

La mediación y sus tendencias en múltiples ámbitos

Fred Aarons*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023, pp. 91-110

Resumen: La mediación constituye un mecanismo que busca facilitar, mediante las gestiones no vinculantes del mediador, el acuerdo entre las partes para así alcanzar de manera mutuamente satisfactoria la solución de una controversia. Nuestra intención con este trabajo, lejos de contraponer el arbitraje de la mediación, es resaltar la importancia de la mediación como instrumento idóneo para la pronta solución de controversias en múltiples actividades y las tendencias actuales al respecto.

Palabras clave: mediación, arbitraje, cláusulas escalonadas.

Mediation and its trends in multiple areas

Abstract: *Mediation is a mechanism that seeks to facilitate, through the non-binding efforts of the mediator, the agreement between the parties to reach a mutually satisfactory solution to a dispute. Our intention with this work, far from opposing arbitration with mediation, is to highlight the importance of mediation as an ideal instrument for the prompt resolution of disputes in multiple activities and the current trends in this regard today.*

Keywords: *mediation, arbitration, multi-tiered clauses.*

Autor invitado.

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales, administración de riesgos y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

La mediación y sus tendencias en múltiples ámbitos

Fred Aarons*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 91-110

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La mediación y el arbitraje, herramientas que se complementan para solucionar controversias; 2. La mediación y su alcance; 3. La mediación y sus aproximaciones; 4. La mediación y sus tendencias actuales; 5. La Convención de Singapur sobre la Mediación; 6. Una ley modelo para la mediación; 7. La mediación en el ámbito comercial e internacional; 8. Las cláusulas escalonadas y la mediación. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que el Estado debe garantizar a sus ciudadanos. Se trata de un derecho que debe ser otorgado de forma efectiva y continua, independientemente de los mecanismos disponibles para acometer tal fin. Este derecho ciudadano constituye una de las obligaciones más esenciales que el Estado debe satisfacer, proporcionando no solo acceso a las instituciones jurisdiccionales administradas por el Estado, sino también reconociendo y facilitando el uso de los medios alternativos para la solución de controversias.

El retraso judicial registrado de manera consistente en los sistemas de administración de justicia ha incidido de forma determinante en que el Estado haya otorgado mayor importancia a los medios alternativos para la solución de controversias, incorporándolos en el ordenamiento normativo e inclusive reconociéndoles su carácter constitucional en ciertas jurisdicciones. Dicha tendencia ha sido inicialmente impulsada a nivel multilateral e internacional, en el caso del arbitraje, mediante la adopción múltiples convenciones internacionales, entre los que destaca la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio del 1958, referida también como la Convención de Nueva York, así como por la adopción de la Ley

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales, administración de riesgos y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

Modelo sobre Arbitraje CENUDMI/UNCITRAL. Estas iniciativas tienen como propósito armonizar los procedimientos y las prácticas relativas al arbitraje. Dichos instrumentos han permitido promover el uso del arbitraje para la solución de controversias comerciales e internacionales y armonizar sus regulaciones a niveles local e internacional.

Como sabemos, el arbitraje ha venido ganando adeptos y espacios de manera determinante al punto de ser reconocido en la actualidad como un instrumento efectivo para la solución de controversias comerciales e internacionales. Por tratarse de un mecanismo según el cual las partes en controversia someten la solución de ésta a la decisión vinculante de un tercero o un panel de terceros independientes, equivale en términos generales a un mecanismo de administración de justicia de jurisdicción ordinaria – con el valor añadido de ser más beneficio por su celeridad e inmediatez que el aplicado por los órganos jurisdiccionales del Estado.

El arbitraje es un proceso en el cual los árbitros deben promover el respeto de los derechos relativos al debido proceso y garantizar la defensa y el acceso a la administración de justicia en favor de las partes involucradas. En contraposición, la mediación constituye un mecanismo que busca facilitar, mediante las gestiones no vinculantes del mediador, el acuerdo entre las partes para así alcanzar de manera mutuamente satisfactoria la solución de la controversia planteada.

Las características de la mediación le otorgan beneficios inigualables en favor de las partes involucradas en la controversia de que se trate. Dichos beneficios alcanzan a manifestarse no solo en el sistema de administración de justicia sino también en la forma como una sociedad maneja el conflicto y alcanza a procurar la paz social. Nuestra intención con este trabajo, lejos de contraponer el arbitraje de la mediación, es resaltar la importancia de la mediación como instrumento idóneo para la pronta solución de controversias en múltiples actividades y las tendencias que se manifiestan al respecto en la actualidad. En desarrollo del tema aquí propuesto, haremos referencia a la mediación y su alcance; presentaremos las diversas aproximaciones que los mediadores pueden adoptar para resolver controversias y comentaremos acerca de la evolución de la mediación como medio alternativo de solución de controversias y su tratamiento en la Convención de Singapur. Así mismo, resaltaremos la relevancia de las medidas adoptadas a nivel multilateral para promover una ley modelo para la mediación, con el fin de armonizar su utilización en el ámbito comercial e internacional. Por último, introduciremos ciertas consideraciones de carácter práctico dirigidas a utilizar la mediación y el arbitraje como herramientas que se complementan para solucionar controversias, para lo cual haremos especial referencia a las cláusulas escalonadas, como aproximación idónea para aplicar progresivamente, o inclusive concurrentemente, las diferentes modalidades de medios alternativos para la solución de controversias.

1. La mediación y el arbitraje, herramientas que se complementan para solucionar controversias

La mediación y el arbitraje son dos métodos alternativos de solución de disputas que requieren que las partes involucradas se sometan voluntariamente a ellos.

En el arbitraje el árbitro escucha mientras cada parte argumenta su caso y presenta las pruebas relevantes, y luego dicta una decisión vinculante mediante el laudo arbitral.

El objetivo de la mediación es que un tercero neutral ayude a las partes en disputa a llegar a un consenso por sí mismos. En lugar de imponer una solución, un mediador profesional trabaja con las partes en conflicto para explorar los intereses subyacentes que motivan sus posiciones. La mediación puede ser eficaz para permitir que las partes expresen tanto sus aspiraciones como sus preocupaciones, así como explorar plenamente sus quejas, en relación con la controversia planteada. Trabajando con las partes juntas y, a veces, por separado, los mediadores tratan de ayudar a las partes a elaborar una resolución que sea sostenible, voluntaria y no vinculante.¹

La mediación es un proceso con una estructura distinta al arbitraje. Primeramente, porque en el arbitraje el tercero independiente designado como árbitro está investido de autoridad para adoptar una decisión vinculante con el propósito de dirimir la controversia suscitada entre las partes. En la mediación, la intervención del tercero independiente designado como mediador se efectúa con el propósito de servir como facilitador de las partes para identificar los asuntos controvertidos, proporcionar opciones o alternativas, para así alcanzar acuerdos mutuamente satisfactorios en favor de las partes. Entonces, en la mediación, las partes determinan el alcance del acuerdo que se alcanzará, por lo que la autoridad reside en éstas exclusivamente. El tercero que hace las veces de mediador ayuda a las partes en conflicto a resolver la disputa, mediante la utilización de diversas técnicas dirigidas a facilitar que las partes depongan las posiciones iniciales que dieron pie a la controversia y alcancen eventualmente un acuerdo equilibrado mutuamente satisfactorio.

En la mediación se produce un encuentro interpersonal y confidencial que busca maximizar, con la asistencia del mediador, los beneficios del intercambio de ideas que surge entre las partes. Éste en modo alguno asume la posición de juzgador. Por el contrario, mediante el uso de técnicas propias de la mediación, el mediador replantea las diferencias planteadas entre las partes en términos de intereses, de manera que éstas jerarquicen, evalúen alternativas y adopten decisiones informadas para resolver la disputa inicialmente suscitada.

¹ [HLS_PON_FR12_MediationSecrets_2023b.pdf](#)

Si bien el arbitraje se muestra como un medio efectivo para resolver las disputas que surjan entre las partes, mediante la decisión de un tercero independiente designado por la voluntad de éstas, la mediación es un método de colaboración de un tercero que facilita la aproximación requerida para identificar los intereses de las partes en controversia y en el que se entremezclan variables vinculadas con la personalidad de las partes intervinientes, la voluntariedad, la confidencialidad, la informalidad, la autocomposición, la flexibilidad, entre otras.

2. La mediación y su alcance

La mediación es un mecanismo de comunicación amparado en la intervención del mediador quien, como indicamos, usa ciertas técnicas útiles para el desarrollo del proceso de comunicación que tiene lugar entre las partes. Si bien la mediación se caracteriza por su informalidad o flexibilidad, su tramitación tiende a seguir unas pautas determinadas ya sea por el propio mediador o, en algunos casos inclusive por las disposiciones normativas que las regulan.

Entre los aspectos o pautas que hay que tomar en consideración para llevar a cabo una sesión de mediación están los siguientes:²

La confidencialidad: puesto que es fundamental garantizar el compromiso de las partes y del mediador de mantener reserva de lo que se discute durante las sesiones de mediación, así como el contenido de la documentación que sea intercambiada entre las partes. Esta confidencialidad tiene efectos tanto entre las partes y el mediador con terceros ajenos al proceso, como entre el mediador y la parte que le haya proporcionado alguna información con carácter confidencial. Preservar la confidencialidad en un aspecto crítico en materia de mediación puesto que el respeto a la información proporcionada no sólo representa una obligación de carácter restrictivo, sino que también es la premisa sobre la cual se establece un lazo de vinculación común entre los participantes, que a su vez facilita la confianza entre éstos y su disposición de alcanzar un acuerdo de mutuo interés.

La voluntariedad: entendida ésta como la manifestación de la voluntad de las partes de decidir libremente acerca de: (i) si acuden o no a la mediación para dirimir la controversia suscitada, (ii) si permanecen o no en ella; (iii) los temas y las prioridades establecidas para las reuniones o sesiones de mediación; y (iv) las pautas necesarias para alcanzar o no un acuerdo, así como determinar su contenido.

La flexibilidad: La mediación dispone de ciertos esquemas predeterminados como serían la identificación de las partes, la presentación introductoria del mediador que incluya las reglas sustantivas y procedimentales básicas aplicables en las sesiones

² Caram, María Elena et al: *Mediación Diseño de una práctica*. Astrea, Buenos Aires. 2014. Pp. 24-60.

de mediación, la identificación de los temas a discutir en función de los puntos de la controversia planteada entre las partes. No obstante, la mediación se presenta como un mecanismo de solución de conflictos caracterizado por mayor espontaneidad y susceptible de ser manejada de acuerdo con el criterio funcional sugerido por el mediador a las partes.

La autocomposición: Ésta ha de alcanzarse cuando las partes asistidas por el mediador están en condiciones de adoptar decisiones vinculantes para atender oportuna y adecuadamente la disputa suscitada entre ellas. De tal manera que se otorga a las partes en la disputa el protagonismo necesario para que ellas diriman el conflicto planteado y así puedan contraer un compromiso reflejado en un acuerdo vinculante. Esta circunstancia otorga a la mediación y al acuerdo resultante un carácter más genuino que cualquier otro que pudiese alcanzarse por la decisión de un tercero.

La neutralidad: reflejada por la función de colaboración asumida por el mediador a lo largo de todo el proceso de mediación. La neutralidad del mediador por lo tanto debe ser a favor de todos por igual, sin diferenciación alguna. La misma debe ser internalizada de tal manera por el mediador al punto de entender que no se limita a su actitud externa, sino que debe ser el reflejo de una internalización íntima acerca de la necesidad de interactuar con las partes sin tomar partido por alguna de ellas. La neutralidad implica abstenerse de establecer conclusiones precipitadas y de manera subjetiva, así como no proponer soluciones en función de los intereses particulares propios.

Los aspectos antes señalados han otorgado unas características particulares a la mediación, permitiéndole ser utilizada tanto ya sea como un método alternativo de solución de controversias autónomo, así como una instancia que forma parte de un proceso jurisdiccional ordinario. En el primer caso, las partes acuden al mediador de manera voluntaria sin que haya mediado una acción administrativa judicial; mientras que, en el segundo caso, las partes interponen una acción judicial y la mediación es parte integral de ese proceso. Esta circunstancia dual ha impulsado la utilización masiva de la mediación para el trámite y la solución de controversias vinculadas a un amplio espectro de actividades, a saber:

- Asuntos de familia;
- Asuntos de personas de la tercera edad;
- Asuntos relativos a cesaciones de pago y bancarrota;
- Asuntos relativos a inversiones en títulos bursátiles;
- Asuntos relativos a relaciones laborales;
- Asuntos relativos a indemnizaciones por siniestros asegurados;
- Asuntos comunitarios;
- Asuntos relativos a cuantías menores;
- Asuntos diplomáticos y políticos;
- Asuntos comerciales, domésticos e internacionales, entre otros.

La diversidad de asuntos cuyas controversias pueden ser solucionadas a través de la mediación, amerita que identifiquemos las mejores prácticas aplicables en esta materia.

La mediación está amparada en el principio de autodeterminación de las partes durante todo su trámite. Su práctica debe tomar en consideración los aspectos puntuales siguientes:

- Más que requerir que el mediador entienda las leyes, es importante que éste entienda a las partes y sus intereses.
- Más que un proceso contradictorio, se trata de un proceso transaccional dirigido a asistir a las partes.
- Más que un árbitro, el mediador es un promotor de ideas basadas en la curiosidad y los intereses de las partes.
- El mediador, además de ser buen escucha, debe tener una actitud que genere confianza a las partes.
- El mediador debe manejar con inteligencia emocional las barreras actitudinales, especialmente aquellas promovidas en detrimento del proceso de mediación y del interés de las partes.
- El proceso de mediación debe ser flexible y facilitar la comunicación entre las partes.
- Es del interés de las partes que el mediador esté disponible para conversar con éstas y sus abogados, antes y durante la mediación.
- Es clave asegurar que las decisiones durante la mediación sean adoptadas por las partes y no por sus abogados.
- En las mediaciones celebradas por medios virtuales, es menester asegurar – en lo posible – que todas las partes participen visualmente, sin que sean grabadas las sesiones para no inhibir a los involucrados en el asunto objeto de la mediación.
- Las partes deben disponer del tiempo que requieran para ventilar sus diferencias y alcanzar compromisos y acuerdos.
- El mediador debe evitar precipitar el desarrollo de las sesiones de mediación.

3. La mediación y sus aproximaciones

3.1. La tramitación de la mediación

El proceso de mediación puede ser iniciado, ya sea por solicitud de las partes que acuden de manera independiente a un mediador para solicitar sus buenos oficios, o por disposición legal que contemple la mediación como mecanismo previo a la habilitación de la vía judicial, o en cualquier instancia del proceso judicial como resultado de la propuesta del juez de la causa o de las partes en disputa. La mediación puede también ser consecuencia de la instrumentación de alguna cláusula arbitral o compromisoria que

establezca como mecanismo previo al arbitraje el sometimiento de la disputa en cuestión a una instancia de mediación, o eventualmente como resultado de la aplicación del reglamento de arbitraje al que las partes hayan sometido su controversia.

La mediación puede incluir algunos o todos los siguientes seis pasos:³

- a. Planificación. Antes de que comience la mediación, el mediador ayuda a las partes a decidir dónde deben reunirse y quién debe estar presente. Cada parte puede tener abogados, compañeros de trabajo y/o familiares en su equipo, dependiendo del contexto.
- b. Presentación del mediador. Con las partes reunidas en la misma sala, el mediador presenta a los participantes, describe el proceso de mediación y establece las reglas básicas. También presenta su objetivo para la mediación.
- c. Palabras de apertura. Tras la presentación del mediador, cada parte tiene la oportunidad de exponer su punto de vista sobre la controversia, sin interrupción. Además de describir los problemas que creen que están en juego, también pueden tomarse el tiempo para ventilar cualquier circunstancia particular que estimen necesaria.
- d. Discusión conjunta. Después de que cada parte presenta sus observaciones iniciales, el mediador y las partes en disputa son libres de hacer preguntas con el objetivo de llegar a una mejor comprensión de las necesidades y preocupaciones de cada parte. Debido a que las partes en disputa a menudo tienen dificultades para escucharse mutuamente, los mediadores actúan como intérpretes, repitiendo lo que han escuchado y pidiendo aclaraciones cuando es necesario. Si las partes llegan a un punto muerto, los mediadores diagnostican los obstáculos que se encuentran en su camino y trabajan para volver a encarrilar la discusión.
- e. Caucus. En algunas circunstancias críticas, el mediador puede dividir la sesión en salas separadas para reuniones privadas o caucus. A menudo, pero no siempre, el mediador comunica a cada parte que la información que comparten en el caucus permanecerá confidencial. La promesa de confidencialidad puede alentar a las partes en disputa a compartir nueva información sobre sus intereses y preocupaciones.
- f. Negociación. Llegados a este punto, es el momento de empezar a formular ideas y propuestas que satisfagan los intereses fundamentales de cada parte. El mediador puede dirigir la negociación con todas las partes en la misma sala, o puede participar en la "diplomacia itinerante", desplazándose de un lado a otro entre los equipos, reuniendo ideas, propuestas y contrapropuestas. Si las partes llegan a un consenso, el mediador esbozará los términos y puede redactar un borrador de acuerdo. Si no llegan a un acuerdo, el mediador resumirá donde lo dejó y puede entablar una discusión sobre sus alternativas de no acuerdo.

³ Kovach, Kimberlee K.: *El Manual de Resolución de Disputas* (Jossey-Bass, 2005)

3.2. Las aproximaciones del mediador

Según explicamos previamente, la mediación y su trámite contempla un proceso fundamentalmente determinado por las partes y guiado de manera sistemática por el mediador dirigido a delinear el procedimiento aplicable al caso en cuestión, identificar los asuntos objeto de la controversia, considerar las motivaciones de las partes involucradas, así como sus aspiraciones, identificar sus intereses, de manera que sus posiciones iniciales alcancen a ser transformadas en intereses, con el fin de priorizarlos y alcanzar acuerdos tangibles que sean mutuamente satisfactorios. No obstante, la consecución de las etapas antes citadas no está circunscrita a una única vía. Más bien, la flexibilidad de la mediación permite incorporar diferentes perspectivas, todas ellas según las características del caso objeto de controversia, el perfil de las partes intervinientes, así como el estilo y experticia del mediador designado.

La mediación como método tiene diferentes aproximaciones para facilitar la obtención de la solución de la controversia planteada. En este sentido, el rol del mediador y la perspectiva que adopte para resolver el conflicto son elementos determinantes en la obtención de un resultado eficiente y satisfactorio para las partes intervinientes.

El proceso de mediación y su éxito está fundamentado esencialmente en la actitud del mediador y su capacidad técnica para promover un resultado tendiente a obtener un acuerdo. No existe un solo método de aproximación, sino más bien el mediador dispone de una multiplicidad de alternativas aplicadas en función de su interés y del rol que quiera asumir en las sesiones de mediación. Ahora bien, una aproximación no es más adecuada que otra, ni produce resultados más favorables que otra. Su utilización está determinada principalmente en función de las preferencias y del estilo del mediador y de las circunstancias que determinen su participación en el proceso de mediación, según la actitud y las características de las partes intervinientes.

En este sentido, es importante considerar que, si bien el mediador tiene cuatro metas fundamentales, el orden de prioridad de estas metas puede variar según lo determinen las variables que mencionamos previamente. En principio, el mediador busca que las partes alcancen un acuerdo, sin diferenciar el alcance de este; que el acuerdo sea de alta calidad; que se alcance un resultado que vaya más allá de un acuerdo entre las partes; y que las partes participen en un proceso de alta calidad, independientemente del resultado alcanzado. Esta diversidad en las prioridades que se puedan establecer varía en función de la amplia latitud otorgada a la mediación como mecanismo de solución de controversias. Esta circunstancia es especialmente relevante si tomamos en consideración las amplias posibilidades que dispone el mediador para introducir las herramientas de la mediación en la solución de las controversias suscitadas entre las partes.

Así las cosas, la doctrina⁴ reconoce por lo menos 5 aproximaciones distintas para manejar o atender el conflicto mediante la mediación como mecanismo para la solución de controversias, a saber:

- **La mediación evaluativa**

El mediador que utiliza esta aproximación tiende a actuar como un negociante que tiene como meta alcanzar el acuerdo entre las partes, sin necesariamente atender a la calidad de éste. En algunos casos en que el mediador utiliza la aproximación evaluativa, éste podría tender a ponderar como un juzgador y sopesar el acuerdo tentativamente alcanzado con la intención de evaluar la decisión de las partes, con la intención de persuadirlas para concretar el acuerdo según determine que sea más conveniente. La actitud del mediador evaluativo es usualmente asumida por aquel individuo que en algún momento de su carrera profesional haya ocupado el cargo de juez, identificando las debilidades en las posiciones de las partes para inducir las a alcanzar algún acuerdo.⁵

- **La mediación facilitadora**

El mediador que utiliza esta aproximación otorga a las partes el control de los términos del acuerdo, colaborando para incentivarles a alcanzar soluciones satisfactorias en favor de cada una de las partes en disputa⁶. El mediador facilitador otorga énfasis especial a la comunicación entre las partes, al intercambio de información entre éstas y a sus posiciones comunes durante el proceso de mediación. Así mismo, esta aproximación tiende a identificar los asuntos en los que las partes tienen responsabilidades compartidas, asumiendo una visión dirigida a englobar y asumir situaciones futuras.

- **La mediación narrativa**

El mediador bajo esta modalidad no se limita a procurar un acuerdo entre las partes. Éste tiene presente el perfil de las partes y con base en ello busca extender los beneficios de la mediación a terceros vinculados con las partes en disputa, con el exclusivo propósito de alcanzar la paz social. Esta aproximación a la mediación reviste una inclinación terapéutica y es utilizada usualmente para resolver disputas familiares, o aquellas vinculadas con disputas entre grupos distinguidos por factores comunes de edad, género o afiliación de sus integrantes. El mediador intentará en estos casos de establecer un contexto grupal común que sirva como punto de partida para alcanzar compromisos dirigidos a concretar algún acuerdo entre las partes. El proceso de mediación bajo esta modalidad o aproximación busca primeramente identificar elementos

⁴ McDermott, E. P.: Discovering the importance of mediator approach-An interdisciplinary challenge. *Negotiation and Conflict Management Research*, 5 (4), 2012. P. 340-353.

⁵ Lowry, L. R.: Evaluative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY. Pp. 72-91.

⁶ Mayer, B.: Facilitative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY. Pp. 29-52.

compartidos entre las partes. Así mismo, intenta considerar las perspectivas o experiencias de las partes para lograr establecer patrones alternativos que a su vez promuevan interacciones futuras distintas basadas en la cooperación.⁷

• La mediación transformativa

Esta aproximación parte de la premisa de que las partes acuden a la mediación limitadas por una posición que evidencia una actitud defensiva según la cual se percibe a la otra parte como una amenaza a los intereses de su contraparte. Dicha actitud puede generar situaciones de debilidad manifiesta al momento de iniciar la mediación, lo cual puede provocar círculos viciosos que dificultan la posibilidad de alcanzar círculos virtuosos en beneficio de las partes en disputa. El mediador, lejos de juzgar a las partes, busca manifestar apoyo a éstas para propósitos que van más allá de la obtención de un acuerdo. Se parte de la premisa de que el acuerdo que se obtenga será más sólido en la medida que sea producto de la iniciativa de las partes, en lugar de una propuesta planteada por el mediador.⁸

• La mediación basada en el entendimiento

Esta aproximación a la mediación parte de la necesidad de que cada de las partes entienda la perspectiva de la otra, así como los efectos prácticos y legales de dichas perspectivas. Se otorga más importancia al proceso como tal, siendo el acuerdo una consecuencia de la tramitación de un proceso exitoso y enriquecedor para las partes involucradas en la disputa. La idea central bajo esta aproximación es desplazar a las partes del estadio de conflicto en el que se encuentran para así promover la identificación de intereses comunes que coadyuven a alcanzar algunos términos de entendimiento entre éstas. Tal fin es alcanzado por la reiteración en el ejercicio de entendimiento de cada una de las partes, mediante la escucha, la repetición, la búsqueda de confirmación y la recepción de la confirmación del entendimiento de cada una de las partes involucradas en la disputa planteada.⁹

4. La mediación y sus tendencias actuales

La mediación es un proceso de autocomposición procesal según el cual el acuerdo obtenido entre las partes es el resultado de las mutuas concesiones que éstas alcanzan voluntariamente, sin que medie la imposición de tercero alguno. Esta característica distintiva reviste una particular importancia puesto que, a diferencia de las sentencias jurisdiccionales, inclusive los laudos arbitrales, las transacciones alcanzadas por la vía

⁷ Winslade, J., Monk, G.: *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*, Jossey-Bass, 2001.

⁸ Bush, R., Pope, S.: Changing the quality of conflict interaction: The principles and practice of transformative mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3(1), pp. 67 – 96, 2002.

⁹ Friedman, G., Himmelstein, J.: *Challenging conflict: Mediation through understanding*. American Bar Association. 2008.

de la mediación no constituirían precedentes vinculantes para las partes intervinientes, ya que son el producto de las negociaciones efectuadas por las partes en disputa para alcanzar la solución de la controversia específica planteada. Por otra parte, la informalidad y celeridad en la tramitación de la mediación, aunado a su menor costo en comparación con los procesos judiciales ordinarios y el arbitraje, le otorgan una ventaja comparativa importante para convertirse en un instrumento de amplia utilización en múltiples ámbitos, tanto a nivel nacional como internacional.

En la práctica, se hace referencia a los procedimientos en que un tercero asiste a las partes para que resuelvan una controversia con expresiones como “mediación”, “conciliación”, “evaluación neutral”, “minijudio” o términos similares. La tendencia actual es utilizar el término “mediación” para referirse a todos esos procedimientos. Se estima que no es necesario distinguir entre los distintos métodos procesales que utilice el tercero. Todos esos procedimientos tienen la característica común de que el papel del tercero se limita a asistir a las partes a dirimir su controversia sin tener facultades para imponerles una decisión vinculante. En la medida en que los procedimientos que constituyan “vías alternativas para la solución de controversias” posean esa característica, les será aplicable un tratamiento común.¹⁰

El uso de la mediación se está convirtiendo en una de las opciones que prefieren y promueven los órganos judiciales y los organismos públicos. Considerando que se recurre cada vez más a la mediación para resolver las controversias, el proceso de desarrollo de las diversas legislaciones nacionales en materia de mediación ha suscitado debates dirigidos a promover soluciones jurídicas, armonizadas a nivel nacional e internacional, que promuevan y faciliten la mediación. Así mismo, se ha verificado un incremento importante de servicios disponibles diseñados para promover tal medio de solución amistosa de controversias.

5. La Convención de Singapur sobre la Mediación

La “Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación”, también conocida como la “Convención de Singapur sobre la Mediación”¹¹, tiene como principal objetivo facilitar el comercio internacional a través de la regulación del reconocimiento y ejecución de acuerdos de transacción internacional que sean el resultado de la mediación como método para solucionar conflictos. De tal manera, la Convención de Singapur es *mutatis mutandis* para la mediación lo que la Convención de Nueva York de 1958 es para el arbitraje al

¹⁰ ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje [A/CN.9/WG.II/WP.108 \(un.org\)](#)

¹¹ La Convención fue aprobada mediante la Resolución 73/198 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 diciembre de 2018 y entró en vigor el 12 septiembre 2020.

establecer ésta un mecanismo para obtener el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. El artículo 1, al definir el ámbito de aplicación de la Convención, establece: *“La presente Convención será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial (acuerdo de transacción)”*. Así mismo, en relación con la formalidad del escrito del acuerdo de transacción, la Convención establece que *“se entenderá que un acuerdo de transacción se ha celebrado <por escrito> si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma”*.¹²

La Convención define la mediación como: *“cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (el mediador) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”*.¹³

Se considera que habrá una transacción internacional susceptible de mediación a los efectos de la Convención cuando: a) al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o b) el Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es: i) el Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o ii) el Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción.

La Convención no será aplicable a los acuerdos de transacción: a) concertados para resolver controversias que surjan de operaciones en las que una de las partes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos; b) relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral. De igual manera, la Convención no será aplicable a: a) los acuerdos de transacción: i) que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial; y ii) que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial; b) los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.¹⁴

Toda parte que desee hacer valer un acuerdo de transacción de conformidad con la Convención deberá presentar a la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas: a) el acuerdo de transacción firmado por las partes; b) pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, por ejemplo: i) la firma del mediador en el acuerdo de transacción; ii) un documento firmado

¹² El requisito de que el acuerdo de transacción conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si es posible acceder a la información contenida en ella para su ulterior consulta.

¹³ La CNUDMI ha reconocido los términos de la conciliación o mediación como intercambiables, según se desprende de las Notas Explicativas de Mediación y en los textos de trabajo del proyecto de redacción de la Convención.

¹⁴ [Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación \(acerislaw.com\)](http://www.acerislaw.com)

por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación; iii) un certificado expedido por la institución que administró la mediación; o iv) a falta de las pruebas indicadas en los incisos i), ii) o iii), cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable.¹⁵

La Convención de Singapur facilitará el comercio internacional al permitir a las partes contendientes hacer cumplir e invocar fácilmente los acuerdos de transacción transfronterizos. Las empresas se beneficiarán de la mediación como una opción adicional de resolución de disputas a los litigios y arbitrajes en la resolución de disputas transfronterizas. Por lo tanto, la firma de la Convención es una firme declaración del compromiso de un país con el comercio, el comercio y la inversión, y fortalece su posición en el ámbito del derecho mercantil internacional.¹⁶

6. Una ley modelo para la mediación

A partir de la Convención de Singapur sobre mediación, se propuso una ley modelo para la mediación, cuyo texto más reciente corresponde a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación del año 2018. La Ley Modelo es un instrumento para promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional y será aplicable a la mediación comercial internacional y a los acuerdos de transacción internacionales.¹⁷

El propósito de esta Ley Modelo es que todos los Estados tomen debidamente en consideración la Ley Modelo cuando revisen o aprueben leyes relacionadas con la mediación, teniendo en cuenta la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de mediación y las necesidades concretas de la práctica de la mediación comercial internacional. A los efectos de la Ley, se entenderá por “mediación” todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el mediador”) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

¹⁵ La Convención de Singapur ha sido ratificada por doce naciones entre las que se encuentran tres países de América Latina (Ecuador, Honduras, Uruguay). Cincuenta y cinco naciones, de las cuales once naciones de América Latina y el Caribe, incluyendo a Venezuela, han suscrito la Convención.

¹⁶ [About the Convention | Singapore Convention on Mediation](#)

¹⁷ El término “comercial” debe interpretarse en sentido amplio, para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, facturaje (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de explotación o concesión, empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, y transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

La Ley Modelo tiene por finalidad alentar la utilización de la mediación proporcionando mayor previsibilidad y certeza respecto del procedimiento y su resultado.

El comercio internacional está creciendo rápidamente y un número cada vez mayor de entidades, entre ellas pequeñas y medianas empresas, están realizando operaciones transfronterizas. Dado que con frecuencia se llevan a cabo operaciones comerciales a través de las fronteras nacionales, incluso mediante el uso del comercio electrónico, que va en aumento, se ha vuelto fundamental atender a la necesidad de que existan sistemas eficientes y eficaces de solución de controversias. La Ley Modelo es un instrumento referencial para el establecimiento de criterios uniformes para la armonización de los procedimientos y la sustanciación de las controversias sometidas a mediación por la voluntad de las partes.

La Ley Modelo resalta el carácter confidencial de la información intercambiada durante el trámite de la mediación. En tal sentido, es determinante asegurar la preservación de un ambiente de confianza entre las partes involucradas en la mediación, razón por la cual ninguna de las partes podrá hacer uso de la información obtenida durante la mediación para el trámite de procesos administrativos o judiciales posteriores. Así mismo, las partes deben tener garantías suficientes del mediador en el sentido de que éste no compartirá la información obtenida de alguna de las partes, salvo que medie autorización expresa de dicha parte. Recordemos que la confidencialidad es la base sobre la cual se configura la credibilidad del mediador y se proyectan las posibilidades de que las partes otorguen la confianza necesaria al mediador para que éste les asista en alcanzar un acuerdo satisfactorio dirigido a solucionar definitivamente la controversia planteada.

Otro aspecto de particular relevancia sobre el cual la Ley Modelo hace referencia es la posibilidad de que las funciones de mediador y árbitro recaigan en la misma persona. Al respecto, en la Ley Modelo se establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de mediación ni en otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. No obstante, la Ley Modelo no contempla específicamente la posibilidad de que quien haga las veces de árbitro en una controversia sometida a arbitraje, pueda asistir a las partes como mediador en caso de que las partes opten por suspender el trámite arbitral con el propósito de alcanzar un acuerdo por la vía de la mediación. Independientemente de las circunstancias y pautas que los diferentes procedimientos o reglamentos arbitrales puedan establecer sobre este particular, consideramos que la voluntad de las partes debe ser privilegiada puesto que son éstas las mejor posicionadas para determinar a quien le otorgan la confianza suficiente para intervenir como mediador entre las partes. De hecho, al reconocer la Ley Modelo que el inicio de un proceso arbitral no constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación, permite deducir que queda a la discreción de las partes asignar las funciones de mediador en aquella(s) persona(s) que genere(n) su confianza.

7. La mediación en el ámbito comercial e internacional

La Ley Modelo es un instrumento que permite promover un procedimiento de tramitación uniforme e informar a las partes que participan en el comercio internacional sobre sus objetivos. La aspiración central es que los Estados alentarán a las partes a resolver sus litigios utilizando métodos de solución de controversias que no impliquen la imposición de una solución por un tercero. En efecto, la CNUDMI ha redactado la Ley Modelo para prestar asistencia a los Estados en el diseño de procedimientos de solución de controversias que tengan por finalidad: (i) reducir el costo y la duración de la solución de controversias; (ii) promover y conservar un clima de cooperación entre las partes en la relación comercial; (iii) encontrar soluciones flexibles y adaptadas a cada conflicto; (iv) evitar nuevas controversias, y (v) aumentar la certeza en el comercio internacional.

Al preparar y aprobar disposiciones legislativas modelo sobre mediación y acuerdos de transacción, la CNUDMI tuvo cuidado de que esas disposiciones fueran acompañadas de información de antecedentes y explicaciones, como instrumento eficaz para ayudar a los Estados a modernizar su legislación y evaluar qué disposiciones de la Ley Modelo, si procedía, habrían de modificar para adaptarlas a las circunstancias particulares del país¹⁸. Corresponde entonces asumir el protagonismo que la mediación está asumiendo en la solución de controversias, no solo a nivel doméstico, sino también en el ámbito comercial internacional.

8. Las cláusulas escalonadas y la mediación

Resulta ser de creciente importancia recurrir a los medios alternativos para la solución de controversias, siendo particularmente oportuno considerar el uso de las llamadas “cláusulas escalonadas”. Según señalamos, el uso de la mediación está creciendo a nivel mundial. Cada vez más, las partes consideran que la mediación es más efectiva si se conviene que la disputa, en caso de no ser resuelta por mediación, será resuelta por arbitraje. Debido a que el requisito de mediar puede ser visto como una condición previa al arbitraje, se debe establecer un plazo que le permita a las partes pasar de la mediación al arbitraje, en caso de que sea necesario, para evitar retrasos.¹⁹

Las cláusulas escalonadas o también referidas como *multi-tiered clauses* o *multi-step clauses* son cláusulas de resolución de controversias que conllevan un sistema progresivo para la solución de las diferencias que las partes pueden disponer en sus fases iniciales de varios métodos alternativos para la resolución de controversias y que culmina en arbitraje, en caso de resultar infructuosa alguna solución durante la apli-

¹⁸ [Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización \(un.org\)](#)

¹⁹ [ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses - Spanish.pdf \(adr.org\)](#)

cación de los primeros métodos alternativos. Acerca de su naturaleza se ha discutido extensamente si se trata o no de auténticos convenios arbitrales. No obstante, la tendencia imperante en la actualidad sugiere la utilización de este tipo de cláusulas en los más diversos tipos de contratos, razón por la cual los principales centros arbitrales están promoviendo el uso de las cláusulas escalonadas.

Las ventajas que, con carácter general, se asocian a este tipo de cláusulas son las relativas a precaver las potenciales consecuencias negativas de un procedimiento arbitral. Asimismo, mediante estas cláusulas se busca alcanzar una solución a través de procesos que eviten deteriorar la relación comercial en virtud del conflicto existente y que proporcionen algún ahorro en tiempo y dinero para las partes. Sin embargo, dada la relevancia práctica y efectividad de la mediación como método de solución de controversias, ha surgido una tendencia que haciendo uso de una cláusula escalonada busca acceder a la mediación y al arbitraje de forma concurrente. Según la referida perspectiva, se ha creado un modelo de cláusula de arbitraje y mediación concurrente. La cláusula obliga a las partes a mediar, después del inicio del arbitraje, que es cuando se presume que las partes están más informadas con respecto a los temas en disputa y sus respectivas necesidades e intereses.²⁰ Nuestra experiencia permite confirmar que la concurrencia en el uso de la mediación y el arbitraje resulta ser una aproximación eficiente que incita a las partes a obtener acuerdos con base en decisiones informadas adoptadas en función de las realidades propias resultantes del desarrollo del proceso arbitral. En otras palabras, la disposición de lograr un acuerdo en la mediación puede ser mayor cuando las partes han iniciado el proceso arbitral y perciben de manera más inmediata los riesgos que conlleva la posibilidad de obtener una decisión desfavorable en el arbitraje.

Pese a sus ventajas, estas cláusulas son fuentes de no pocos problemas cuando una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o cuando la redacción de la cláusula tiende a ser ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos, previo al inicio del arbitraje. El tema principal relativo a dichas cláusulas se refiere a los efectos y consecuencias en el arbitraje, así como su reconocimiento y ejecución del laudo que resulte, en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada. Por otra parte, se trata de prestar debida atención cuando una de las partes solicita medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a la parte a dar inicio al arbitraje dentro de un plazo relativamente breve o cualquier otra circunstancia procesal que le impida que alguna parte pueda respetar el procedimiento escalonado.

²⁰ [ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses - Spanish.pdf \(adr.org\)](#)

La inclusión de una cláusula escalonada en un contrato debe atender a las necesidades propias de las partes contratantes y del negocio jurídico que los vincula, con el fin de asegurar su efectividad y la maximización de los beneficios. Por ello es necesario precisar aspectos particulares en la referida cláusula, tales como determinar claramente el carácter imperativo o no de los procedimientos previos al inicio del arbitraje (negociación, mediación, perito técnico, *dispute boards*, etc.), los plazos o, en su caso, hechos que determinen el fracaso de los pasos previos al arbitraje y que permitan iniciar los siguientes.²¹

CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones anteriormente formuladas en relación con la mediación, su alcance y las tendencias actuales acerca de su utilización como medio de solución de controversias de carácter informal, económico y dinámico, tanto en el ámbito comercial nacional como internacional, podemos concluir que la mediación está calando profundamente y a pasos acelerados como la opción preferente para la solución de controversias entre pequeños y medianos comerciantes, así como para atender asuntos familiares. De hecho, la mediación se antoja por un instrumento flexible que permite atender una multiplicidad de situaciones que van desde la bancarrota, pasando por asuntos financieros y de inversiones, hasta alcanzar casos laborales y de disputas familiares. En tal sentido, es oportuno propiciar activamente su uso en los diferentes segmentos o sectores de la sociedad, inclusive entre individuos en edad formativa, lo cual a su vez incitaría una mayor disposición al diálogo y concertación en la sociedad. Semejante cambio actitudinal proporcionaría en nuestra sociedad y a las personas que la integran un mayor nivel de conciencia colectiva, que tanta falta hace para solventar los retos individuales y colectivos que se presentan en nuestro quehacer diario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje [A/CN.9/WG.II/WP.108 \(un.org\)](https://www.un.org/ru/ru/press/docs/2000/0001/000108.html)

Bush, R., Pope, S.: Changing the quality of conflict interaction: The principles and practice of transformative mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3(1), pp. 67 – 96, 2002.

²¹ Iglesias, Jaime: *Cláusula escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas*, Garrigues Abogados, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-estemetodo-alternativo-de-resolucion-de

-
- Caram, María Elena et al: *Mediación Diseño de una práctica*. Astrea, Buenos Aires. 2014.
- [Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación \(acerislaw.com\)](#)
- Friedman, G., Himmelstein, J.: *Challenging conflict: Mediation through understanding*. American Bar Association. 2008.
- Harvard Law School. Program on Negotiation. Mediation Secrets for Better Business Negotiations. [HLS_PON_FR12_MediationSecrets_2023b.pdf](#)
- Iglesias, Jaime: *Cláusula escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas*, Garrigues Abogados. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-estemetodo-alternativo-de-resolucion-de
- Kovach, Kimberlee K.: *El Manual de Resolución de Disputas* (Jossey-Bass, 2005).
- [Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización \(un.org\)](#)
- Lowry, L. R.: Evaluative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY.
- Mayer, B.: Facilitative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY.
- McDermott, E. P.: Discovering the importance of mediator approach-An interdisciplinary challenge. *Negotiation and Conflict Management Research*, 5 (4), 2012. P. 340-353.
- Winslade, J., Monk, G.: *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*, Jossey-Bass, 2001.