un acuerdo. Las empresas que tienen experiencia en el empleo de la mediación responden a esta preocupación explicando a las contrapartes que ven la mediación como un instrumento eficaz de resolución de conflictos que ofrece una oportunidad de resolver los conflictos a menor coste, más rápido y con mayores oportunidades de preservar las relaciones comerciales (si procede).

Puede que también ayude que la empresa tenga una política formal o informal respecto al uso de ADR y, en concreto, mediación. Esto puede incluir un compromiso público como firmar la Declaración Empresarial de Política Corporativa sobre Alternativas a la Jurisdicción de CPR (CPR's Corporate Policy Statement on Alternatives to Litigation®), el Compromiso del Siglo XXI de CPR (CPR's 21st Century Pledge) o el Compromiso de ADR de cualquier otra institución. Para más detalles sobre los compromisos y sus firmantes, ver <http://bit.ly/CPRPledges>.

Por supuesto la inclusión de una cláusula de ADR en un contrato elimina sustancialmente esta preocupación porque las partes ya han acordado que un proceso de ADR, en general la mediación, es un paso obligatorio o, por lo menos, un paso disponible en caso de conflicto.

Compartir experiencias positivas también puede aliviar las preocupaciones. Ver la sección 9 y el Apéndice 2 de esta guía para estudiar casos de meditaciones de éxito.

8.2 ¿La mediación incrementará los costes?

Es inevitable que nombrar a un mediador, prepararse para y asistir a una mediación suponga costes legales y de otro tipo. Sin embargo, esos costes son, en general, bastante moderados en comparación con los costes de cualquier procedimiento judicial o arbitral en curso o cuyo inicio se esté contemplando. Si la mediación se traduce en un acuerdo, es mucho más probable que se ahorren muchos costes; y aunque no sea así, es probable que el conflicto se desarrolle de manera más eficaz en un procedimiento judicial o arbitral con las partes centradas en los asuntos clave.

8.3 ¿Cuál es la probabilidad de que la mediación acabe en un acuerdo vinculante?

Bastante probable. La experiencia del EAB es que cuando se emplea la mediación en conflictos comerciales, se llega a un acuerdo en aproximadamente el 50% de los casos después de varios días (o uno sólo) de mediación. Una parte importante de aquellos que no desembocan en acuerdo el mismo día, llegan a un acuerdo en las semanas o meses siguientes. Esto se debe en general al trabajo que se hizo durante la mediación para centrarse en los asuntos relevantes, valorar el tema de forma crítica y realista y construir relaciones entre las partes en conflicto.

8.4 ¿Puede preservarse la confidencialidad respecto al asunto discutido?

Sí, el proceso es confidencial, y esto está reconocido en la Directiva europea de Mediación que ha sido implementada por todos los estados miembros. La medida en la que un tribunal nacional puede tener la potestad de analizar la confidencialidad del proceso dependerá de la ley que rija la mediación y de la ley y procedimiento del tribunal nacional en el que se desarrolle cualquier procedimiento relacionado.

8.5 ¿Es la mediación una opción viable cuando la contraparte es muy reacia a participar?

La mediación es un proceso voluntario en el que no se puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo, aunque estén animadas u obligadas a participar en la mediación por ley o por un tribunal nacional. Si una de las partes es reacia a participar, se debe a menudo a la falta de comprensión del proceso y de lo que se puede conseguir a través de él. No obstante, puede superarse la reticencia inicial a participar gracias a un buen mediador que infunda confianza en el proceso. Ver las Historias de Éxito de la Mediación del Consejo Asesor Europeo (Mediation Success Stories of the EAB) en el Apéndice 2, que describen una serie de conflictos comerciales en distintos sectores de la industria que pueden utilizarse como ejemplos reales del proceso en acción.

8.6 ¿Es posible mediar una controversia en la que la contraparte ha cometido fraude?

Sí. Tan pronto como las partes tengan la suficiente confianza como para negociar entre sí, podrán mediar también casos de fraude de manera eficaz y con éxito. Por supuesto, el proceso no puede proporcionar a las partes remedios cautelares como órdenes de bloqueo de activos que, en cualquier caso, son competencia de tribunales nacionales competentes.

8.7 ¿Es posible mediar un gran conflicto o de gran complejidad?

¡Por supuesto! La mediación se ha usado para resolver algunas de las disputas comerciales de mayor enjundia y complejas. La preparación y el acercamiento a la mediación deben ser proporcionales a la talla y la complejidad del caso: si un asunto es de gran magnitud, habrá que considerar utilizar co-mediadores para compartir la carga de trabajo y permitir así que el proceso se desarrolle con mayor celeridad.

8.8 ¿Cómo funciona la mediación cuando varias partes están involucradas?

El proceso funciona de la misma forma con la diferencia de que el mediador tiene que ofrecer a todas las partes las oportunidades apropiadas de participar en sesiones conjuntas y reuniones privadas. Cuanto más complejas sean las dinámicas y cuantas más partes interesadas, más estructura y comunicación serán requeridas por parte del mediador o co-mediadores.

8.9 ¿Puede mediar cuando hay diferencias lingüísticas, culturales o religiosas?

El proceso de mediación es flexible y puede ayudar a partes de orígenes muy diferentes. Las características del mediador como su origen, sus habilidades lingüísticas y su formación son importantes para permitir a las partes comunicarse entre sí - y con el mediador - de manera eficaz. Las partes pueden plantearse nombrar co-mediadores para aprovechar el conjunto de habilidades y experiencias que, probablemente les ayude a la resolución del conflicto (para ello, la magnitud del conflicto debe justificar los costes adicionales).

8.10 ¿Es necesario que los asesores legales externos asistan a la mediación?

No es necesario que los asesores legales externos de las partes asistan a la mediación pero es común que lo hagan. Algunas empresas con abogados internos con experiencia acuden a la mediación sin abogados externos.

8.11 ¿Dónde puedo conseguir opiniones de usuarios respecto a los mediadores?

CPR puede ayudar a reunir opiniones sobre los terceros neutrales en sus listas. Muchas empresas buscan la guía de abogados externos respecto al rendimiento o desempeño de sus funciones por el mediador.

9. MEDIACIÓN: ESTUDIO DE CASOS REALES

- 9.1 La experiencia de los miembros del Consejo Asesor Europeo (EAB) de CPR puede ayudar a organizaciones que estén considerando el uso de la mediación a entender cómo otros la han empleado para resolver conflictos en jurisdicciones, sectores de la industria o circunstancias similares. Sin embargo, teniendo en cuenta que la mediación es confidencial, puede resultar difícil compartir información de esta naturaleza de manera pública.
- 9.2 El EAB ha reunido un conjunto de casos que reflejan la experiencia de sus miembros y sus organizaciones en mediaciones con éxito. Cada caso analizado, en el que los nombres de las partes se han eliminado, incluye una explicación del conflicto y de cómo la mediación ayudó a alcanzar una resolución.
- 9.3 Los casos están incluidos en el Apéndice 2 de esta guía. Incluyen casos de conflictos en los siguientes sectores:
 - 9.3.1 Energía – conflicto contractual;
 - 9.3.2 Energía – conflicto laboral;
 - 9.3.3 Servicios financieros;
 - 9.3.4 Tecnología de la información;
 - 9.3.5 Seguro y reaseguro;
 - 9.3.6 Propiedad intelectual – conflicto de licencia;
 - 9.3.7 Propiedad intelectual – conflicto de ventas;
 - 9.3.8 Pensiones;
 - 9.3.9 Sector farmacéutico;
 - 9.3.10 Responsabilidad por producto
 - 9.3.11 Inmobiliario;
 - 9.3.12 Suministro de servicios.

10. ARBITRAJE

- 10.1 El arbitraje es un proceso privado heterocompositivo basado en un acuerdo contractual de sumisión del conflicto a arbitraje. En general, esto se traduce en un laudo vinculante dictado por el árbitro o el tribunal arbitral (si bien, en ocasiones excepcionales, cabe que no sea vinculante si así lo han decidido las partes). El árbitro actúa como una tercera parte independiente, imparcial y neutral y el proceso completo, se rige por el convenio arbitral firmado por las partes y por las reglas de la institución arbitral (si la hay) que hayan acordado las partes. Los laudos arbitrales pueden ser apelados sólo si así lo permite el convenio arbitral (y por motivos tasados en algunas jurisdicciones). Por ejemplo, CPR dispone de un procedimiento opcional de apelación que puede incorporarse a las cláusulas de arbitraje (ver <http://bit.ly/CPRAppellateArbitration>). Los laudos arbitrales, en general, sólo pueden ser anulados por los tribunales del estado en el que se celebra el arbitraje por motivos muy concretos y limitados, relacionados esencialmente con las garantías del proceso justo y equitativo.
- 10.2 El arbitraje se caracteriza por ser una elección de las partes. Por ello, da mucha más libertad a las partes contratantes en relación con el procedimiento para resolver el conflicto que la que tendrían si se resolviera el asunto por los tribunales nacionales. El arbitraje ofrece a las partes flexibilidad para elegir a su propio árbitro o tribunal arbitral, en concreto, especificando las cualificaciones y experiencia que cualquier árbitro necesita para ser nombrado.
- 10.3 El arbitraje se considera en general un proceso confidencial tanto respecto al propio arbitraje como respecto a los documentos que se hayan elaborado en conexión con el mismo, aunque la legislación, las prácticas locales y las reglas de la institución arbitral pertinente, pueden variar a este respecto.

- 10.4 Los laudos arbitrales vinculantes son ejecutables de manera generalizada gracias a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de Nueva York de 1958 (la Convención de Nueva York) que exige que los tribunales de los estados firmantes reconozcan y ejecuten los laudos dictados en otros, con contadas excepciones, en general, comparables a las que permiten la anulación de dichos laudos por los tribunales del lugar de celebración del arbitraje.
- 10.5 Para ver una comparación del proceso de arbitraje con otros métodos de ADR, remitirse a la tabla de la sección 1.

Modelos de cláusulas de arbitraje, selección de las reglas del procedimiento y nombramiento de árbitros

Cualquier arbitraje está basado en un convenio arbitral que puede ser o bien un acuerdo independiente suscrito después de surgir el conflicto o, lo que es más común, un acuerdo incluido en las cláusulas de un contrato existente suscrito antes de que surgiera el conflicto. CPR ofrece un repertorio de cláusulas modelo adaptadas a distintos tipos de arbitraje a las que se puede acceder aquí: <http://bit.ly/CPRArbitrationClauses>.

- 10.6 Aunque los arbitrajes se pueden desarrollar de manera *ad hoc*, siendo las partes responsables de acordar sus propias reglas procedimentales, las partes también pueden elegir entre las múltiples instituciones arbitrales nacionales y sus modelos de reglas para proporcionar un marco procedimental en el que desarrollar el arbitraje. CPR ha elaborado reglas procedimentales adaptadas a distintas situaciones.
- 10.7 Las Reglas de Arbitraje Administrado de CPR (*CPR Administered Arbitration Rules*) pueden consultarse aquí: <http://bit.ly/AdministedArbitration>.
- 10.8 Para obtener información sobre las reglas de arbitraje administrado de CPR en conflictos internacionales consultar en la página web de CPR en: <http://bit.ly/IntAdministeredArbitration>.
- 10.9 Para obtener información sobre las reglas de arbitraje no administrado del CPR, consultar en la página web de CPR: <http://bit.ly/nonadministeredarbitration>.

Llegar a un acuerdo transaccional en el marco del arbitraje

- 10.10 El arbitraje y la mediación se suelen utilizar para complementarse el uno al otro como parte de un proceso secuencial escalonado del conflicto (en general, primero mediación y después arbitraje). Estos procesos también pueden utilizarse en paralelo. La forma en la que un tribunal arbitral plantee la posibilidad de un acuerdo a las partes de un arbitraje (ya sea recurriendo a la mediación o de otro modo) varía dependiendo de las características del tribunal, las reglas procedimentales que rigen el arbitraje, y las leyes y prácticas del procedimiento, así como las partes y el tribunal arbitral.

Documentación y otros recursos adicionales

- 10.11 Hay una gran cantidad de material disponible para ayudar a las partes que estén contemplando acudir al arbitraje.
- 10.12 El Comité de Arbitraje de CPR ha elaborado una serie de protocolos y directrices para incrementar la eficacia del arbitraje, como:
 - 10.12.1 El Protocolo de CPR de Producción de Documentos y Presentación de Testigos en Arbitraje Comercial (*CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration*) (ver <http://bit.ly/CPRDisclosureProtocol>),
 - 10.12.2 El Protocolo de CPR de Determinación de Daños en Arbitraje (*CPR Protocol on Determination of Damages in Arbitration*) (ver <http://bit.ly/CPRDamagesProtocol>),
 - 10.12.3 Las Directrices de CPR sobre la Rápida Resolución de Asuntos en Arbitraje (*CPR Guidelines on Early Disposition of Issues in Arbitration*) (ver <http://bit.ly/CPRDispositionGuidelines>),

- 10.12.4 Las Directrices para Árbitros al dirigir Arbitrajes Complejos de CPR (*The CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations*) (ver <http://bit.ly/CPRArbitrationGuidelines>).
- 10.13 La guía de ADR para clientes de Herbert Smith Freehills de ADR "El uso de la mediación con arbitraje"– (*"Use of mediation with arbitration"*) (<http://bit.ly/HSFMedArb>) – ofrecer un resumen sobre los aspectos prácticos de usar la mediación con arbitraje.

APÉNDICE 1

DOCUMENTACIÓN ESPECÍFICA POR SECTORES

PETRÓLEO Y GAS

Los contratos modelo de LOGIC (*Leading Oil and Gas Industry Competitiveness*, en sus siglas inglés), incluyendo sus Condiciones Generales para Contratos de Construcción para el Sector Británico de extracción submarina de petróleo y gas natural (*General Conditions of Contract for Construction for the UK Offshore Oil and Gas Industry*) incluyen una cláusula de resolución de conflictos escalonada que establece que:

- a) Primero, la gestión del conflicto debe de remitirse a los representantes de la compañía que deberán tratar de llegar a un acuerdo;
- b) Después, si no se ha llegado a tal acuerdo, dicha gestión debe remitirse a los dos individuos identificados en el contrato;
- c) Más adelante, si no se ha llegado a ningún acuerdo, se remitirá el asunto a los directores generales de cada compañía; y
- d) Si estos últimos tampoco consiguieran llegar a un acuerdo, las partes podrán resolver la disputa mediante el método alternativo de resolución de conflictos de su elección.

CONSTRUCCIÓN

El Comité Asesor de la Construcción de CPR ha elaborado tres documentos: Empresas Conjuntas: Buenas Prácticas en el ámbito de la Dirección (*Partnering: A Management Best Practice*); Distribución Realista de Riesgos: El Primer Paso en la Prevención de Conflictos (*Realistic Allocation of Risks: The First Step in Dispute Prevention*) y Comités de Revisión de Conflictos: Buenas Prácticas de Gestión (*Dispute Review Boards (DRBs): A Management Best Practice*).

Los conflictos en el ámbito de la construcción suelen estar sujetos a múltiples procesos de ADR como se refleja en el comúnmente aplicado Libro Rojo de FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) (Contrato de Construcción 1ª ed. (1999), Condiciones de Contratación para la Construcción, para Construir y para Obras de Ingeniería Diseñadas por el Empleador) publicadas por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores ("FIDIC") que establece que la gestión de los conflictos se remitirá a:

- a) Un Consejo de Resolución de Conflictos (*Dispute Resolution Board* - "DRB"²), en general, estructurado para ofrecer decisiones provisionales (recomendaciones);
- b) Un Consejo de Solución de Conflictos (*Dispute Adjudication Board* - "DAB") que adopta decisiones vinculantes.

MATERIAS PRIMAS Y SECTOR MARÍTIMO

También hay reglas de resolución de conflictos diseñadas para sectores específicos de la economía:

En el campo de las materias primas, unas reglas de resolución de conflictos de uso generalizado son las Reglas de Arbitraje de la *National Association of Grain and Feed* (2009) (Asociación Nacional de Grano y Semillas).

En el ámbito del tráfico marítimo y el salvamento, existen varios conjuntos de reglas que incluyen:

- a) Los Términos de la Asociación Marítima de Arbitraje de Londres (*The London Maritime Arbitration Association Terms*) (2012);

²Ver el Manual de la DRB de 1996 de la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles; [Reglamento Relativo a los Disputes Boards de la CCI en varios idiomas](#) (2004) ; Documentos Modelo de la AAA (*American Arbitration Association*) (2000).

- b) Las Reglas de la Asociación Alemana Marítima de Arbitraje (*The German Maritime Arbitration Association Rules*) (2013) y
- c) Las Reglas de la Sociedad Marítima de Arbitraje (*The Society of Maritime Arbitration Rules*) (2013).

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

El Grupo de Trabajo de Patentes de CPR (*CPR Patent Task Force*) publicó su protocolo en 2012: "Informe del Grupo de Trabajo de Mediación en el ámbito de Patentes: Protocolo de Buenas Prácticas" (*Report of the CPR Patent Mediation Task Force: Effective Practices Protocol.*) El protocolo ofrece recomendaciones para la mediación de conflictos relacionados con patentes. Ver <http://bit.ly/CPRPatent>.

CPR también ha elaborado las Reglas de los Procedimientos Rápidos de Mediación y Arbitraje (*Fast Track Mediation and Arbitration Rules of Procedures*), que están particularmente adaptadas a las controversias relativas a propiedad intelectual. Ver <http://bit.ly/CPRFastTrack>.

CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON FRANQUICIAS

En 1994, CPR adoptó un Procedimiento para la Resolución de Disputas relacionadas con Franquicias (*CPR Procedure for Resolution of Franchise Disputes*) en colaboración con la Asociación Internacional de Franquicias (*International Franchise Association*), con la Asociación Asiática-Americana de Propietarios de Hoteles (*Asian American Hotel Owners Association*) y la Asociación Americana de Franquiciados y Representantes (*American Association of Franchisees and Dealers*). Propone una fase de negociación seguida por una fase de mediación. Ha sido empleado por varios franquiciadores, franquiciados y asociaciones de franquiciados. Ver <http://bit.ly/CPRFranchise>.

SEGURO Y REASEGURO

CPR ha elaborado los Principios de Mediación para Conflictos entre Asegurador y Asegurado (*Mediation Principles for Insurer-Insured Disputes*), que están diseñados para animar a las partes a participar en un proceso de mediación cuando se encuentren ante un litigio relacionado con la cobertura o cualquier otro relacionado con un seguro. Ver <http://bit.ly/CPRInsurance>.

El Protocolo Internacional del Sector del Reaseguro de CPR (*CPR International Reinsurance Industry Protocol*) fue elaborado por representantes de compañías y despachos de abogados líderes en los mercados de seguros de Londres y América, y se presenta como una declaración de "buenas prácticas" para fomentar la temprana y eficaz resolución de controversias entre reaseguradores y reasegurados. Ver <http://bit.ly/CPRReinsuranceProtocol>.

APÉNDICE 2

MEDIACIÓN: ESTUDIO DE CASOS REALES

Como se mencionó en la sección 9 de esta guía, el Consejo Asesor Europeo del CPR (EAB por sus siglas en inglés) ha agrupado una serie de casos que ilustran la experiencia de los miembros en mediaciones que han concluido de forma exitosa. Cada caso, en el que los nombres de las partes se han eliminado, incluye una explicación de la controversia y de cómo la mediación ayudó a alcanzar una solución.

Disputa Comercial

Una empresa estaba teniendo problemas porque uno de sus distribuidores estaba aprovechándose de uno de los programas de distribución. El programa permitía a los asociados al mismo revender los productos de la empresa y uno de los distribuidores estaba pidiendo descuentos basándose en sus reventas. No obstante, había pruebas de que no estaba alcanzando los números de ventas declarados para los productos, tal y como se le exigía contractualmente. Por ello, la empresa intentó recurrir a los tribunales interponiendo una demanda en la que reclamaba una indemnización de millones de dólares. Sin embargo, el proceso fue muy arduo y las partes y sus representantes legales participaron en enconadas discusiones. Además, el asociado se negó inicialmente a someterse a una auditoría, lo que desembocó en que la empresa se viera forzada a obtener una orden judicial para que se obligara al asociado a someterse a la misma.

Antes de que las partes acordaran reunirse para una mediación, se celebró una mesa redonda con la que las partes acudieron con sus respectivos asesores legales, con escasos resultados. Después de esto, las partes estaban a punto de intercambiar pruebas testificales pero se reunieron para celebrar una mediación antes de llegar más lejos. La mediación fue un éxito, aunque es interesante destacar que no se llegó a un acuerdo hasta diez días después de que concluyera. El acuerdo establecía que el asociado debía pagar a la empresa algo menos de dos tercios de lo inicialmente reclamado.

La propia mediación y la elección de la mediación fueron un claro éxito puesto que la mediación permitió que los abogados dieran un paso atrás y que las partes se concentraran en las cuestiones empresariales en juego. Los debates se mantuvieron principalmente entre las personas adecuadas (los comerciales), lo que permitió una discusión mucho más profunda y concentrada en los temas empresariales. Esto era imprescindible para llegar a un acuerdo, pues un juicio se habría concentrado inevitablemente en los argumentos legales, en detrimento de las partes.

Energía – Disputa Contractual

Un fabricante europeo de turbinas eólicas suscribió un contrato de suministro de larga duración con un promotor europeo de energía eólica del norte de Europa. Los problemas surgieron cuando los acuerdos contractuales entre las dos compañías internacionales tuvieron que enfrentarse a una serie de cuestiones. El promotor había efectuado un pago inicial en la fecha de entrada en vigor del contrato y el fabricante comenzó la producción de bienes poco después. Aún así, después de que los suministros iniciales se llevaran a cabo por el fabricante, el promotor anunció su intención de cancelar todos los acuerdos de larga duración debido a la crisis. El fabricante creía tener derecho a conservar el pago inicial al completo, mientras que el promotor insistía en que tenía derecho a recuperar el porcentaje correspondiente a los suministros efectivamente completados por el fabricante. Finalmente, el promotor decidió solicitar el inicio de un procedimiento de mediación y reclamar el reembolso del remanente del pago inicial.

La mediación tardó cuatro meses en completarse pero este plazo incluye toda la preparación de las reuniones de mediación y las partes sólo se reunieron un día y medio en París. El acuerdo permitió que el fabricante conservase el 80 % de los pagos iniciales y devolvió el 20 % restante al promotor

de energía eólica. Los costes para cada una de las partes fueron relativamente bajos porque la controversia se resolvió rápido. Se repartieron los costes de presentar la solicitud de mediación y otros costes administrativos de la misma y los honorarios y gastos del mediador. Además, cada una de las partes asumió los costes de viaje y tiempo dedicado a la mediación. El promotor, además, tuvo que pagar el asesoramiento legal de un abogado.

La mediación fue, sin duda, un éxito. El mediador hablaba las lenguas nativas de cada parte de manera fluida, lo que despejó cualesquiera malentendidos o problemas personales. Además, la mejor alternativa de las partes a un acuerdo negociado (*the parties' best alternative to a negotiated agreement (BATNA)*), o la mejor opción para las partes si la mediación no tenía éxito, era un proceso de arbitraje largo y costoso. Por ello, ambas sabían que lo ideal era llegar a una resolución mediante mediación porque les ahorraba tiempo (el conflicto se había agravado de manera significativa y podría haber durado años pero se resolvió en unos meses) y probablemente cientos de miles de euros. El proceso de mediación también mantuvo la confidencialidad del conflicto, lo que era importante para las partes porque el que la prensa especializada se hubiera hecho eco del mismo, lo cual, en una pequeña comunidad de negocios, habría sido dañino para los intereses de negocios de las partes. Cuando concluyó el conflicto, las partes estaban de acuerdo en que la mediación les había permitido (1) dejar de lado cuestiones personales, que habrían podido bloquear una solución lógica; y (2) conservar la oportunidad de trabajar juntos en el futuro si las nuevas circunstancias del mercado lo permitiesen.

Energía – Conflicto Laboral

Existía un conflicto nacional entre los directores ejecutivos de una central eléctrica y su comité de empresa (el órgano representante de los trabajadores en la planta, la fábrica, etc. elegido para negociar con la dirección las condiciones de trabajo, los salarios, etc.). La lucha venía de lejos y desembocó en una mediación interna no-administrada después de que las partes acordaran que era la mejor opción para llegar a un acuerdo. El conflicto surgió como consecuencia de múltiples factores. Entre ellos estaba la falta de comunicación entre los directores ejecutivos y el comité de empresa, que se tradujo en una falta de confianza y de comunicación entre ambos. Además, las categorías profesionales de varios grupos profesionales estaban siendo discutidas. La mediación interna no administrada se llevó a cabo por un grupo de mediadores internos y necesitó de seis días enteros de reuniones durante tres meses para llegar a un acuerdo.

El contenido del acuerdo incluyó un extenso contrato escrito. El contrato contenía una sección en la que ambas partes reconocían la necesidad de mantenerse mutuamente informadas de lo que iba a ocurrir en el futuro, y la central eléctrica tuvo que elaborar planes para que se llevaran a cabo presentaciones en las instalaciones para el personal. Además de estas reuniones en las que se involucraba a todo el personal, se acordó celebrar reuniones regulares con participantes concretos con aptitudes específicas para discutir temas concretos. La mediación restauró el sentimiento de asociación entre los directores ejecutivos y los miembros del comité de empresa y la empatía respecto a sus respectivos papeles se incrementó de forma significativa. Los malentendidos iniciales se aclararon y se idearon soluciones constructivas sobre la base del respeto y la confianza mutua. Otra clave para el éxito de la mediación fue el reconocimiento por las partes de que el funcionamiento exitoso de la planta era un objetivo común para directores ejecutivos y comité de empresa. Al resolverse el conflicto, la mayoría de los miembros del personal reconocieron que la relación entre las partes había mejorado significativamente.

La celebración de una mediación y el uso de un formato concreto presentaba muchas ventajas. En primer lugar, permitió que el conflicto permaneciera confidencial y que la central eléctrica permaneciera abierta durante el conflicto. En segundo lugar, ahorró a ambas partes una considerable cantidad de dinero porque el conflicto se resolvió rápidamente y ninguna de las partes tuvo que pagar una cantidad desorbitada de honorarios legales. Finalmente, el proceso de mediación solucionó los problemas de las partes en sólo seis reuniones, mientras que un procedimiento judicial se habría prolongado años. Por ello, las partes en el conflicto se ahorraron millones de euros, al evitar los costes legales de procedimientos judiciales de larga duración y una huelga. Además, era esencial que el conflicto se mantuviera confidencial porque el comité de empresa había amenazado con cerrar la planta, celebrando una huelga antes de la mediación. Si esto hubiera pasado, el conflicto habría salido

publicado en los titulares de los medios de comunicación, lo cual podría haber tenido un impacto negativo en la compañía dañando la imagen de la central eléctrica en el ámbito público y dentro del propio sector. La mediación evitó la huelga, mantuvo el conflicto confidencial y permitió que la reputación de la central eléctrica permaneciera intacta.

Conflicto en el ámbito de los Servicios Financieros

Los comerciantes y los bancos llevan décadas en disputa, respecto al nivel de comisiones que los comerciantes pagaban para aceptar tarjetas de pago. Las comisiones (tasas de intercambio) se cobraban por las redes de pago, compañías de tarjetas de crédito, al comerciante y eran generalmente un porcentaje de cada transacción. Se recibían por el banco emisor en el momento de liquidación para cubrir parcialmente fraudes, pérdidas de crédito y costes de gestión.

En 2005, la comunidad de comerciantes cuestionó la legalidad de las comisiones en una acción colectiva encabezada por varios demandantes que pretendían invalidar la tasa de intercambio así como billones de dólares de indemnización por daños y perjuicios. El caso se complicó más porque algunos grandes comercios decidieron no adherirse a la acción e interponer sus propias acciones de forma independiente. Finalmente el caso no se dirigía sólo contra las compañías de las tarjetas de crédito, pero casi contra todos los principales bancos emisores de tarjetas de crédito. Los equipos negociadores incluían un gran grupo de defensa, los demandantes de la acción colectiva y los demandantes individuales.

Las compañías de tarjetas de crédito, habiendo experimentado ya largos procedimientos judiciales en el mismo sector en el pasado, propiciaron la iniciación de un proceso de mediación desde el inicio del caso. Se contrató a dos mediadores muy reconocidos. Los asuntos clave que habían de tratarse eran (a) un acuerdo económico respecto a los supuestos daños; (b) las tasas de intercambio; (c) la imposibilidad de los comerciantes de cargar una cantidad adicional o recargo y por lo tanto de pasar todas o parte de las tasas a los consumidores. Un juicio sólo podría haber abordado algunas de estas preocupaciones: la legalidad o falta de legalidad de las prácticas en cuestión y, por lo tanto, una mediación dinámica con mediadores creativos era esencial. Las partes participaron en varias sesiones de mediación, algunas individuales y otras conjuntas, durante varios meses. Los mediadores pasaron muchos meses intentando acercar a las partes. En el proceso, animaban a las partes a buscar e intercambiar ideas y a involucrarse de manera activa para encontrar soluciones a todos y cada uno de los problemas. Pedían continuamente a las partes que se pusieran en el lugar de la otra, en el otro lado del problema. Sin embargo, este proceso se desarrolló con extraordinaria tensión, angustia y, en algunos casos, hostilidad. El acuerdo final incluía (1) un claro, aunque difícil (por su naturaleza de "suma-cero") acuerdo económico; (2) un acuerdo muy detallado sobre el posible recargo que incluía cuándo podía exigirse, sus niveles máximos, en qué podía basarse y otros elementos; y (3) la reducción de los niveles de la tasa de intercambio durante un corto intervalo de tiempo para dar tiempo a que los potenciales cambios en las prácticas del sector se adoptaran y posiblemente tuvieran impacto en las condiciones de mercado y los niveles de las tasas. Además, un juez estuvo involucrado activamente, lo que fue excepcional, y ayudó a las partes a resolver una serie de asuntos espinosos y jugó un papel dinámico en la conclusión de los términos del acuerdo.

Como era de prever, este acuerdo se cuestionó por varias de las partes y la apelación ante el juzgado está pendiente; a pesar de lo cual, el proceso de mediación fue un éxito rotundo porque aportó soluciones creativas, fue rápido, preservó las relaciones comerciales o, por lo menos, no las perjudicó más, y permitió a las partes tener el control sobre el resultado. Se alcanzaron soluciones creativas porque las partes fueron atraídas a un proceso en el que enfatizaban lo que les importaba, cada uno de sus intereses, en lugar de concentrarse puramente en sus derechos y obligaciones legales. Ninguna de las soluciones jurisdiccionalmente impuestas podría haberse siquiera acercado a los matices conseguidos por los términos del acuerdo porque éstos fueron el producto de decisiones comerciales en lugar de puramente legales. La mediación fue relativamente rápida porque, aunque el proceso duró años, cuando terminó seguía sin haber ninguna resolución respecto a las diligencias preliminares del procedimiento judicial. En consecuencia, un juicio completo seguido por una inevitable apelación habría durado muchos años más. Las relaciones entre algunas de las partes mejoraron a raíz de trabajar en los asuntos conflictivos y alcanzar soluciones alivió algunas de las tensiones entre ellos.

Por último, el control sobre el resultado era imprescindible para ambas partes. Un juicio habría creado el peligro de potenciales pérdidas muy cuantiosas para los demandantes y no se habrían introducido en el mercado los cambios en las prácticas del sector de una forma orientada al consumidor y, respecto a los demandantes, un juicio podría haber significado no recuperar nada económicamente hablando (todo o nada) y no tener ningún control sobre los cambios en las prácticas del sector.

Conflicto de Propiedad Intelectual

Un proveedor presentó una reclamación frente a otra compañía por más de un millón de dólares en concepto de supuestas infracciones de contratos escritos y orales e infracciones de derechos de propiedad intelectual. El conflicto se gestionó muy mal desde el principio y las acusaciones mutuas entre unidades de negocio estancaron el proceso incluso más. La demanda económica se valoró inicialmente en un prudente millón de dólares, pero las partes finalmente llegaron a un acuerdo por algo más de medio millón de dólares.

El proceso (desde que se presentó la demanda inicial hasta que se ejecutó el acuerdo alcanzado en mediación) duró un total de dieciocho meses. La mediación ahorró a ambas partes tiempo y dinero porque resolver el conflicto en un juzgado, en juicio, habría supuesto mucho más tiempo y habría incrementado exponencialmente los costes legales. La preparación de la mediación fue intensa y exhaustiva y la recogida de pruebas resultó ser crítica porque permitió al mediador involucrar al accionista de la unidad de negocios (BU *stakeholder*) casi inmediatamente y hacer que participara adecuadamente. Esto permitió que el proceso de mediación no estuviera sujeto a la burocracia y/o política y que pudiera estar centrado en los verdaderos problemas.

Seguro y Reaseguro

Un contratista *offshore* europeo estaba asegurado con una póliza de seguros de riesgos de construcción (en adelante CAR por sus siglas en inglés, "*constructional risks*") suscrita por una *joint venture* de empresas internacionales de petróleo para la construcción de un proyecto de una plataforma en Indonesia. El seguro fue suscrito por tres aseguradores indonesios tal y como requería la ley, que retuvieron el 5% del riesgo y reaseguraron el 95% en el Mercado de reaseguros de Londres. En el curso de la construcción del proyecto, se localizó una fuga en la tubería de una plataforma. Los costes de la fuga y de la campaña de reparación alcanzaron aproximadamente los 100 millones de dólares. Se presentó una reclamación bajo la póliza CAR a los aseguradores indonesios y se rechazó con base en las instrucciones de los reaseguradores de Londres que tenían un control total de las reclamaciones. Los asuntos conflictivos incluían aspectos de la política de construcción que incluía exclusiones de cobertura por corrosión. El caso necesitaba de complejísimas pruebas periciales de expertos ingenieros para probar la causa de la pérdida.

El contratista europeo era conocido entre los reaseguradores de Londres y aceptó la mediación en Londres para ver si podía resolverse el conflicto antes de que empezaran los procedimientos contra los aseguradores indonesios en el Tribunal Mercantil de Londres (los aseguradores indonesios, a su vez, habrían tenido que demandar a los reaseguradores de Londres para repetir lo pagado, si se hubiera declarado su responsabilidad). La mediación se acordó sin que los aseguradores indonesios asistieran pero les dieron el poder suficiente a los abogados de Londres y a los reaseguradores para representarles en la mediación. La mediación en sí misma proporcionó un foro para que ambas partes pusieran a prueba las pruebas periciales en un entorno confidencial y con la seguridad de que nada de lo compartido podría usarse en otra sede (*without prejudice*), para intentar entender puntos en común y delimitar las diferencias que las separaban. También permitió a las partes poner a prueba sus respectivos argumentos en relación con la construcción adecuada de la póliza de seguros con la ayuda de un mediador con amplia experiencia en conflictos relativos a seguros respecto a proyectos de petróleo y gas.

Finalmente, se negoció un acuerdo directamente entre los reaseguradores de Londres y el contratista europeo, sin importar que no existiera contrato entre ellos. Este resultado innovador permitió que los pagos se hicieran más rápidamente al contratista europeo y evitó las dificultades que podrían haber surgido si se hubiera ejecutado una sentencia de los tribunales ingleses en Indonesia contra los

aseguradores indonesios. Todas las partes quedaron satisfechas con el resultado y mantuvieron sus relaciones comerciales.

Conflicto de Propiedad Intelectual

Un conflicto de larga duración, entre un licenciante y un licenciataria sobre el ámbito de aplicación de un contrato de licencia de propiedad intelectual, se recondujo hacia la mediación. Era un conflicto internacional entre empresas en el que destacaban una serie de problemas principales. Primero, un problema de interpretación porque las partes tenían una visión distinta del ámbito de los servicios objeto del contrato de licencia firmado. Segundo, una de las dos partes infravaloraba a la otra y sentía un cierto desprecio hacia ella.

La mediación se llevó a cabo por un único mediador y sólo hicieron falta dos reuniones con las partes para resolver el conflicto. Incluyendo toda la preparación que condujo a las sesiones de mediación, el tiempo total fue, de principio a fin, de sólo aproximadamente seis meses dedicados a la mediación. Los costes se limitaron prácticamente a los honorarios del mediador y al tiempo que los participantes dedicaron a mediar. El hecho de que el mediador tuviera una considerable experiencia tanto en técnicas de mediación como en el asunto de fondo contribuyó de manera importante al éxito de la mediación. Al final del conflicto, estaba claro que la mediación había creado una relación de cooperación entre las partes y había ayudado a ambas a volver a confiar en la otra.

Algunas de las ventajas principales de la mediación fueron que el conflicto se mantuvo confidencial y se resolvió muy rápidamente. Teniendo en cuenta que el conflicto era un conflicto comercial internacional, era primordial para las partes evitar que saliera en la prensa, porque podría haber supuesto mala publicidad. La mediación confidencial les permitió satisfacer esta necesidad fácilmente. Además, antes de recurrir a la mediación, el conflicto llevaba dos años en curso. A pesar de eso, cuando las partes se reunieron para celebrar una mediación, tardaron solamente dos reuniones en resolver los problemas a los que se estaban enfrentando. Finalmente, teniendo en cuenta el carácter internacional de la relación de negocios, no usar la mediación habría desencadenado un proceso internacional de resolución de conflictos administrado que habría sido largo y podría no haber satisfecho objetivos de las partes de la misma forma que lo hizo la mediación.

Conflicto de Pensiones

A raíz de un error de elaboración en la escritura de fideicomiso que existía entre la empresa y otra parte, surgió un conflicto legal. La cuestión era determinar si la compañía estaba obligada a incrementar las contribuciones adicionales voluntarias de los miembros (*Additional Voluntary Contributions*). La empresa pretendía rectificar la escritura sin litigar; aún así, se iniciaron procedimientos por negligencia contra el despacho de abogados que cometió el error. Finalmente las cuatro partes involucradas en el conflicto era: la empresa, sus fideicomisarios, un representante de los beneficiarios, y el despacho de abogados que cometió el error. Las partes decidieron recurrir a la mediación dos semanas antes de que el conflicto llegara a juicio.

Teniendo en cuenta que eran cuatro partes, era difícil para ellas ponerse de acuerdo en lo más mínimo. De hecho, incluso la decisión común de mediar fue difícil de tomar. Antes de aprobar la mediación, el abogado del representante de los beneficiarios estuvo haciendo varias demandas y poco comunes. Por ejemplo, pedía respecto a cualquier oferta incrementos del 50% e insistió en que sólo asistiría a una mediación de un máximo de cuatro horas. A pesar de los problemas iniciales, la mediación fue un éxito por la flexibilidad del proceso de mediación. Era esencial permitir a las partes seleccionar un mediador idóneo (que se relacionara de forma inteligente con el abogado del beneficiario representante) para hacerlas ver que podían llegar a un acuerdo, desde el principio del proceso. La mediación también permitió a las partes debatir y superar una serie de problemas cara a cara, lo que seguramente no habría sido el caso si hubieran optado por un juicio.

Controversia Farmacéutica

Un contrato de compraventa de acciones y activos de 59 millones de euros entre dos compañías farmacéuticas europeas se encontró con algunos problemas cuando surgieron cuestiones contables y empezaron a llegar alegaciones del comprador según el cual la entidad objeto de compra no coincidía con lo que se había descrito. Se suspendió temporalmente la cláusula de arbitraje contenida en el contrato original y las dos compañías nombraron a un mediador suizo para mediar el conflicto. Antes de la mediación, el mediador mantuvo una conversación telefónica de dos horas con los abogados de las partes para determinar cómo enfocar y estructurar la mediación. Las partes también intercambiaron documentos con el mediador y le enviaron una lista de sus intereses y necesidades, para la mediación. Finalmente, cada parte acordó llevar tres representantes-con poder para negociar y aprobar un acuerdo - a la mediación.

La mediación empezó a las 9:00 AM. El vendedor trajo a tres representantes, el comprador tenía diecisiete, no obstante, la mediación siguió su curso con las veinte personas en la habitación. La mediación se desarrolló en inglés, pero las sesiones privadas (*caucus*) se llevaron a cabo en el idioma de cada una de las partes, dado que el mediador hablaba ambos. Después de sólo dos horas, se había restablecido la confianza entre las partes. De hecho, la conversación inicial evitó tratar las cuestiones económicas y se concentró y resolvió sentimientos de traición, engaño e incluso estafa basándose en valores y códigos éticos comunes. También se convirtió en una conversación en relación con la mejor alternativa de las partes a un acuerdo negociado (*best alternative to a negotiated agreement* (BATNA)), o la mejor opción para cada una de las partes si la mediación no tenía éxito. Ambas partes habían pensado en el arbitraje como su mejor alternativa a la mediación; no obstante, la estimación de costes de un arbitraje difería mucho entre las partes. El vendedor había calculado, por su lado, un coste de 400.000 € mientras que el vendedor pensó y verbalizó en la mediación, que el coste se acercaría más a 1,6 millones de libras. La confrontación con la realidad surtió efecto: las partes se dieron cuenta de que una solución amistosa gracias a la mediación era la mejor opción, también en relación con los costes. El problema más importante era de percepción y comunicación respecto a expectativas recíprocas, y finalmente se resolvió cuando las partes pudieron sentarse y escucharse mutuamente. La mediación concluyó al alcanzarse un acuerdo ese mismo día a las 7:30 PM.

Las partes volvieron a redactar el acuerdo de compra de acciones, lo que incluía principalmente, re-evaluar el precio de compra acordando una fórmula para calcular el precio final. El mediador fue copiado en la reelaboración vía e-mail.

El coste total de la mediación fue de aproximadamente 18.000 \$ (16.000 € ó 11.500 £), un gran ahorro respecto a los costes estimados de un arbitraje. Además, el conflicto se resolvió en un día y las relaciones comerciales entre las partes se restauraron. Por último, la mediación del conflicto permitió preservar la privacidad y esencial confidencialidad porque una de las empresas cotizaba en bolsa y la publicidad de un arbitraje podría haber sido extremadamente dañina.

Responsabilidad de productos

La filial de Reino Unido de un proveedor europeo mayorista de gas estaba teniendo problemas con una empresa alemana que suministraba válvulas y reguladores para usar con cilindros de gas comprimido. De acuerdo con la reclamación, las válvulas eran defectuosas y fallaban de manera muy grave cuando se presurizaba el gas, creando serios riesgos de daños a las personas y a las cosas. El proveedor de gas proporcionaba cilindros de gas a bares y restaurantes para dispensar cerveza y otras bebidas. Habría sido responsable frente a terceros en reclamaciones por daños personales o de otro tipo por los fallos en las válvulas y tuvo que llevar a cabo una retirada nacional de los cilindros de gas de los bares y restaurantes y poner en marcha un programa urgente de sustitución de las válvulas defectuosas por otras con distintas características.

La compañía proveedora de gas de Reino Unido inició un procedimiento contra el suministrador de gas alemán en Inglaterra y se programó una mediación después de que las partes hicieran las exposiciones pertinentes en la fase de alegaciones pero antes de que se generaran los elevados costes ligados al procedimiento probatorio. En la mediación surgió la oportunidad de que las partes y sus expertos entendieran las diferencias entre sus puntos de vista sobre las posibles causas de los fallos de la válvula y que el suministrador de gas demostrara la base de la cuantía de su reclamación.

No obstante, en el curso de la mediación, el mediador averiguó, en una reunión privada con el suministrador de válvulas alemán, que tenía problemas de liquidez y que era poco probable que fuera capaz de pagar ningún acuerdo a un nivel aceptable para el demandante ni de cumplir con una sentencia si el demandante ganaba.

Trabajando con el mediador, las partes llegaron al siguiente acuerdo: realizar una serie de pagos fraccionados durante 5 años, lo que el proveedor de válvulas alemán podía comprometerse a cumplir. Se realizó un pago inicial en metálico del 50% de la cuantía del acuerdo y después pagos anuales de sumas más pequeñas a pagar en los años siguientes. Para asegurar que el suministrador de válvulas alemán podía satisfacer sus obligaciones de pago, las partes acordaron que éste abriría cartas de crédito con un reputado banco que permitirían al demandante cobrarlas si el suministrador de válvulas alemán dejaba de hacer un pago anual. Además el suministrador alemán de válvulas aceptó ofrecer al demandante un descuento sobre productos adicionales de hasta el valor acordado durante un periodo de 3 años para fomentar el mantenimiento de la relación comercial. Las partes quedaron satisfechas con el resultado y evitaron el riesgo que habría supuesto que el caso se decidiera en los tribunales con una sentencia que el demandado alemán simplemente no habría podido cumplir, lo que habría llevado a su insolvencia.

Controversia Inmobiliaria

Surgió un conflicto entre dos compañías inmobiliarias cuando, después de encontrar una propiedad para un cliente común, la compañía más pequeña entendía que la más grande le debía 120.000 CHF como su parte en los honorarios de corretaje. La compañía más grande declaró que no debía tal cantidad y el asunto se llevó a juicio. Después de un tiempo, el conciliador del Juzgado recomendó a las partes que intentaran una mediación.

Con anterioridad a la mediación, el mediador organizó el proceso con las partes y pidió a cada una una lista de sus intereses para determinar lo que pretendían con la mediación. Después, el mediador celebró una llamada de preparación con ambas partes casi inmediatamente antes de la mediación. El día de la mediación, las partes llegaron a un acuerdo después de sólo tres horas; la clave fue la propuesta de la pequeña compañía inmobiliaria de dar la cuantía controvertida a una organización benéfica que representase los valores compartidos de ambas compañías

Una vez restaurada la confianza entre ambas partes, aceptaron las bases de futuras relaciones comerciales en su pequeño mercado geográfico y las formalizaron, algo que probablemente no habría sido posible en un procedimiento jurisdiccional o arbitral puesto que estos se habrían concentrado en los problemas legales y no en la relación comercial. Esto era importante para las compañías inmobiliarias porque les permite mantener el control sobre el conflicto y sus negociaciones futuras.

Finalmente, la rapidez de la resolución fue beneficiosa para ambas porque no necesitaban destinar atención, mano de obra, tiempo y dinero al desacuerdo y en lugar de eso, pudieron concentrarse en el negocio.

Controversia de Servicio de Suministro

Un proveedor de servicios y su cliente estaban inmersos en un conflicto de larga duración y los dos decidieron intentar resolver la disputa usando la mediación. Era un conflicto internacional y varios temas eran problemáticos para las partes. Para empezar, las partes no confiaban la una en la otra y el proveedor de servicios sentía un cierto resentimiento frente al cliente porque los servicios se estaban prestando en un contexto extremadamente agitado como consecuencia de una guerra. Además las partes tenían interpretaciones diferentes de la obligación de pago.

La mediación concluyó después de sólo una sesión de tarde y la preparación de la misma se extendió durante un período de sólo siete días. La resolución del conflicto consistió en un acuerdo de una página que fue firmado por ambas partes al final de la sesión de mediación, y establecía que las partes debían mantenerse informadas regularmente de todos los potenciales nuevos servicios que podían ofrecerse.

No hubo costes externos aparte del alquiler de la sala de reuniones en la que se celebró la mediación y el tiempo que las partes dedicaron a la controversia. La mediación y el acuerdo fueron un éxito porque el cliente entendió las duras condiciones soportadas por el proveedor, dado que este

último estaba prestando los servicios en un entorno muy agitado. Además, se aclararon los malentendidos respecto a las obligaciones de pago, restaurando así el sentimiento de asociación entre el proveedor y el cliente. Estaba muy claro que la mediación había restaurado la relación entre las partes, porque algunos miembros del equipo, que no participaron en la mediación, comentaron que la idea de que las partes eran “oponentes” había desaparecido completamente.

Algunas de las mayores ventajas de la mediación fueron, en efecto, que la controversia se resolvió muy rápido y ahorró grandes cantidades de dinero a ambas partes. Antes de empezar la mediación el proveedor inició acciones legales, pero ambas partes reconocieron que la rapidez era vital. Por ello, las partes empezaron la mediación, lo que les ahorró varios miles de euros en costes legales y permitió un pago inmediato al proveedor de la mitad de lo reclamado inicialmente. Un juicio podría haber durado años y podría haber desembocado en bancarrota para el proveedor.

APÉNDICE 3

MIEMBROS DEL CONSEJO ASESOR EUROPEO DE CPR A FECHA OCTUBRE DE 2015

Presidente:	Jean-Claude Najar, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle
Vice-President:	Maurice Kuitems, Fluor Corporation
Consejo Ejecutivo:	Stefano Catelani, Dupont Richard Hill, Shell International Kai-Uwe Karl, GE Oil & Gas Isabelle Robinet-Muguet, Orange Isabelle Roux-Chenu, Capgemini Felix Weinacht, Siemens Bernardo Cremades, B. Cremades y Asociados Teresa Giovannini, Lalive Alexander J. Oddy, Herbert Smith Freehills Pierre Raoul-Duval, Gide Loyrette Nouel Noah Hanft, CPR Olivier P. André, CPR
Miembros:	Mark Bowers, Visa Jean-Marc Dethy, GDF Suez Peter Drucker, Akzo Nobel Jasmina Finelli, Boart Longyear Pietro Galizzi, ENI Thibault Grégoire, MasterCard Marina Kralj Milisa, Koncar Abhijit Mukhopadhyay, Hinduja Group Javier Ramirez, Hewlett-Packard Richard Vary, Nokia Professor Marko Baretić, Faculty of Law/University of Zagreb Ferdinando Emmanuele, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton Bart Gerretsen, NautaDutilh Birgit Sambeth Glasner, Altenburger Tim Hardy, CMS Cameron McKenna Clifford J. Hendel, Araoz & Rueda Abogados Javier Fernández- Samaniego, Bird & Bird Daniel Schimmel, Foley Hoag Dr. Anke Sessler, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom Professor Tsisana Shamlkashvili Krzysztof Wierzbowski, Eversheds