

La cláusula de mediación como método alternativo de resolución de conflictos en el comercio internacional

The mediation clause as an alternative method of conflict resolution in international commercial contracts

Alicia Guadalupe Cortez Raudes

acraudes@gmail.com

Maestría en Derecho de Empresa. Universidad Centroamericana, Nicaragua

<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i26.8943>

Fecha de recibido: mayo de 2019 / Fecha de aprobación: julio de 2019

Resumen

En el presente trabajo de investigación se analiza la institución de la mediación en el marco de las relaciones comerciales, con particular énfasis en la importancia y pertinencia de contener una cláusula de mediación en la estructura de los contratos mercantiles de índole internacional para la solución de controversias de manera alterna a la sede jurisdiccional o arbitral, así como las ventajas que estas ofrece. Se estudia la normativa nacional comparándola con la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial propuesta por la CNUDMI, y se realizó una pequeña comparación con la Ley de Mediación sobre asuntos civiles y mercantiles de España.

Palabras Clave

Mediación / cláusula de mediación / acuerdo de mediación / mediación internacional / MASC

Abstract

This research work analyzed the institution of mediation in the context of trade relations, with particular emphasis on the importance and relevance of contain a mediation clause in the structure of the international commercial contracts for the settlement of disputes of alternately to the court or arbitral tribunal, as well as the advantages they offer. National legislation was studied by comparing it with the Model Law on International Commercial Conciliation proposal by the CNUDMI, and a small comparison was made with the law of mediation on Civil and Mercantile matters of Spain.

Key words

Mediation / mediation clause / mediation agreement / international mediation / ADR.



Tabla de contenido

Introducción, 1. Antecedentes de la mediación en la contratación internacional. 2. La importancia de la mediación para las empresas extranjeras, 3. La internacionalización de la mediación en la Ley No. 540, 3.1 Modalidades de la mediación comercial internacional, 4. La inclusión de la cláusula de mediación en los contratos internacionales, 4.1 Elementos de la cláusula de mediación, 5. El acuerdo de mediación y su ejecutabilidad.

Introducción

Es una realidad que vivimos en un mundo más globalizado, más dinámico y con necesidad de soluciones a lo inmediato. El índice de crecimiento del comercio aumenta cada día y con ello las relaciones comerciales, muestra de ello es que la Organización Mundial del Comercio estimó en septiembre del 2017 un crecimiento del comercio a nivel mundial del 2,4%; asimismo, para el año 2018, preveía un crecimiento del comercio de entre 2,1% y 4%.

Con el aumento de las relaciones comerciales, también aumentan los conflictos, que no solo necesitan una respuesta ágil y adecuada al problema, sino que también las partes han optado por participar de forma directa en la solución de los conflictos, a través de métodos autocompositivos, por ello, incluir en las negociaciones de contratos mercantiles una cláusula de sometimiento de controversias a la mediación, es hoy en día lo más pertinente.

La temática objeto de estudio incide en el sector empresarial mostrando alternativas para la resolución de controversias que resultan más expeditas, con menos costes, más efectivas y sobre todo procuran mantener las relaciones comerciales entre las partes, dejando de un lado el concepto arraigado de que una parte debe resultar vencedora. En este mismo sentido, Domingo y Tixis (2016), señalan que la institución de la mediación se presenta, como un complemento a la justicia ordinaria que tiene un potencial que no debemos ignorar.

El presente artículo analiza la institución de la mediación contenida dentro de una cláusula en el marco de las relaciones comerciales. Para ello, el presente artículo se ha estructurado en 5 acápites, donde se aborda: los antecedentes de la mediación en la contratación internacional, la importancia de la mediación en el ámbito comercial internacional. Se hace también referencia a la necesidad de inclusión del pacto o cláusula de mediación en la contratación hasta analizar los elementos que contiene dicha cláusula.

Asimismo, la presente investigación sobre la cláusula de mediación en la contratación internacional, se realizará bajo el método de análisis – síntesis, y de Derecho comparado, ya que se realizará mediante la lectura de la normativa vigente, legislación comparada como lo es la legislación de España y la doctrina, por encontrarse con un desarrollo prolijamente elaborado. Asimismo la comparación con la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional dictada por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI.

I. Antecedentes de la mediación en la contratación internacional

La mediación como método de resolución de controversias es un proceso antiguo ligado a la propia historia del hombre, cuenta con mayor tradición en los países del *Commonlaw*, quienes se han caracterizado por una cultura más negocial que adversarial (Alonso Puig, 2014).

La doctrina más autorizada señala que las empresas americanas desde los años 60' comenzaron a utilizar diversas técnicas a fin de resolver sus problemas comerciales sin acudir a los tribunales, siendo una de estas técnicas la utilización de la institución de la mediación en el ámbito mercantil.

Pero, ya más específicamente o con mayor fuerza se admite que la mediación comercial realmente nace en los años 70', en los Estados Unidos de América, como una nueva institución dirigida a la resolución alterna de conflictos. Con el fin de brindar una respuesta ante el descontento de la aplicación exclusiva y excluyente de los mecanismos jurisdiccionales, se fue dando forma legal a esta técnica de resolución de controversias, donde no se habla ya, de perder –ganar, sino de ganar – ganar. Así pues, las empresas americanas utilizaban los “*Alternative Dispute Resolution*” o ADR, para la resolución de los conflictos (Rojas Roldan, 2014).

Magro Servet, Hernández Ramos y Cuellar Otón (2013), destacan que los buenos resultados obtenidos, sobre todo en el ámbito de las disoluciones conyugales, coadyuvaron a que esta institución creciera rápidamente, hecho mismo que favoreció incorporarla al sistema legal de algunos Estados.

Diversos motivos han favorecido al desarrollo y expansión de los métodos alternativos de resolución de controversias ADR, término anglosajón o MASC como se les conoce en la doctrina latinoamericana, tales como la mediación, la conciliación, la negociación, la transacción o el arbitraje. Estos procesos alternos tienen notas características en común que los diferencian del proceso judicial, pues, son más expeditos, flexibles, de un menor coste económico tanto para las partes como para los operadores de justicia, brindan una mejor gestión a los intereses de los dueños del conflicto, basados en una cultura de ganar – ganar (Rojas Roldan, 2014).

A pesar que en la última década se ha venido impulsando entre los mecanismos de solución alternativa de conflictos la mediación, Iborra Grau y Rodríguez Prieto afirman “que aun estando en auge sigue siendo minoritaria” (2014, p.1). Hasta hoy, el arbitraje, continúa siendo el método mayormente utilizado en la solución de conflictos comerciales internacionales, a pesar que factores como su alto coste no lo hace factible para todas empresas, en especial para las más pequeñas.

El uso bien posicionado del arbitraje se aventaja sobre la mediación, debido a que, como método heterocompositivo, prevé brindar una solución para finalizar el conflicto, siendo el laudo dictado equiparado con una sentencia, ejecutable, y sobre todo por la existencia de convenios que brindan mecanismos para su ejecutabilidad en el exterior, verbigracia, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales

Extranjeras (Nueva York, 1958) conocida como "Convención de Nueva York", tiene un ámbito de aplicación mundial y ha sido ratificada por 158 Estados parte, regula en materia de acuerdos y laudos arbitrales de todo tipo (CNUDMI, 2017), estando el Estado de Nicaragua por medio de decreto No. 26-2002, aprobado el 07 de Marzo del 2002, adherido a dicha Convención; también se cuenta con la Convención de Panamá de 1975, de aplicabilidad regional, 19 países americanos son Estados Contratantes, y a diferencia de la Convención de Nueva York, es una convención cuyo objetivo fundamental en palabras de Polanía (2010, p. 2) "es expedir un cuerpo jurídico que unifique y armonice las reglas del arbitraje internacional entre los países americanos, que incluye desde luego las reglas de reconocimiento y ejecución del pacto arbitral y de los laudos arbitrales", lo que permite brindar mayor confianza y seguridad jurídica.

A pesar de ello, resulta importante traer a colación que, en 1979, las compañías del US Fortune 500, junto con un grupo de despachos de abogados, fundaron en Nueva York el CPR *Institute for Dispute Resolution* (CPR), hoy rebautizado como CPR *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, cuya finalidad es la de alentar a los signatarios que de manera reflexiva puedan sentarse a la mesa y discutir enfoques alternativos para resolver sus disputas, en lugar de recurrir inmediatamente a los tribunales. A la fecha, más de 4.000 empresas y 1.500 bufetes de abogados han firmado estas políticas. Estas declaraciones de CPR son bilaterales y obligan a las partes firmantes a considerar los métodos de ADR, constituyendo el empleo de estas técnicas en una práctica del día a día (CPRADR, 2017).

En el caso de Europa, la mediación llegó después, creciendo rápidamente su implantación y regulación legal, producto, en parte de las experiencias logradas en Estados Unidos de América, por lo que ahora las esferas para su aplicación son numerosas.

En la última década del primer milenio, América Latina, como parte de un proyecto de armonización y modernización de normas legales que propiciara la inversión garantizado seguridad jurídica, es que los Estados se ven en la necesidad de adoptar mecanismos alternos de resolución de controversias, incorporando en sus legislaciones normativas en este sentido, algunas de ellas han sido incorporadas con base a la Ley Modelo sobre Conciliación dictada por la CNUDMI, o bien dando la posibilidad de remitirse al reglamento sobre conciliación comercial de la CNUDMI de 1980 (Álvarez & Highton, 2002).

La mediación es una de las diferentes formas alternas de resolución de conflictos, los autores Meza Gutiérrez y Orúe Cruz (2017), resaltan que comenzó a practicarse en nuestro foro jurídico hace más de veinte años. La mediación es un proceso flexible, cuyo fin es facilitar la resolución de conflictos sin recurrir a un proceso judicial o arbitral. En el proceso de mediación participa un tercero, neutral e independiente, cuya función será dirigir el proceso de negociación para facilitar un acuerdo en los términos que las partes decidan.

En este sentido, Rodríguez (2016), explica que la mediación comercial internacional tiene como principales fuentes el acuerdo de las partes - que pueden incorporar por referencia las disposiciones de un reglamento de mediación - y las normas nacionales que resulten aplicables. Las normas nacionales pueden a su vez otorgar o negar efecto a lo que haya establecido el acuerdo de las partes o el reglamento escogido.

Al ser la mediación un método autocompositivo, Quiroz Valdovinos (2011) señala que se funda sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes, rigiendo también, entre otros principios, el de informalidad y flexibilidad del procedimiento, de los cuales se puede decir, prácticamente, que las partes tienen la posibilidad de crear un procedimiento a “la medida” para la resolución de las controversias que surjan del contrato celebrado.

En cuanto a la positivización de la mediación, a nivel internacional y como instrumento de armonización legislativa, tal y como se dijo en líneas anteriores, la CNUDMI, dictó la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (2002). Según datos actualizados de este organismo, 33 Estados (45 jurisdicciones) han promulgado legislación basada o inspirada en el documento propuesto, la lista que se detalla *infra*, es sólo una indicación de los textos promulgados sobre esa base que se han dado a conocer a la secretaría de la CNUDMI. Para determinar la diferencia existente entre una Ley Modelo y un texto legislativo adoptado sin ajustarse totalmente a ella, habría que estudiar la legislación de cada Estado (CNUDMI, 2019).

Mapeo de Estados con legislaciones basadas en la ley modelo.

| Estado | | Notas |
|---------------------------|------|-------|
| Albania | 2011 | (d) |
| Bélgica | 2005 | |
| Benin | 2017 | (e) |
| Bhután | 2013 | |
| Burkina Faso | 2017 | (e) |
| Camerún | 2017 | (e) |
| Canadá | | |
| Nueva Escocia | 2005 | (b) |
| Ontario | 2010 | (b) |
| Chad | 2017 | (e) |
| Comoras | 2017 | (e) |
| Congo | 2017 | (e) |
| Côte d'Ivoire | 2017 | (e) |
| Croacia | 2003 | |
| Eslovenia | 2008 | |
| Estados Unidos de América | | |
| District of Columbia | 2006 | (a) |
| Hawaii | 2013 | (a) |
| Idaho | 2008 | (a) |

| | | |
|--|------|-----|
| Illinois | 2004 | (a) |
| Iowa | 2005 | (a) |
| Nebraska | 2003 | (a) |
| New Jersey | 2004 | (a) |
| Ohio | 2005 | (a) |
| South Dakota | 2007 | (a) |
| Utah | 2006 | (a) |
| Vermont | 2005 | (a) |
| Washington | 2005 | (a) |
| Francia | 2011 | (c) |
| Gabón | 2017 | (e) |
| Guinea | 2017 | (e) |
| Guinea-Bissau | 2017 | (e) |
| Guinea Ecuatorial | 2017 | (e) |
| Honduras | 2000 | |
| Hungría | 2002 | |
| La ex República Yugoslava de Macedonia | 2009 | |
| Luxemburgo | 2012 | |
| Malasia | 2012 | |
| Malí | 2017 | (e) |
| Montenegro | 2005 | (c) |
| Nicaragua | 2005 | |
| Níger | 2017 | (e) |
| República Centroafricana | 2017 | (e) |
| República Democrática del Congo | 2017 | (e) |
| Senegal | 2017 | (e) |
| Suiza | 2008 | (c) |
| Togo | 2017 | (e) |

Fuente: CNUDMI 2019

No obstante, es un hecho que los países han realizado un esfuerzo importante por incluir en sus legislaciones normativas que permitan la utilización de métodos de resolución de controversias en las diferentes áreas del derecho: familia, penal, civil, mercantil, entre otras.

Así, por ejemplo, en el caso patrio encontramos regulada la mediación en materia de Derecho civil, mercantil y penal, en lo que respecta a la mediación penal se regula mediante la Ley No. 406, Código Procesal Penal de La República de Nicaragua, publicada en la Gaceta Diario Oficial No.243 y 244 del 21 y 24 de diciembre del 2001, se materializa a través del principio de oportunidad, cabe ante casos por faltas, delitos imprudentes o culposos, delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación; y en los delitos sancionados con penas menos graves, puede darse de manera extraprocesal o durante el proceso hasta antes de la sentencia.

Por su parte, en lo que respecta en materia de Derecho civil y mercantil, las normas regulatorias son la Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 137 del 23 julio 1998, la Ley No. 540, Ley de Mediación y Arbitraje, publicada en la Gaceta, Diario Oficial No. 122 del 24 de junio del año 2005, en lo sucesivo LMA, y la Ley No. 902, Código Procesal Civil de la Republica de Nicaragua, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 191, del 09 de octubre de 2015, en lo sucesivo CPCN.

La mediación civil es de carácter intraprocesal conforme la normativa establecida en el artículo 94 de la Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, por su parte el CPCN, establece la mediación civil extraprocesal, como un requisito de procedibilidad, el cual debe realizarse ante la Dirección Alternativa de Resolución de conflictos (DIRAC) o ante un centro de mediación privado debidamente acreditado por dicha Dirección. No obstante, al tenor de la LMA, pueden mediar ante un centro de mediación privado asuntos sobre controversias de índole comerciales, vecinales, contractuales, familia y en general conflictos de aquellas materias en que los interesados tengan libre disposición conforme a derecho. Los acuerdos de mediación que puedan resultar tanto del mecanismo intraprocesal o extraprocesal serán de cumplimiento obligatorio, definitivo, concluyen con el conflicto y serán ejecutables de forma inmediata.

En los casos de las materias de Derecho familiar y Derecho laboral, se contempla la conciliación, la cual es de carácter obligatorio dentro del proceso judicial. En ambos casos se encuentra regulado en las leyes procesales de la materia respectivamente.

Se hace necesario señalar también, que Nicaragua como parte de su política de comercio exterior cuenta con diferentes instrumentos jurídicos internacionales entre tratados y acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, que dentro de su contenido incluyen ante un posible conflicto mecanismos de solución de controversias, algunos capítulos proponen directamente el uso de la mediación o conciliación, y en otros instrumentos se decantan como mecanismos de resolución de controversias únicamente por la negociación y el arbitraje.

Los Tratados, convenios que se detallan a continuación no son un *numerus clausus* en materia de comercio, pero si constituyen los de mayor relevancia en cuanto están suscritos con nuestros principales socios comerciales:

| Instrumento jurídico | Sujetos intervinientes | | |
|--|--|---|--------------------------|
| | Entre particulares | Entre Estado y miembro parte | Entre Estado y Estado |
| Tratado de Libre Comercio Nicaragua – México | Parte IX: Artículo 20-18 Medios alternativos para la solución de controversias | En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares. | Capítulo XVI Inversiones |
| Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Republica Dominicana CAFTA-DR | Artículo 16 - 19 Medios Alternativos | CAPÍTULO XVISOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS | Capítulo IX Inversiones |
| Tratado de Libre Comercio Nicaragua – Taiwán | Artículo 20.20 Procedimientos internos y solución de controversias | Capítulo XX solución de controversias comerciales | Capitulo X, Inversiones |
| Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Panamá | No contempla la mediación, si el arbitraje y la negociación | Capítulo XX solución de controversias comerciales | Capítulo X, Inversiones |
| Mecanismo de Solución de Controversias Comerciales entre Centroamérica (para el Subsistema Económico) | <p>Esta creado con fundamento en la enmienda al artículo 35 del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), que faculta al Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO) para establecer un sistema de solución de controversias comerciales para el Subsistema Económico. El COMIECO aprobó el Mecanismo vigente mediante la Resolución No. 170-2006 (COMIECO XLIX) del 28 de julio de 2006.</p> <p>El objetivo del Mecanismo consiste en preservar los derechos y obligaciones que se derivan de los instrumentos de la integración económica, a fin de aportar seguridad y previsibilidad al comercio intrarregional y fortalecer el esquema de integración económica centroamericana entre sus Estados miembros.</p> <p>El mecanismo implementa la consulta realizada por el estado parte, quien podrá recurrir a la mediación o cualquier otro método alterno de resolución de conflictos (artículo 14)</p> | | |

Fuente: MIFIC y propia.

2. La importancia de la mediación en la contratación internacional

Jares (2002), citado por Fuquen Alvarado (2003), señala el conflicto “como la esencia de un fenómeno de incompatibilidad entre personas o grupos y hace referencia tanto a los aspectos estructurales como a los personales, es decir, que el conflicto existe cuando se presenta cualquier tipo de actividad incompatible” (p. 4).

Por su parte Rodríguez Tamayo (2012), manifiesta que el conflicto se origina ante la existencia de distintas formas de comprender una situación o de interpretar una realidad, surge cuando una persona o institución rechaza la existencia de un derecho de otra. Esto genera entre las partes involucradas una activación emocional caracterizada por la hostilidad y la defensa de la posición, por la necesidad de ganar, de vencer, de reconocer que es poseedor de la única verdad, impidiendo que el conflicto pueda tratarse de manera racional. Con lo cual las partes llegan a un grado emocional en el que es difícil retroceder y abandonar su posición en pos de un acuerdo, es decir, las partes consideran que se cuestiona su propia identidad y su propia imagen.

En las últimas décadas se ha intensificado el proceso de las relaciones comerciales a nivel mundial, la Organización Mundial del Comercio, (OMC), para el 2017, presagia un crecimiento del comercio mundial del 2,4%, ello quiere decir, que cada vez son más las empresas contratando con otros operadores comerciales en los que en otras épocas les era imposible relacionarse.

Quiroz Valdovinos (2011), manifiesta que las relaciones comerciales internacionales “requieren el mismo trato que las relaciones familiares, ante un mundo interconectado tanto en el ámbito público (relaciones entre Estados) como en el ámbito privado, no es fácil dejar de hacer negocios con otros países y con grandes empresas transnacionales” (p.39).

En razón de ello, la búsqueda por parte de los Estados en la diversificación del comercio, que permita nuevas y mejores oportunidades y que estas se realicen en condiciones más justas y equitativas, ha propiciado que estos desarrollen acciones conjuntas a efectos de contar con normativas comerciales que regulen el mercado común, ante cualquier conflicto que pueda surgir producto de esas relaciones, han previsto incorporar en los diferentes instrumentos con un capítulo sobre mecanismos para la solución de controversias.

En el acápite anterior se hace referencia sobre los diferentes tratados internacionales que ha suscrito y ratificado Nicaragua en pos de las relaciones comerciales, en virtud de ello los tratados, acuerdos, entendimientos, contemplan el sometimiento a conciliación o arbitraje ante foros internacionales. En el marco de estas relaciones comerciales, dichos foros cuentan con organismos como la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), *World Intellectual Property Organization* (WIPO), Organización Mundial del Comercio (OMC), quienes actúan como facilitadores y administradores de mecanismos para resolver disputas entre Estados miembros o parte de un Estado miembro garantizando aspectos (reglamentos, normativas, listas de árbitros o mediadores calificados) confiables para su desarrollo.

El vertiginoso avance en las relaciones comerciales y las nuevas tecnologías, entre otros factores, han traído un sin número de aspectos positivos, entre los cuales se destacan el acortamiento de distancias, el incremento de las transacciones comerciales, la interacción entre nuevos o desconocidos actores en el comercio, la confluencia de diversos sistemas jurídicos en las operaciones del comercio internacional, nuevas formas de negociar, entre otros.

Sin embargo, una consecuencia que ha traído la creación y proliferación de las relaciones comerciales en un mundo cada vez más interconectado es la aparición de conflictos o desavenencias que plantean problemas específicos que deben ser eficazmente solventados, por lo que organizar sistemas que permitan obtener una solución práctica y rápida es hoy día una de las mayores preocupaciones de las sociedades desarrolladas (Sánchez Hernández & Jordá García, 2013).

En décadas pasadas ante la aparición de conflictos en las relaciones comerciales internacionales, las empresas contaban únicamente con dos formas de dirimir la

desavenencia: la negociación o recurrir a juicio, y aunque en la actualidad estas dos formas se continúan utilizando, han surgido otros procesos, como se ha mencionado en líneas anteriores, entre ellos se encuentran la mediación, como su modalidad más representativa, y - para algunos - también el arbitraje (Rodríguez, 2016).

La existencia de una pluralidad de métodos para resolver disputas mercantiles internacionales, por un lado, permite a las partes afectadas resolver su conflicto de una manera más eficiente, mientras que por otro fomenta el tráfico comercial al disminuir el riesgo inherente a los intercambios de bienes y servicios entre países (Rodríguez, 2016).

Existen dentro de la mediación comercial condiciones que hacen necesario su uso, una de ellas es que las relaciones comerciales implican relaciones a largo plazo que hacen necesario que las partes logren un acuerdo favorable que no las erosione. Otra situación es que cuando los conflictos se hacen públicos, como puede suceder en los asuntos llevados ante tribunales, esto se puede convertir en mala publicidad y revelación de información importante para los involucrados; inclusive al tratarse de relaciones comerciales internacionales convertirse en cuestiones públicas importantes de relaciones exteriores y comercio transnacional (Quiroz Valdovinos, 2011).

Rodríguez Tamayo (2012), señala que la guía para directivos/as de empresa, *"The Manager's Guide to Resolving Legal Disputes"* (1985), de los autores Henry y Lieberman, denominó a la mediación el *"gigante dormido"*. (p. 1). Desde entonces, la utilización de la mediación en la resolución de conflictos se ha incrementado substancialmente. Entre las características de la mediación comercial destaca su flexibilidad, al adaptarse a todo tipo de divergencias empresariales, sea cual sea su complejidad; así como también otras características como:

- La mediación posibilita que los tomadores de decisiones de la empresa controlen la resolución de los problemas.
- El proceso persigue la resolución del conflicto, dejando de lado las cuestiones personales que enfrentaron a las partes en el pasado.
- Con la ayuda de un mediador/a hábil, las empresas pueden centrarse en sus relaciones futuras; ello puede resultar trascendental, por ejemplo, cuando una de las partes en conflicto es suministrador de materiales esenciales para la fabricación del producto.
- Los mediadores/as pueden ayudar a las partes a determinar por adelantado cómo resolverán sus conflictos futuros, a fin de evitar que se llegue a un punto muerto en las relaciones.

A pesar de lo expuesto anteriormente, en nuestra práctica mercantil, el uso y ventajas de incluir una cláusula de mediación comercial internacional en las contrataciones comerciales es poco usada, el uso del arbitraje se encuentra todavía mejor posicionado, a pesar de que sus costes son más elevados y de que la voluntad de las partes queda limitada a la configuración procedimental y es un tercero quien impone una solución ante la diferencia, no obstante, la principal clave del éxito del arbitraje radica en la seguridad que brinda los efectos del laudo: el efecto de cosa juzgada y la condición de ser un título que lleva aparejada la ejecución, tanto a nivel nacional.

3. La internacionalización de la mediación en la Ley No. 540

Quiroz Valdovinos (2011), señala que la Ley Modelo, introducida brevemente *ut supra*, recomienda que se haga la distinción entre lo que implica una conciliación internacional para la cual también esta ley será aplicable. Dicha consideración dependerá en tres sentidos: a) de la ubicación de los establecimientos de las partes, b) el lugar en donde habrán de cumplirse las obligaciones principales, y c) cuando no haya establecimiento se tomará el lugar de residencia habitual de las partes o inclusive si las partes así lo convinieren, en estos casos siempre se tratará de una mediación internacional.

Hay dos puntos importantes a considerar en el artículo I de esta Ley, el primero es que la Ley podrá ser aplicable tanto si la conciliación es establecida por otra ley como requisito, instrucción de algún órgano encargado de la resolución de una controversia ya sea, jurisdiccional o arbitral, sin embargo, la ley dejará de surtir efectos cuando la conciliación se dé durante un proceso jurisdiccional o arbitral ya iniciado (p.44).

Es dable mencionar que las Leyes Modelo dictadas por la CNUDMI, no son derecho aplicable en todos los Estados, pero pueden ser adoptadas por estos mediante la promulgación de disposiciones de derecho interno. Ello con la ayuda de guías para la incorporación al ordenamiento jurídico doméstico creadas por la comisión para tales fines.

En este sentido, nuestro ordenamiento patrio acogió en un solo cuerpo normativo lo propuesto por la CNUDMI respecto las Leyes Modelo sobre Conciliación y Arbitraje, respectivamente, normando la mediación a través de la promulgación de la Ley No. 540 Ley de Mediación y Arbitraje, publicada en la Gaceta Diario oficial No. 122, del 24 de junio del 2005. La estructura de dicha ley establece en el título primero las disposiciones generales, en el título segundo regula la mediación, la cual desarrolla en tres capítulos, ya en el título tercero aborda lo concerniente al arbitraje, los títulos cuarto y quinto regulan sobre la organización y constitución de instituciones dedicadas a la administración de mecanismos de solución de controversias y disposiciones finales, respectivamente.

Aunque en la doctrina no hay una univocidad contundente cuando se refiere a términos como el de conciliación y mediación, y es que para unos es sinónimos y para otros no, la Ley Modelo es clara al señalar en el artículo I numeral 3, que el Estado que la incorpore es libre de escoger cuál término utilizará en su legislación:

A los efectos de la presente ley, se entenderá por `conciliación` todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas (Ley Modelo, 2002).

Así se decanta nuestro ordenamiento, utilizando el término de mediación, conceptualizado en su artículo 4:

todo procedimiento designado como tal, o algún otro término equivalente, en el cual las partes soliciten a un tercero o terceros, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia (Ley No. 540, 2005).

Para Costas Rodal (2012), la mediación se presenta como una forma de resolución de controversias, alternativa a la vía judicial, cuya base es la voluntad de las propias partes, a la que éstas pueden recurrir siempre que se trate de conflictos relativos a derechos subjetivos de carácter disponible.

En este sentido, en el artículo I LMA, se establece el derecho a la utilización de métodos alternos de solución de controversias:

Toda persona o jurídica incluyendo el Estado, en sus relaciones contractuales, tiene el derecho a recurrir a la mediación y al arbitraje, así como otros procesos alternos similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales y no patrimoniales, con las excepciones que establece la presente Ley (Ley No. 540, 2005).

La Ley Modelo no tiene por objeto invadir la esfera de aplicación de las normas de derecho internacional privado, sino que sea aplicable únicamente a la conciliación internacional, sin embargo, los Estados pueden determinar en sus ordenamientos su ámbito de aplicación.

Conforme a ello, nuestro ordenamiento patrio ha dispuesto que el ámbito de aplicación de la mediación es de carácter nacional e internacional, tal y como lo establece el artículo 2 LMA, ello sin menoscabo de cualquier instrumento de derecho internacional del cual la República Nicaragua sea parte (Ley No. 540, 2005).

En este mismo sentido, nuestra Constitución Política (2014), reconoce el carácter internacional de los medios de resolución de conflictos en las esferas del Derecho Internacional Público, estableciendo en el artículo 5 que:

...Reconoce el principio de resolución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional...

Costas Rodal, afirma, tal y como se mencionó en líneas anteriores, que el recurso a la mediación tiene como principal ventaja la desjudicialización de los asuntos de carácter disponible, ayudando a reducir la carga de trabajo de los tribunales, sin olvidar que, a través de la mediación, las partes pueden llegar a acuerdos que seguramente se adaptarán de una manera más adecuada a sus intereses con respecto a lo que correspondería tras una aplicación estricta de la ley por los tribunales de justicia (2012).

En razón de ello, lo más probable es que los acuerdos que resulten tras la mediación se cumplan voluntariamente por las partes y también que preserven una relación amistosa entre ellas. La vía judicial se concebiría pues como una última *ratio*, reservada para

aquellos casos en que las partes no hayan logrado obtener un acuerdo que ponga fin a la controversia (Costas Rodal, 2012).

El uso de la mediación ante conflictos comerciales internacionales se fundamenta principalmente en la necesidad de mantener las buenas relaciones comerciales, las partes mantienen vínculos a largo plazo que hacen necesario que estas logren un acuerdo favorable para que la relación no se deteriore. Otro factor importante a tomar en cuenta, es que las partes cuidan su imagen, evitando llevar los conflictos a las esferas públicas, como puede suceder en los asuntos llevados ante tribunales, esto se puede convertir en mala publicidad y revelación de información importante para los involucrados.

Ante esos posibles conflictos, incluir en los contratos una cláusula de mediación se hace lo más conveniente. La flexibilidad que brinda la LMA en su artículo 11, establece la forma en que se llevará a cabo el procedimiento de mediación, pudiendo decidir las partes bajo que reglas de observancia, las cuales pueden ser: 1) bajo el principio de autonomía de las partes, las que ellos determinen, 2) bajo el Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje, o 3) bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI).

3.1. Modalidades de la mediación comercial internacional

En la doctrina se señala que existen tres modalidades de mediación comercial internacional: mediación institucional, mediación *ad hoc* y mediaciones que son híbridos de las anteriores. Si bien en lo sustancial no hay grandes diferencias entre ellas, es oportuno hacer referencia de ellas.

La mediación institucional es aquella en que las partes deciden acudir a un centro de mediación para que les ayude a conducir y administrar su proceso de mediación conforme a las reglas emitidas por la propia institución. En este sentido, en líneas superiores ya se mencionaba que en los últimos años se ha dado un incremento de centros alrededor del mundo que ofrecen sus servicios para acoger y dar apoyo técnico y administrativo a procedimientos de mediación (Rodríguez, 2016).

En esta modalidad, existen varios centros en todo el mundo que administran procesos de mediación comercial internacional, algunos de ellos son:

| Centro | Objetivo |
|---|--|
| <i>International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)</i> | CIADI - Institución del Grupo del Banco Mundial, especialmente diseñada para propiciar la solución de disputas entre gobiernos y nacionales de otros Estados. Una de sus finalidades es dotar a la comunidad internacional con una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales. |
| <i>International Chamber of Commerce (ICC)</i> | Ofrece servicios de resolución de disputas en materia comercial, tanto a nivel local como internacional, las reglas de mediación (de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) son administradas por el Centro Internacional de ADC (que es un órgano administrativo separado dentro de la ICC). |

| | |
|--|---|
| <i>Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)</i> | En 1934 nace la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación en la región. Nicaragua es país miembro de sección nacional. |
| <i>International Centre of Dispute Resolution (ICDR)</i> | El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR). El conjunto de servicios de resolución de conflictos que ofrece el ICDR a las partes -incluida la mediación, la evaluación neutra temprana y el arbitraje-. Estas opciones brindan a las partes una amplia gama de estrategias a partir de las cuales elegir cuando evalúan los enfoques de manejo de disputas |

Por otro lado, la mediación *ad hoc* sucede cuando las partes de una controversia comercial acuerdan llevar a cabo el procedimiento sin el soporte administrativo de una institución ni referencia a un reglamento de mediación en concreto, en estos casos, las partes deben resolver entre sí y con el mediador todos los extremos del procedimiento y cualquier aspecto técnico o administrativo que surja.

La mediación comercial no institucional o *ad hoc* refiere a la mediación comercial privada conducida por un tercero imparcial como mediador al margen de estar acreditado en la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos, DIRAC. En este caso, generalmente el primer acuerdo de las partes consiste en determinar quién va a actuar como mediador.

Por último, la mediación mixta o híbrida, es aquella en la que por su carácter flexible y en coherencia con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que sucede entre un procedimiento institucional y uno *ad hoc*. Rodríguez (2016, p. 72), nos ilustra este caso con el siguiente ejemplo:

...las partes pueden solicitar la ayuda de un centro de mediación para que les asista únicamente en encontrar un mediador adecuado a su conflicto. O también, una parte puede decidirse a usar la ayuda de un centro de manera puntual y estratégica; verbigracia, cuando cree que la contraparte rechazará una oferta para mediar si se lo propone directamente, la parte interesada puede acudir a una institución para que se ponga en contacto con los representantes de la otra parte y les ofrezca organizar una mediación.

En este sentido la LMA, en el artículo II, dispone de una manera tácita, las tres modalidades de mediación con que las partes cuentan, dejando a opción de estas respecto de cual modalidad escoger para llevar a cabo su procedimiento de mediación. Sin embargo, no ha habido un estudio comprehensivo o un repositorio de estadísticos en materia de mediación no institucional que nos indique su aplicabilidad y eficacia en esta rama del derecho.

Respecto de lo regulado por la LMA, considero, que el legislador al tratar de utilizar una técnica generalizada, lo hiciera de una manera muy tímida, apartándolo de regular con más detalle aspectos sobre cuándo se considerará una mediación internacional, como se regula para en el caso del arbitraje. Dicha afirmación encuentra parte de su fundamento al leer la exposición de motivos y debate legislativo que se produjo al aprobar la LMA en el parlamento, en la cual al momento de ser discutida lo correspondiente a la mediación, se aprobó todo su articulado sin generar ningún tipo de debate, contrario a la aprobación del título del arbitraje. El legislador dio mayor relevancia a regular el arbitraje y no aprovechó la oportunidad de sacar mayor beneficio a la figura de la mediación.

Hualde (2013), citado por Pardo Lozano (2016), sostiene que la mediación se considera un instrumento eficaz complementario al de la Administración de Justicia para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Sin embargo, pese al auge experimentado en los últimos años a nivel internacional, no deja de existir un número considerable de operadores jurídicos y económicos que contempla con cierta desconfianza y duda este medio alternativo de resolución de conflicto.

El procedimiento de mediación se aparta sustancialmente del proceso en sede judicial, de tal manera que tomar como referentes obligados los principios más garantistas se aparta de su finalidad en cuanto este se aproxima a la lógica de la negociación (Pardo Lozano, 2016).

Se sostiene que el sistema español se basa en un modelo de mediación facilitativa, al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico vigente, en el que el mediador orienta a las partes y trata de acercar sus posturas e intereses para facilitar que lleguen a un acuerdo, en contraposición a la mediación evaluativa, en la que el mediador toma posición en el conflicto y formula una propuesta de resolución que se equilibra para las partes (Pardo Lozano, 2016).

En un proceso de mediación privado, generalmente el primer acuerdo de los mediados consiste en determinar quién va a actuar como mediador. La cuestión más importante al elegir un mediador es asegurarse de que el mediador tiene experiencia, y una formación adecuada.

La LMA, establece en el artículo 6, los deberes del mediador, más adelante, en el título cuarto destinado a regular sobre la organización y constitución de instituciones dedicadas a la administración de mecanismos de solución de controversias, contemplados en el artículo 67, los requisitos para estar acreditado como administrador de mecanismos de solución de controversias, dejando en el olvido regular los requisitos que la persona debe acreditar para constituirse como mediador.

Otros ordenamientos jurídicos que han regulado respecto de los requisitos para constituirse como mediador, suelen ser bastante básicos, razón importante para que, al momento de buscar un mediador, se deben asegurar que tenga tanto una formación amplia como una práctica igualmente extensa.

4. La inclusión de la cláusula de mediación en los contratos internacionales

En la práctica comercial, las partes de una disputa internacional acuden generalmente a la mediación con base en un acuerdo de mediación. La cláusula de mediación podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato (mercantil o del fondo del negocio) o constituir un acuerdo independiente, puede pactarse antes o después de que la controversia haya surgido. En razón de lo abordado en líneas anteriores, resulta aconsejable que, en los contratos, en particular los de comercio internacional, se incluya la cláusula de mediación, pudiendo establecer también las denominadas cláusulas escalonadas, también conocidas como *multi-step dispute resolution clauses*, que son

aquellas en la cuales se establece como paso previo al arbitraje o a sede judicial acudir primero a una negociación o mediación.

La incorporación de este tipo de cláusulas con ocasión de la suscripción del contrato por las partes implicaría que estas se someterían a una mediación y en caso de no llegar a un acuerdo o solucionarse la controversia, seguiría abierta la posibilidad de que las partes puedan recurrir al arbitraje o a los tribunales. Dicho a la inversa, ello constituiría una limitación temporal de la cláusula de mediación, que conlleva que mientras se cumpla el intento de mediación o mientras este proceso se esté desarrollando, el sometimiento al proceso jurisdiccional o arbitral no se puede iniciar (Pardo Lozano, 2016).

Mediante la cláusula de mediación, las partes expresan su voluntad de arreglar todas o algunas de las desavenencias que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica por medio de mediación. En razón de ello, Ginebra Molins y Tarabal Bosch manifiestan que:

De alguna forma, ello compromete el principio de voluntariedad en el inicio del procedimiento, toda vez que la cláusula versa —preliminar y genéricamente— sobre controversias eventuales aún no surgidas entre las partes. Es cierto que en ella las partes manifiestan una primera voluntad preliminar y genérica de intentar la mediación, pero tal manifestación de voluntad es distinta de la inicial del procedimiento de mediación ante un conflicto concreto (2013, p.16).

En este sentido, Ginebra Molins y Tarabal Bosch expresan que “el legislador español parte de que la cláusula de mediación se hará constar por escrito (artículo 6.2 LMACM).” (2013, p.16). En la experiencia patria este requisito no se encuentra regulado expresamente a diferencia del acuerdo de arbitraje, el cual deberá constar por escrito según lo dispuesto en el artículo 27 LMA. Además, el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente o autónomo, aspecto que tampoco diferencia nuestra legislación.

En relación con el contenido de la cláusula, resulta aconsejable que las partes puedan concretar otras cuestiones además del sometimiento a la mediación, pese a ello, para evitar configurar contractualmente el procedimiento a seguir, se puede incluir aspectos más generales tales como el centro o institución de mediación ante el que se seguirá el proceso, bajo que reglamento o bien la legislación aplicable, y dedicar atención a aquellos aspectos que no estén regulados, tales como considerar prever una cláusula punitiva por incumplimiento de la misma (verbigracia el pago de costas), limitar los asuntos mediables o incluir la reglamentación de aspectos procedimentales que no sean contradictorios a los principios de la institución (Pardo Lozano, 2016).

Cabe destacar que, en la redacción de la cláusula de sometimiento a mediación, no es necesario reproducir todos aquellos aspectos que sobre esta institución y su procedimiento se abarcan en la propia LMA, y en cualquier caso se podrá incluir la posibilidad de la aplicación subsidiaria de lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

La condición voluntaria de la cláusula de mediación y la limitación temporal de ésta, podría dar lugar a maniobras dilatorias. A mi juicio puede resultar contraproducente, ya que a diferencia del caso de la ley de mediación sobre asuntos civiles y mercantiles de

España, la cual expresamente señala que la solicitud de inicio de la mediación suspende los plazos de caducidad y prescripción desde la fecha en que conste la solicitud o recepción de la solicitud siempre que existiere un pacto previo o una cláusula de mediación (artículo 4), nuestra ley de mediación no se pronuncia sobre este aspecto, con lo cual será también recomendable dejarlo estipulado en el cláusula de mediación, para prevenir si se encuentra o no regulado en las diferentes legislaciones donde se vaya a desarrollar la figura de la mediación.

En cuanto a la eficacia del pacto, podemos entender que la buena fe en el cumplimiento de la cláusula exige por lo menos aceptar la invitación en un plazo no mayor de 15 días a partir de la fecha en que fue enviada esta o bien en el plazo que haya sido pactado (artículo 8 LMA). Si no se responde injustificadamente existirá incumplimiento de la cláusula, lo que supondrá que se habrá desistido de la mediación (Pardo Lozano, 2016).

Cuando se habla de mediación comercial internacional pese a que uno de los pilares de la mediación es que fomenta al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes y con ello continuar la relación comercial, y pese a que los contratantes se sientan cómodos con el régimen jurídico aplicable al procedimiento, deberán valorar el reconocimiento que la legislación y los tribunales del país de la contraparte concede a los acuerdos de mediación extranjeros para el caso de incumplimiento necesitar allí su ejecución (Pardo Lozano, 2016).

Por otra parte, resulta importante señalar que, en los siguientes escenarios, una vez llegado el conflicto, diferentes problemas pueden surgir: 1) Ante la negativa de una de las partes de cumplir con la cláusula de mediación, ¿Cómo obligarla a someterse a este proceso cuando la cláusula se ha incluido en el contrato? y, 2) cuando las partes no han especificado en la cláusula si el arbitraje o el proceso judicial puede o no iniciarse antes de que se dé por concluida la mediación, lo cual no deja claro en qué momento las partes están legitimadas para ejercer la acción, aspecto que puede agravar la crisis y aumentar los costes de una forma muy significativa (Conde Carreño, Lara Nájjar & Bustillo Guzmán, 2013).

En principio, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo que ponga fin de forma total o parcial al conflicto. En el primer caso, la falta de unicidad normativa en los ordenamientos jurídicos a nivel internacional que reconozcan la eficacia de la cláusula de mediación, nos lleva a intentar solventar este cuestionamiento mediante la interpretación de la teoría general de los contratos, a la determinación de su objeto. Aunque es meritorio señalar, que cada vez más ordenamientos jurídicos reconocen la eficacia de la cláusula de mediación, así, por ejemplo en el caso de Nicaragua, la LMA reconoce en el artículo 18, la no utilización de procedimientos arbitrales o judiciales mientras no se hayan cumplido un determinado plazo o no se produzca cierto hecho, en este mismo sentido la LEC de España en su artículo 39 y el artículo 10.2.III de la LMACM, establecen la posibilidad de denunciar mediante declinatoria su incumplimiento.

En el segundo debate, la ausencia de concreción y completud con que esté redactada la cláusula es la que ocasiona el problema, pues las partes quedan obligadas a no ejercer la acción arbitral o judicial mientras no se haya cumplido con el tiempo establecido, crece

el problema cuando no se estipula ningún tiempo, ante este cuestionamiento Irra de la Cruz e Ibarra Chávez (2015, p.39) manifiestan:

Aun cuando la respuesta pareciera obvia, en la práctica no es tan evidente dada la diversidad en la redacción de este tipo de cláusulas y los diferentes contextos en que las disputas se presentan. Claramente, existe una tensión natural entre el principio *pacta sunt servanda*, en el que reside la fuerza vinculatoria del pacto de las partes de recurrir a una mediación previa al juicio o arbitraje, por un lado y, por otro lado, el derecho de una parte de someter su acción a un tribunal, el que estará obligado a no incurrir en un supuesto de negación de justicia. Así, el acuerdo de recurrir a un ADR será permisible en la medida en que no cree un obstáculo insuperable a las partes para ejercitar su acción ante un tribunal, judicial o arbitral

4.1. Elementos de la cláusula de mediación

En la práctica comercial ante el surgimiento de un conflicto, se puede acceder a la mediación mediante diferentes vías, este sometimiento al proceso puede originarse de una cláusula en un contrato mercantil, en un acuerdo de las partes tan pronto devino el problema o como un requisito de procedibilidad exigido en alguna normativa o bien que faculte al funcionario judicial para tal fin antes de continuar con el proceso.

En este sentido, un buen acuerdo de mediación ha de incluir determinados aspectos que sirvan para facilitar el inicio o curso del proceso. Alguno de los elementos que debe contener la cláusula son:

- Si la mediación ha de tener lugar bajo los auspicios de algún centro de mediación.
- Determinar qué reglas de procedimiento serán aplicables a la mediación.
- Señalar que institución les dará asistencia en particular, los aspectos relativos a la selección y nombramiento del mediador, la confidencialidad y el modo en que se repartirán y abonarán los gastos de la mediación.
- Cualquier limitación temporal que las partes quieran considerar. Las partes pueden incluir un plazo exacto durante el que las partes deben llevar a cabo la mediación antes de iniciar un litigio o arbitraje. Este plazo ha de ser razonable, evitando dilatar demasiado el conflicto pero teniendo en cuenta también que la ubicación geográfica de las partes y la complejidad de una eventual disputa podrían exigir un lapso de varios meses. De hecho, los plazos habituales en la práctica van desde los treinta hasta los noventa días. Asimismo, este período debe empezar a contar desde un momento exacto, como por ejemplo, la fecha en que una parte notifica a la otra fehacientemente su deseo de mediar. (Rodríguez, 2016, p.78).

Por otra parte, Sánchez Hernández y Jordá García (2013), manifiestan que, sin menoscabo de las variaciones que se puedan producir en virtud tanto de las preferencias de las partes en base a lo expuesto, como de las concretas circunstancias del contrato en que se incluya, la cláusula de acogimiento a la mediación podría desarrollarse a partir de propuestas de cláusulas *tipo*, veremos algunos ejemplos:

Ejemplo de cláusula de mediación:

CLAUSULA XX: Toda controversia derivada de este contrato o convenio o que guarde relación con él -incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución- se someterá para su resolución al proceso de mediación, administrado por el centro XXX de Resolución Alternativa de Conflictos. Así mismo, la designación de mediadores se regirá por lo pactado entre las partes 20 días antes de dar inicio al proceso, una vez vencido el término y no haya acuerdo entre las partes para su designación, se realizará por las normas de dicho centro.

Ejemplo de cláusulas escalonadas propuestas por centros internacionales:

A. Propuesta para la redacción de cláusulas de Arbitraje Internacional publicado por la *International Bar Association* en 2010, cláusula tipo escalonada:

Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación ("Controversia"), serán resueltas de conformidad con los procedimientos especificados a continuación, los cuales serán los únicos y exclusivos procedimientos para la resolución de tal Controversia.

(A) Negociación. Las partes deberán esforzarse por resolver cualquier Controversia amigablemente mediante negociación entre las partes con autoridad para resolver la Controversia.

(B) Mediación. Cualquier Controversia no resuelta mediante negociación de conformidad con el párrafo (A) dentro de los [30] días siguientes a que cualquiera de las partes haya solicitado por escrito la negociación establecida en el párrafo (A), o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, será resuelta amigablemente a través de mediación bajo el [reglamento de mediación seleccionado].

(C) Arbitraje. Cualquier Controversia que no haya sido resuelta por la mediación prevista en el párrafo (B) dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente de acuerdo con [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 negociación y mediación conforme a los párrafos (A) y (B) 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.] (Pardo, 2016, pp. 10-11).

B. Por su parte el *International Centre for Dispute Resolution*, CIRD por sus siglas en español, en la guía para la redacción de cláusulas internacionales de solución de disputas propone una cláusula modelo de mediación independiente:

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 antes de recurrir a arbitraje, litigio judicial u otro medio de solución de disputas.

Las partes deben considerar añadir:

- “El número de mediadores será (uno o tres)”;
- “La sede de la mediación será [ciudad, (provincia o estado), país]”;
- “El/los idioma(s) de la mediación será(n) _____. (p.6).

C. Por su parte, el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua “Antonio Leiva Pérez”, es Sección Nicaragüense de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC/IACAC), con sede en Nueva York, es una entidad que reúne los Centros de Arbitraje, Mediación y Conciliación de América Latina, Estados Unidos, España y Portugal, que a su vez es el capítulo para Latinoamérica de la *American Arbitration Association (AAA)*, propone un modelo de cláusula de mediación-arbitraje:

Las partes acuerdan someter cualquier controversia que resulte de este contrato o que guarde relación con el mismo, relativo a su interpretación, incumpliendo, resolución o nulidad, a una transacción amistosa a través de la Mediación, conforme al Reglamento de Mediación del Centro de Mediación y Arbitraje “Antonio Leiva Pérez” de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua.

En caso de que la Mediación no prospere o sobre los puntos en que no hubo acuerdo, la controversia se resolverá mediante Arbitraje con arreglo al Reglamento de Arbitraje del mismo Centro, al que se encomienda la administración del mismo.

Es importante destacar que las propuestas anteriores, nacen de una concordancia con los principios rectores de la institución de la mediación, pese a que la redacción es libre, es importante que la voluntad de las partes este reflejada de manera clara.

Cabe señalar que la cláusula de mediación en *stricto sensu* puede incumplirse ya sea de forma activa o pasiva.

Se habla de incumplimiento de forma activa cuando una de las partes acude directamente a los tribunales eludiendo la cláusula de sometimiento a la mediación. Ante ello, algunos ordenamientos jurídicos, verbigracia España, han incorporado entre las causales de declinatoria el reconocimiento de la institución de la mediación para que se pueda oponer la falta de competencia jurisdiccional, así lo establece la Ley 1/2000, Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en el artículo 39 de que el demandado podrá denunciar la falta de jurisdicción mediante declinatoria ante una cláusula de mediación o arbitraje.

En el caso de Nicaragua, nuestro ordenamiento jurídico procesal contempla la acción declinatoria ante una cláusula o convenio de arbitraje, establecida en el artículo 45 numeral 2 del Código Procesal Civil de Nicaragua (CPCN) y no operando bajo la existencia o cláusula de mediación, para este último, lo que si contempla nuestro código patrio es como requisito de procedibilidad la constancia de no acuerdo en el trámite de mediación (art. 421.I CPCN).

En este aspecto, Ginebra Molins y Trabal Bosch (2013), señalan que ante “el ejercicio de la declinatoria a lo sumo retrasa la jurisdicción, sin, en ningún caso, excluirla” (p.23).

En el segundo caso, se incumple de forma pasiva cuando una de las partes de forma injustificada no asiste a la audiencia de la mediación (término adoptado por nuestra legislación), supuesto que la ley da por concluida la mediación. La LMA establece en el artículo 10 que:

... Las partes conjunta o separadamente por una sola vez podrán, hasta dos días antes de la audiencia de mediación, solicitar la suspensión de la misma. ... podrán justificar su inasistencia por una sola vez. Posterior a ello, si no comparece a la audiencia alguna de las partes...de tal circunstancia se dejará constancia... acto con el que se dará por concluida la actuación del mediado y de la mediación misma.

En palabras de Ginebra Molins y Trabal Bosch (2013), lo dicho en líneas superiores parecería conducir, en último término, “a la inutilidad de la cláusula (crítica recurrente, como se ha visto, en otros sistemas). Sin embargo, no hay que desprestigiar la función de la declinatoria como medida para incentivar la resolución autocompositiva a través de mediación.” (p.23).

Continúan expresando los autores citados, que, aunque el principio de voluntariedad permita desistir fácilmente de la mediación (*ad nutum*), el mero hecho de tener que intentarla puede contribuir a persuadir a las partes de la bondad de resolver sus desavenencias por medio de esta institución; creemos que en ello está llamada a cumplir un papel fundamental asistir a la audiencia prevista tras la solicitud de mediación (artículo 10 LMA).

Por otro lado, el principio de voluntariedad parece admitir ciertas variaciones, debidas, por una parte, a la exigencia legal, en algunos casos, del uso de la mediación como condición de procedibilidad ante los tribunales (mediación obligatoria) tal y como lo señala el artículo 407 del CPCN, y, por otra, a la admisibilidad de las mencionadas cláusulas de mediación (Ginebra Molins & Tarabal Bosch, 2013).

Es importante destacar que las partes pueden acordar mediar sus controversias en cualquier momento, aún en el caso en que no existiera en el contrato una cláusula que establezca la mediación como medio de solución de controversias. De hecho, según estadísticas del CIRDA, es común que partes en conflicto encuentren que la mediación es particularmente efectiva cuando es previa a una audiencia arbitral (CIRDA, 2017).

En cuanto a la eficacia del pacto, podemos entender que la buena fe en el cumplimiento de la cláusula exige por lo menos acudir a la audiencia prevista para el día en que las partes deseen dar inicio del proceso de mediación artículo 8 LMA. Si no se asiste injustificadamente existirá incumplimiento de la cláusula, lo que supondrá que se habrá desistido de la mediación (Pardo Lozano, 2016). Cabe por tanto sostener que no se puede imponer a las partes que se sometan a un procedimiento de mediación.

5. El acuerdo de mediación y su ejecutabilidad

El logro de un arreglo pactado que satisfaga los intereses de las partes y evite la iniciación de un pleito o un arbitraje o bien ponga fin al ya entablado se perfila, por tanto, como el resultado deseable de la mediación. Ese arreglo, la Ley LMA lo reconoce con la expresión **acuerdo de mediación**.

El acuerdo de mediación es el contrato por el que las partes solucionan, de manera total o parcial, la controversia sometida a mediación, evitando así un litigio o poniendo fin al ya iniciado. La LMA señala en el artículo 19 que dicho acuerdo de voluntades debe quedar plasmado en un acta, en la cual deben concurrir ciertos requisitos básicos tales como: lugar, hora y fecha, generales de las partes, relación del conflicto, relación detallada de los acuerdos adoptados, constancia de que las partes fueron informadas de sus derechos y obligaciones y firma de los comparecientes. Por su parte, López de Argumedo y Fernández de la Mela señalan que “como consecuencia de su naturaleza transaccional, el acuerdo de mediación queda sujeto al Derecho de los contratos – y, en particular, al régimen jurídico del contrato de transacción” (2015, p. 1).

Ya se mencionaba anteriormente que en el acuerdo de mediación concurren requisitos de forma. Por lo que respecta a esta, el acuerdo de mediación debe constar por escrito para que pueda considerarse válidamente celebrado.

Una vez cumplidos los requisitos aplicables, del acuerdo de mediación surtirán los efectos que le son propios, alcanzar: (1) ser fuente de obligaciones, impone a las partes el deber de cumplir lo pactado y, en específico, limita de plantear la controversia en sede litigiosa; (2) resolver de manera efectiva las cuestiones sometidas a mediación, con miras que el acuerdo de mediación resulte oponible, mediante la correspondiente excepción, frente a la parte que pretenda revivir cuestiones transigidas en virtud de aquél; y (3) gozar de eficacia ejecutiva, siempre que las partes así lo configuren (López de Argumedo & Fernández de la Mela, 2015).

Aunque uno de los pilares de la mediación es que fomenta al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes y con ello continuar su actividad comercial, y pese a que los contratantes se sientan confortables con el régimen jurídico aplicable al procedimiento, deberán valorar el reconocimiento que la legislación y los tribunales del país de la contraparte concede a los acuerdos de mediación extranjeros para el caso de necesitar allí su ejecución (Sánchez Hernández & Jordá García, 2013, p.29).

En el caso de la comunidad europea, la Directiva 2008/52/CE norma que armoniza el marco jurídico de la mediación en los 28 Estados Miembros de esta, por un lado apunta a la mediación como una solución extrajudicial de bajo coste y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos que se ajustan a las necesidades de las partes, y por otro lado, señala la mayor probabilidad de que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente. Sin embargo, una de las mayores problemáticas en la mediación radica en su cumplimiento, en la no previsión de un mecanismo de *enforcement* del acuerdo de mediación a nivel internacional (Osterberg s.f). Por su parte Osterberg (s.f), considera que:

Ante esta falta de ejecutividad del acuerdo de mediación es el principal obstáculo para la globalización de la mediación. ¿Cómo podemos esperar que las partes involucradas en una controversia civil o mercantil internacional acudan a la mediación, si existe el riesgo de que el acuerdo de mediación resultante no pueda ser ejecutado?, ¿no sería mucho más fácil que las mismas partes acudieran al arbitraje, donde la Convención de Nueva York, con sus 149 estados miembros garantiza el enforcement de los laudos? (p.2).

La guía para la incorporación del derecho interno de la ley modelo, establece que la ejecutoriedad del acuerdo de transacción queda supeditada al derecho interno de cada país, en vista que cada ordenamiento jurídico contempla sus propias particularidades, dicho instrumento brinda una serie de casuísticas de cómo se ha tratado el tema de agilizar la ejecución de los acuerdos tomados en el derecho interno de algunos países, ello con miras a facilitar la consideración de posibles opciones por parte de los legisladores.

En nuestro caso, la LMA en el artículo 20 establece que: “El acuerdo al que lleguen las partes en un proceso de mediación será definitivo, concluye con el conflicto y será ejecutable en forma inmediata” (Ley 540/2005). Para ello habrá que recurrir a lo dispuesto en la norma procesal vigente. Para Orozco Gadea (2017) “el acuerdo de mediación es un instrumento que presta mérito ejecutivo” (p.326), los cuales deben ejecutarse según las disposiciones de ejecución de los títulos no judiciales contenidas en el CPCN.

Por su parte la legislación española manifiesta que el acuerdo de mediación alcanzado para que surta efectos de ejecutabilidad deberá ser elevado a instrumento público ante notario.

Ya se mencionaba al inicio que el verdadero problema surge ante la ejecución trasfronteriza del acuerdo. La CNUDMI, en sus rondas de trabajo actualmente, trabaja en una propuesta de Convención para la ejecutabilidad del acuerdo de mediación que tenga los mismos efectos de la Convención de Nueva York.

Conclusiones

La figura de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra regulada escuetamente y redactada con una técnica legislativa un poco confusa. La DIRAC, como ente adscrito a la CSJ, facultado para la organización y constitución de instituciones dedicadas a la administración de centros de mediación y arbitraje no desempeña un papel preponderante en la difusión de esta figura en el ámbito comercial, relegando esta práctica a los centros privados.

Para incidir en el cambio de paradigmas en la materia, considero necesario que a partir de la academia, así como foros privados y desde el Poder Judicial, se estudie, dé a conocer y fomente el uso de los métodos alternos de resolución de conflictos, sobre todo los de carácter autocompositivo, como lo es la mediación.

La figura de la mediación presenta numerosas bondades, dentro las cuales se destacan el ahorro de tiempo, de costes, la no ruptura de las relaciones contractuales en términos de salvar la continuidad de la relación contractual o comercial y la confidencialidad de no ventilar en esferas públicas los problemas de las empresas involucradas.

Es una realidad que en nuestra práctica comercial el uso y fomento de la cláusula de mediación por parte de los asesores jurídicos es muy poco utilizada, por una parte debido al desconocimiento de los beneficios y ventajas que se traducen al aplicar la cláusula de mediación, y por otra parte los métodos heterocompositivos han ido ganando espacio por sobre los métodos autocompositivos, ya que atribuyen en manos de un tercero la resolución del conflicto, ya sea mediante la judicialización o bien por medio de un tribunal arbitral.

La incorporación y aplicación de la cláusula de mediación en un contrato comercial otorga una serie de ventajas en pro del mantenimiento de las relaciones comerciales existentes, con el objeto de mantenerlas activas y en su máximo rendimiento, más allá que la resolución misma del conflicto. Brinda la posibilidad de la continuidad en las relaciones comerciales entre las partes.

En lo que respecta al contenido de la cláusula de mediación, debe ser toral establecer el lugar en donde se pretenda ejecutar dicha cláusula, aunque pareciera que no es tan significativo; empero, en muchos casos, esta ha sido la causa de otro problema. Por lo que es necesario prever esta u otra situación con antelación en la redacción de la cláusula.

Para finalizar, una conclusión sobrevenida de la investigación es que ante la selección del mediador idóneo para la conducción del proceso de mediación, debe considerarse como una profesión emergente, el oficio que se realiza, pues, de momento, se realiza tras la aprobación de un curso de formación básico, el cual no discrimina la profesión ostentada por el aspirante a mediador. Regular la función del mediador y determinar la responsabilidad que este tiene en el proceso, así como la acaecida por el centro de mediación, brindaría una solución.

Lista de referencias

- Alonso Puig, J.M. (2014). Introducción. La mediación como un medio de eliminación extrajudicial de controversias. En M. A. Agúndez & J. Martínez-Simancas Sánchez (coords), *Cuaderno para ingenieros*. (pp. 1-20). España: La Ley : Iberdrola.
- Álvarez, G. & Highton, H. (2002). *La mediación en el panorama latinoamericano*. Recuperado de <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/289>
- Asamblea Nacional, (2005). Debate parlamentario correspondiente a iniciativa Ley 540 del 26 de abril del 2005. Recuperado de <http://www.asamblea.gob.ni/trabajo-legislativo/diario-de-debates/>
- Castanedo Abay, A. (2009). *Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy*. Recuperado de https://app.vlex.com/#VVV/vid/651612973/graphical_version
- Conde Carreño, S., Lara Nájara, D. & Bustillo Guzmán, J. (2013). *La mediación en el ámbito del conflicto empresarial*. Recuperado de <https://catedracervello.ie.edu/wp-content/uploads/sites/124/2013/11/AJ8-206.pdf>

- Costas Rodal, L. (2012). *La Nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Recuperado de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=lce208fe0141711e2b82e01000000000&srguid=i0ad6adc6000015dc9eb5c88a204939d&src=withinResuts&spos=32&epos=32&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>
- Domingo B, Tixis B. (2016). *La mediación un cambio de paradigma*. *Revista Aranzadi*. Recuperado de <http://dlcarballo.com/wp-content/uploads/2016/09/AJA-922.pdf>
- Irra dela Cruz, R. & Ibarra Chávez, L. (2015). *Clausulas escalonadas. ¿Qué tan obligatorio es el pacto de mediación previa?* Medios alternativos de solución de controversias. No. 75. Recuperado de <http://www.iccmex.mx/vip/pauta>
- Fuquen Alvarado, M. (2003). *Los conflictos y las formas alternativas de resolución*. Recuperado de www.redalyc.org/articulo.oa?id=39600114
- Ginebra Molins, M. & Tarabal Bosch, J. (2013). *La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación*. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/270125>
- Iborra Grau, C & Rodríguez Prieto, F. (2014). *La mediación avanza en el Comercio Internacional*. Recuperado de http://www.lawyerpress.com/news/2014_06/1106_14_004.html
- International Centre for Dispute Resolutions (CIRD). (2017). *Guía para la redacción de cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*. Recuperado de <https://www.icdr.org/icdr/faces>
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000Referencia: BOE-A-2000-323
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Jefatura del Estado «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012Referencia: BOE-A-2012-9112
- Ley No. 540. Ley de Mediación y Arbitraje. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 122 del 24 de junio del 2005
- López de Argumedo, A. & Fernández de la Mela, J. (2015). *El acuerdo de Mediación*. Recuperado de www.uria.com/documentos/publicaciones/4481/documento/20150116_um.pdf?id
- Magro Servet, V., Hernández Ramos, C., Cuéllar Otón, J. (2013). *La mediación: continuidad y ruptura con respecto a otras figuras concomitantes En Mediación Penal "Una visión práctica desde dentro hacia fuera"*. (pp. 9-31). Recuperado de http://app.vlex.com/#WWW/search/*//la+mediaci%C3%B3n%3A+continuidad/WWW/vid/414682674
- Meza Gutiérrez, M. A. & Orúe Cruz, J. R. (2017). *La mediación y el arbitraje en Nicaragua*. Facultad de Ciencias Jurídicas. UCA
- Orozco Gadea, G. (2017). *Contratos privados*. 2^{da} edición. Facultad de Ciencias Jurídicas Managua
- Osterberg, J. (s.f). *El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: análisis, estudio comparado y recomendaciones*. Recuperado de <https://catedracervello.ie.edu/wp.../TRABAJO-PREMIADO-SEPTIMA-EDICION.pdf>

- Pardo Lozano, J. M. (2016). *La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil*. Recuperado de [www.revistaidj.com/index.php/RIDJ/article/download/1116/1116/](http://www.revistaidj.com/index.php/RIDJ/article/download/1116/1116)
- Polanía, A. M. (2010). *El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro! Desarrollo jurídico de la solución de controversias en el continente americano*. Recuperado de: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/111PERSOK.pdf>
- Quiroz Valdovinos, Y. (2011). *La mediación. Un método alterno de solución de controversias comerciales internacionales*. Recuperado de https://app.vlex.com/#WWW/vid/425369790/graphical_version
- Rodríguez Tamayo, M. (2012). *Mediación Mercantil: Construyendo puentes de diálogo en las relaciones comerciales*. Recuperado de <http://www.diariojuridico.com/mediacion-mercantil-construyendo-puentes-de-dialogo-en-las-relaciones-comerciales/>
- Rodríguez, L. (2016). *La mediación comercial internacional*. Recuperado de <http://app.vlex.com/#WWW/vid/650746901>
- Rojas Roldán, M. E. (2014). *Mediación mercantil mediación mercantil empresarial*. Recuperado de <http://repositorio.biblioteca.unia.es/browse?value=Rojas+Rold%C3%A1n%2C+Mar%C3%ADa+de+la+Encarnaci%C3%B3n&type=author>
- Sánchez Hernández, R. & Jordá García, R. (2013). *La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales*. *Anales del Derecho* No. 31. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>
- The International Institute for Conflict Prevention and Resolution. (2017). *Historia*. Recuperado de <https://www.cpradr.org/about/history>
- UNCITRAL. (2002). *Ley Modelo sobre mediación comercial internacional con la Guía para su incorporación al Derecho interno y utilización 2002*. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html
- UNCITRAL. (2017). *Situación actual Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*. Recuperado de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
- UNCITRAL. (2019). *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)*. Recuperado de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html