

La mediación en cláusulas escalonadas

Soledad Marco
Mediadora acreditada del Ministerio de Justicia

"What is a civilisation?...The dictionary will tell you that to civilize means to better, to refine, to replace savage habits to good one", Letters from a Father to his daughter, Jawaharlal Nehru (Durante su estancia en la cárcel, de Nehru a su hija, Indira Ghandi).

Parece que las herramientas alternativas de resolución de disputas (en adelante, por su acrónimo inglés, ADR) son un invento actual y que España no acaba de digerirlo; nada más lejos de nuestra realidad histórica y mucho menos en Aragón. Desde la alta Edad Media, encontramos ejemplos de compromisos de arbitraje que tenían por objeto la resolución de disputas entre judíos, cristianos y árabes. La multiculturalidad y la búsqueda de soluciones rápidas, con ayuda de terceros, no es novedosa y es fruto de la libertad civil que rige desde siempre el derecho aragonés.

Qué ha pasado para que las cláusulas ADR cayeran en el desuso. Es difícil de diagnosticar, pero la labor que ahora nos ocupa es volver a difundirlas para subrayar sus indiscutibles ventajas. Sin duda, una de las mejores formas de difusión de la mediación sería su inclusión como parte de las cláusulas escalonadas ADR dentro de los propios contratos. Sobre su uso y difusión escribimos estas notas.

1. Nota histórica: Las cláusulas de compromiso en la alta Edad Media

Las cláusulas de resolución de conflictos no son ajenas a nuestra tradición. Como ejemplo valga el precontrato que se genera el 20 de abril del año 1496 entre dos judíos conversos, Juan de Anchías de Génova y Francisco Fernández, en el que encargan la resolución de su disputa al notario Anchías (casualmente con el mismo apellido) y al mercader Jaime Carinyena. El notario y el mercader, ambos ciudadanos de Zaragoza, se otorgan para deliberar y resolver un lapso máximo de cuarenta días.

Esta modalidad de resolución de conflictos, denominada compromiso, permitía a los judeoconversos requirentes impedir y sustituir un proceso judicial. El compromiso era un contrato bilateral plasmado en instrumento público notarial, mediante el cual las partes se obligaban a dirimir sus diferencias ante una o varias personas honestas de su comunidad. Este compromiso sustituía el proceso ante un tribunal ordinario.

Incluso antes, en el Vidal Mayor se regulaba con detalle y gran avance para su tiempo "el *Arbitris*". Y es que, desde los albores del derecho aragonés, se intentó paliar o al menos encauzar las rivalidades entre sus ciudadanos. Naturalmente, existía el recurso a los jueces, pero por la misma razón por la que hoy defendemos la mediación y otros sistemas alternativos de resolución de disputas, las partes de la baja Edad Media desistían de acudir a los tribunales por el enorme encarecimiento y dilatación del proceso judicial para, en su lugar, encargarlos a otros terceros.

Protocolos notariales de las tres provincias aragonesas, así como de Navarra y Valencia contienen una gran cantidad de compromisos lo que demuestra la popularidad de estos sistemas ajenos a la jurisdicción. Ejemplos se dan en Aragón al menos desde fines del siglo XII. En 1194, tres canónigos de Huesca, nombrados por el obispo Ricardo y el maestro sanjuanista Fortuño, pronunciaron un laudo sobre el régimen de las posesiones de la Orden en el obispado de Huesca. Esto acredita, por tanto, que al menos desde 1194, se acude en España a terceros que colaboran en la resolución del conflicto. Y su uso, como hemos vistos en el ejemplo relativo a la disputa, entre judíos, perduró en el tiempo a lo largo de cinco siglos.

Por consiguiente, la recopilación de los datos históricos nos permite corroborar que la utilización de mecanismos para la resolución de conflictos fuera de los propios de la jurisdicción tuvo, en la Edad Media, al igual que en la actualidad, momentos de gran auge.

2. La mediación como herramienta de resolución de conflictos comerciales

Para difundir la mediación en el mundo de los negocios, podríamos considerar varias fórmulas. La inclusión de la mediación en las cláusulas escalonadas ADR es una de ellas y sobre esta posibilidad haremos algunos comentarios.

Otro modo de difusión sería a través de los medios de comunicación que tan rápido calan en la sociedad. Es cierto que, aunque poco a poco se empieza a oír más la mediación en los medios, normalmente la noticia se centra en el conflicto entre las partes y no en las características del proceso de la mediación. Ello crea confusión en el espectador que no sabe muy bien cuál es la labor del mediador. El ex ministro Pimentel llegó a protagonizar un anuncio para una conocida marca de muebles sueca en su papel de mediador. Todo cuenta en la labor de difusión de la mediación. En Estados Unidos, los artículos de prensa, en periódicos de tirada nacional y local, empiezan a poner ahora su foco en las ventajas del propio proceso de mediación. De esa manera, crean una herramienta muy útil de difusión. Esperemos que, poco a poco, en España, se hable y se escriba más acerca de la mediación.

Mientras tanto, lo que proponemos es apostar por la inclusión de las cláusulas ADR en los contratos. Hoy en día, ya no es suficiente con introducir en los contratos una cláusula de sometimiento a los juzgados o de sometimiento arbitraje. Las empresas son cada vez más conscientes de que, antes de llegar a ese punto del conflicto, es necesario introducir otras herramientas previas como la mediación. La mediación permite atajar el conflicto lo antes posible.

Según una encuesta realizada por PwC y la universidad Queen Mary en el año 2013 a más de 100 abogados in-house de empresa (International Arbitration Survey, Corporate choices in International Arbitration, Industry perspectives), 57% de los conflictos que se generan entre empresas se resuelven directamente por negociación o mediación. Del resto de conflictos que no quedan resueltos, sólo el 32% acaban en juicio o arbitraje. Esos datos se mantienen en el estudio de 2015.

Una encuesta reciente del Ministerio de Justicia británico indicaba que si el público estuviera mejor informado sobre las propiedades y ventajas de la mediación más gente las usaría. Esta encuesta elaborada durante el curso 2014/2015 indicaba que la mayoría de los demandantes habían intentado evitar llegar a juicio. El 70% había contactado con la otra parte para intentar resolver la disputa. Sólo el 23% habían intentado un proceso de mediación, y un 14%, al menos, lo consideró. En Reino Unido, la encuesta dejó claro la necesidad de hacer llegar a la sociedad mejor información sobre el proceso de mediación. Y por ello se ha creado en Reino Unido un grupo de trabajo parlamentario para cambiar el clima y la cultura de resolución de disputas, contando con un grupo de apoyo formado por expertos de mediación y arbitraje, como the Civil Mediation Council (CMC) o el Chartered Institute of Arbitrators(CI Arb), entre otros.

3. Cómo incorporar el acuerdo de mediación dentro de cláusulas escalonadas para que sea efectivo

Las cláusulas escalonadas son un útil instrumento, ya que su finalidad es prever mecanismos para evitar a empresas y particulares enormes costes asociados al proceso judicial, tanto económicos, como temporales y comerciales (relaciones malogradas y oportunidades comerciales pérdidas).

Las mismas razones que los ciudadanos de nuestra baja Edad Media consideraban relevantes para evitar los pleitos y acudir a otros mecanismos de resolución de disputas existen en la actualidad. Algunas de las razones a considerar son las siguientes: (i) el mantenimiento de las relaciones comerciales, (ii) la posibilidad de que las partes sean escuchadas, en condiciones de igualdad y más allá de los argumentos meramente legales; (iii) la reducción de los costes económicos; (iv) la solución rápida del conflicto; (v) la confidencialidad del proceso; (vi) la eliminación del "strepitu fori" y (vii) la vinculación de los litigantes con el acuerdo final. En general, las mediaciones actuales, al igual que los compromisos de antaño, permiten a las partes hacerse un proceso a medida, no encorsetado.

En *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd* (2014, 2 Lloyd's Rep. 457), el Alto Tribunal Inglés tuvo que decidir si las cláusulas escalonadas vinculan a las partes. Su resolución deja claro no sólo que sí vinculan, sino que además hay un interés público general favorecedor de las cláusulas ADR, más aún si se pactan expresamente en forma de cláusula escalonada, ya que su inclusión en el contrato entre las partes tiene el objetivo indiscutible de intentar evitar la resolución por un tercero en favor de su auto composición.

Las cláusulas escalonadas tienen efectos muy positivos, pero deben tener claro su contenido para ser eficaces. De otro modo, podrían ser inoperativas o inejecutables.

La cláusula debe especificar un periodo de tiempo después del cual la controversia podría ser sometida a arbitraje. El cómputo del periodo de tiempo deber ser fijado a partir de un hecho claro e inconfundible (por ejemplo, la notificación por escrito de la intención de iniciar la mediación o el nombramiento del mediador).

En *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* (2012 EWCA Civ 638, 1 Lloyd's Rep. 671), la Corte de Apelaciones de Londres tuvo que resolver si previamente al arbitraje, las partes estaban obligadas a resolver su disputa a través de mediación. La corte decidió que no era obligatorio en este caso, porque la cláusula escalonada no definía ni el proceso de mediación ni los servicios específicos de una institución de mediación.

Por tanto, es muy importante que la cláusula esté redactada de manera sencilla y clara, con condiciones y plazos bien determinados, expresando la voluntad inequívoca de las partes.

4. Las cláusulas modelo

Un buen punto de partida para la inclusión de estas cláusulas escalonadas es la utilización de las cláusulas modelo que proponen centros de arbitraje, tales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o London Court of International Arbitration (LCIA), International Center for Dispute Resolution (ICDR) o asociaciones internacionales, como por ejemplo International Bar Association (IBA).

1- Ejemplo de cláusula ADR mediación-arbitraje (cláusula 95), contenida en las Directrices de la IBA (International Bar Association) para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional, de 7 de octubre de 2010:

"Las partes se esforzarán por resolver amigablemente a través de la mediación de acuerdo con [el reglamento de mediación seleccionado] todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación. Cualquiera de tales controversias que no sea resuelta de conformidad con dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente bajo [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...]."

[Todas las comunicaciones durante la mediación serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas

aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]"

2-Otro ejemplo de cláusula escalonada mediación-arbitraje del CIRI (Centro Internacional para la Resolución de Disputas) en este caso se aplica el reglamento del Centro:

"En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de solucionar dicha controversia mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación internacional.

Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no hay sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el CIRI de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional".

3-Cláusula CCI (Reglamento de Mediación Cámara Comercio Internacional) cláusula D: obligación de someter la controversia al reglamento de Mediación de la cci, seguida de arbitraje, si se precisa.

"En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

Notas: Como la Cláusula C, esta cláusula crea la obligación de someter una controversia al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI.

A diferencia de la Cláusula C, esta cláusula prevé que el procedimiento de arbitraje no comience hasta el vencimiento del periodo acordado después de la presentación de la Solicitud de Mediación. El plazo sugerido en la cláusula modelo es de 45 días, pero las partes deberían elegir un período que ellas consideren apropiado para el contrato en cuestión.

La Cláusula D cambia la posición por defecto del Artículo 10(2) del Reglamento de Mediación de la CCI, que permite iniciar procesos judiciales, arbitrales o similares en paralelo con el procedimiento establecido con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI."

En las cláusulas modelo encontramos los elementos esenciales para que la cláusula sea eficaz. Además, con la ayuda de un experto, deberemos introducir las peculiaridades propias de cada contrato y transacción comercial.

5. Consideraciones finales: el valor añadido de la mediación

Como hicieron nuestros antepasados aragoneses, también hoy debemos aprovecharnos de la libertad civil para resolver disputas comerciales. Las partes en conflicto pueden encontrar en la mediación una gran oportunidad para resolver su disputa sin ceder las riendas antes un tercero.

En la mediación, son las partes quienes usando sus capacidades negociadoras llegarán a su propio acuerdo. El mediador las escuchará en un plano de igualdad y facilitará la búsqueda de soluciones. El acuerdo, sin embargo, será de ellas.

Las partes pueden llegar sin esperanzas a la mediación pero el mediador puede pronto informarles y convencerles de seguir adelante. Sólo el hecho de tener que intentarlo, acarrea

ventajas para ambas partes. Y, por ello, la incorporación de cláusulas escalonadas merece cuidada atención.

Según un informe del Parlamento Europeo, recurrir a vías extrajudiciales para resolver conflictos puede llegar a suponer un ahorro para el bolsillo del 77%. En el caso de España, el documento señala que entre las tasas judiciales, honorarios del abogado y procurador, el coste medio de ponerse en manos de la justicia en primera instancia se eleva a 8.500 euros. La mediación, sin embargo, reduce los costes hasta los 1.833 euros.

La mediación comporta muchas ventajas a un coste muy bajo y, por todo lo dicho, merece la pena intentarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- "Have the Risks of ADR Escalation Clauses Reduced?" By Robert Rhodes and Andrew Maguire. The international journal of arbitration, mediation and dispute management, Vol. 82, No. 1, February 2016. CI Arb.
- Letters from a father to his daughter, Jawaharlal Newru, Foreword by Priyanka Gandhi Vadra, Editorial Puffin Book, 2004
- "Mediation in the media: how local and national news sources portray mediation's challenges and opportunities", by Olivia Blanchard. Dispute resolution journal. Vol.70/No. 3, 2015. Editorial Juris.
- Cláusulas de Mediación, Reglamento CCI Arbitraje y Mediación.
- Directrices para la redacción de cláusulas escalonadas de resolución de controversias, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, 7 de octubre 2010.
- Cláusulas escalonadas, modelo del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, CIRDI, 22 de febrero de 2016.
- "Parliamentary voice for ADR, All-Party Group to promote alternative dispute resolution", The Resolver, febrero 2016.
- Los Tribunales Arbitrales en Aragón En El siglo XV, Manuel Gómez de Valenzuela * Académico correspondiente de la Real Española de Jurisprudencia y legislación.
- La expulsión de los judíos del Reino de Aragón, volumen II. Miguel Ángel Motis Dolader. DGA, Departamento de Cultura y Educación. D. L. 1990.
- Negociar La Paz en el mundo rural valenciano durante la Baja Edad Media, Vicent Royo Pérez, Universitat de València Grup Harca.

RECURSOS WEB:

- Reflexiones en torno a las cláusulas escalonadas, Brian Haderspock
- www.academia.edu/Reflexiones_en_torno_a_las_clausulas_escalonadas
- ¿Me compensa ir a juicio?, Elena Hita, diario El Mundo, Economía familiar. Medidas extrajudiciales para resolver conflictos.

- www.elmundo.es 26 de febrero 2016.