

COMPARACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN*

(VII JORNADA DE ARBITRAJE 2020)

DR. JAMES-OTIS RODNER**

SUMARIO

1. ¿Por qué surge la Mediación? 2. Normas sobre la Mediación Comercial en Venezuela.
3. Mediación, Transacción y Conciliación. 4. Diferencias Entre la Mediación y el Arbitraje.
5. El Acuerdo de Transacción; su ejecución. 6. Bibliografía.

* Este artículo corresponde a la transcripción de mi presentación verbal en la Conferencia sobre el Arbitraje organizada por la Academia de Ciencia Políticas y Sociales de Venezuela y la Asociación Venezolana de Arbitraje de fecha 25 de noviembre de 2020. La sintaxis de la transcripción de la conferencia ha sido modificada y se han agregado algunas referencias y definiciones adicionales. Sin embargo, el contenido de la materia aquí tratado responde al que presenté en mi conferencia de noviembre 2020. Abreviaturas usadas: UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), C.C. Ven, Código Civil Venezolano 1982, CPC Ven Código de Procedimiento Civil Venezolano, LAV Ley de Arbitraje Venezuela, 1998. CNY/58 Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York 1958; Conv. Singapur CS/2019, Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, Singapur mayo 2019; ACPS Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela; UNCITRAL 2002 Ley Modelo sobre la Conciliación Comercial Internacional; UNCITRAL 2018 Ley Modelo sobre los acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación; CACC Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas; CEDCA Centro de Arbitraje de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio.

** Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Juris Doctor (JD) de la Universidad de Harvard (1970), Máster en Administración (MBA) de la misma universidad (1972), especialista con maestría en Ciencias Económicas en la UCAB (1990), Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje (1992-2012), Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Profesor del IESA en finanzas internacionales y derecho financiero y de obligaciones, teoría de intereses y política monetaria en la UCAB.

1. ¿POR QUÉ SURGE LA MEDIACIÓN?

Recientemente un colega me preguntó por qué, después de haber promovido el arbitraje como medio de solución de conflictos comerciales e inclusive por qué después de participar activamente en la redacción de la Ley de Arbitraje de Venezuela (1998)¹, ahora estoy promoviendo la mediación. Recuerdo el gran entusiasmo que se produjo cuando se promulgó la Ley de Arbitraje (1998). A partir de este momento se formaron varios centros de arbitraje, las Universidades nacionales comenzaron a incluir dentro de sus cursos la materia sobre el arbitraje y se dictaron numerosos seminarios sobre el Arbitraje. El mismo entusiasmo se vio internacionalmente. Cuando estudié postgrado en Estados Unidos mi universidad no ofrecía ningún curso sobre arbitraje; hoy en día ofrece múltiples cursos, talleres y seminarios. En Venezuela sucedió lo mismo. El arbitraje en 1999 estaba de moda mundialmente. Pero, ya han pasado más de veintidós años desde la promulgación de la Ley Venezolana y más tiempo desde la promulgación de las leyes en otros países. En este tiempo se han identificado problemas en el proceso arbitral y ha nacido la necesidad de promover, en paralelo con el arbitraje, otros modelos de resolución voluntaria de conflictos comerciales; el modelo alternativo al arbitraje más usado es la mediación.

Este empuje hacia la mediación viene desde afuera, no desde adentro. El arbitraje, en muchos casos, se ha convertido en un proceso costoso y demorado. A veces toma mucho más tiempo de lo previsto. Las partes en una relación comercial buscan mantener la relación y evitar

¹ En 1998 la Dra. Hayde Castillo, en el momento Presidenta del Senado Venezolano, me invitó a formar parte del comité para la redacción de la Ley de Arbitraje Venezolana que resultó en la promulgación de la Ley de Arbitraje de marzo 1998 (LAV), G.O. 3640 de 7 de Abril de 1998.

que se produzcan conflictos. Si surge una controversia en la relación comercial, las partes quieren que esa controversia se resuelva en forma rápida y eficiente y, por supuesto, con un costo relativamente bajo. Por ello se presenta el interés en estudiar la mediación vinculante. El uso de un mediador es en muchos casos, no en todos, una alternativa al arbitraje, una respuesta a algunas de las fallas que ha tenido el procedimiento arbitral, las demoras en el mismo y los costos.

La mediación es el procedimiento por el cual las partes tratan de llegar a un arreglo amistoso en una controversia de naturaleza comercial con la asistencia de un tercero. Nótese que nos referimos a la mediación en relaciones comerciales nacionales e internacionales o a arbitrajes en relaciones comerciales nacionales e internacionales. No me estoy refiriendo a la mediación en materia de derecho público como sería la mediación en los contratos administrativos. Tampoco me refiero a las mediaciones en materia como el derecho de familia (divorcios, separaciones) ni a la mediación especial en materia laboral. En esta conferencia nos referimos sólo a la mediación exclusivamente comercial y fundamentalmente a la internacional.

Se entiende por mediación el proceso por el cual las partes en una relación jurídica patrimonial existente, le solicitan a un tercero su asistencia para llegar a un acuerdo amistoso en una controversia (denominado Acuerdo de Transacción) (Ley Modelo UNCITRAL 2018, Art. 1.3)². La mediación, al igual que el arbitraje, requiere, en primer lugar, una relación existente; la mediación no es un medio para dar nacimiento a una nueva relación jurídica. La mediación es un medio para reparar una relación jurídica existente. Por ejemplo, si una persona sirve de intermediario para que dos partes se pongan de acuerdo respecto a la fabricación de una máquina o para el establecimiento de una franquicia nueva, eso no es una mediación en el sentido que estamos hablando. El mediador en este ejemplo busca dar lugar al nacimiento a una nueva relación jurídica³. La mediación que estamos viendo es un medio

² Definición tomada con modificaciones de la Ley Modelo UNCITRAL 2018 (UNCITRAL 2018) Art. 1, N° 3. Una definición parecida es la que contiene la propia Convención de Singapur 2019 CS /2019 Art. 2, No 3.

³ No se debe confundir la mediación como un Medio Alternativo de Solución de Conflictos (MASC) con la mediación mercantil también conocida como el corretaje. En la mediación

alternativo de solución a un conflicto que ha nacido de una relación ya existente.

En segundo lugar, la mediación busca la solución de una controversia. El sentido de lo que es una controversia no es rígido; no se trata necesariamente de un litigio ni de la posibilidad de un litigio, es simplemente una controversia entre las partes vinculadas a su relación comercial existente. La mediación puede tener como fin prevenir un litigio o un arbitraje. Pero no es necesario que esté orientada a un potencial litigio. Basta con que exista una controversia. Por supuesto, si entre las partes no hay controversia, lo que hace el tercero es promover una nueva relación jurídica pero no actúa como mediador en el sentido que estamos usando este término.

Finalmente, en la mediación el proceso no es como el proceso en un arbitraje. La mediación no tiene etapas procesales como tiene el arbitraje. Por el contrario, se va desarrollando a medida que surgen las necesidades y las partes van promoviendo alternativas. O sea, la mediación no tiene la rigidez de un proceso arbitral sino que es mucho más flexible.

2. NORMAS SOBRE LA MEDIACIÓN COMERCIAL EN VENEZUELA

En el año 2000, la mediación comercial en Venezuela recibió un impulso en el CACC, donde ya se habían completado varias mediaciones comerciales. Según la Memoria de la CACC de 2000, se constituyó una Comisión para la redacción de un anteproyecto de Ley de Mediación Comercial. Dicho anteproyecto se consultó con grupos focales integrados por varios sectores interesados (académicos, poder judicial,

mercantil, como la define el Código Civil italiano (Art. 1754), el mediador es el que pone en relación dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas. Definiciones similares se encuentran en los Códigos de Comercio de Hispano América. Así, el Código de Comercio venezolano establece que los corredores son agentes de comercio que dispensan su mediación a los comerciantes para facilitarles la conclusión de un contrato (C. Com. Venezuela Art. 66). En un sentido ineditico el Código de Comercio de Panamá se refiere a los agentes mediadores del comercio (C. Com. Panamá. Art. 100) El agente mediador en Panamá tiene como fin concluir un negocio (C. Com. Panamá Art. 102).

colegios de abogados, miembros de la lista de mediadores del CACC) y presentado a la Junta Directiva el día 23 de noviembre. Posteriormente fue entregado a las distintas fracciones parlamentarias de la Asamblea Nacional para su entrada en la agenda legislativa del año 2001⁴. Lamentablemente, este Anteproyecto nunca fue aprobado. El resultado es que en Venezuela no hay ninguna norma de derecho positivo que regule la mediación comercial tanto nacional como internacional⁵, lo cual significa que la mediación comercial nacional e internacional no está tipificada en Venezuela a pesar de que fue considerada muy seriamente ya desde el año 2000.

La mediación comercial, sin embargo, está reconocida en la práctica. En primer lugar, algunos Centros de Arbitraje como el CACC y el CEDCA contienen en sus reglamentos normas relativas a los procedimientos de mediación (ver comentario más adelante sobre el acuerdo de transacción en el Reglamento del CEDCA). Adicionalmente, los procedimientos de mediación comercial se desarrollan usando los modelos de mediación en la práctica y la doctrina Europea así como en las leyes modelo de UNCITRAL (2002 y 2018) sobre conciliación y mediación.

La mediación internacional, como una alternativa al arbitraje, adquiere importancia en Europa a partir de la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo 2008 (Directiva 2008/52 UE). La Directiva 2008/52 tiene como objetivo *“facilitar el acceso a las modalidades alternativas para la solución de conflicto y fomentar...el uso de la mediación”* (Directiva 2008/52 UE, Preámbulo). Su objetivo son las mediaciones transfronterizas (Directiva 2008/52, UE Art. 2) donde una de las partes está domiciliada en un Estado miembro de la Unión Europea distinto al Estado miembro de cualquiera de las otras partes. La esencia transfronteriza o, mejor dicho, carácter internacional de la mediación, es la posibilidad de solicitar la ejecución forzosa de un Acuerdo de Transacción

⁴ Memoria y Cuenta de la CACC 2000. También comentarios de Diana Droulers, en su momento Directora Ejecutiva de la CACC. El Anteproyecto tenía el auspicio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

⁵ La Constitución Venezolana de 1999 establece en su artículo 258, primer aparte, que la Ley promoverá “la mediación”. Esta es una norma programática. Posiblemente, el hecho que la Constitución contiene esta norma explica por qué Venezuela, a pesar de no tener una ley sobre la mediación, sí firmó la recién aprobada Convención de Singapur de 2019.

que es el resultado de un proceso de mediación en un país extranjero. Entonces estaríamos frente a una mediación transnacional o internacional si dos partes de nacionalidad diferente llegan a un acuerdo de mediación y después una de ellas quiere solicitar la ejecución forzosa del acuerdo en un tercer país; supuesto éste que se presenta con frecuencia en la práctica en el comercio internacional.⁶

Como resultado de la Directiva de la Unión Europea (2008/52 UE) se adoptaron en Europa leyes especiales que reconocen la mediación transfronteriza, o sea, que reconocen la posibilidad de ejecución forzosa de Acuerdos de Transacción logrados en otros países de la Unión Europea. Estas leyes incluyen, en el caso de España, la Ley 5/2 2012 de Mediación, y en Portugal la Ley 29/213. La Directiva 2008/52 de la Unión Europea no es una ley modelo sino una directiva aplicable solamente a los países de la Unión Europea. Los países que no forman parte de la Unión Europea no están afectados por esta Directiva.⁷

Igualmente, UNCITRAL tiene dos leyes modelo sobre mediación, La necesidad de dar un alcance internacional a la mediación como forma alternativa a resolución de conflicto llevó en 2002 a UNCITRAL a la adopción de una Ley Modelo UNCITRAL 2002 (UNCITRAL, 2002) conocida como Ley Modelo sobre la Conciliación Internacional. La Ley Modelo 2001 fue reformada en 2018 con la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL 2018 sobre los Acuerdos de Transacciones Internacionales Resultantes de la Mediación. El problema con la Ley Modelo es que ésta únicamente es operativa si un país la incorpora dentro de su derecho positivo interno y además, cuando se hace la incorporación, el país que la adopta le puede hacer reformas o variaciones; se trata solo de una ley modelo. Para esta fecha solo 48 países han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL 2002.

⁶ Tomado de nuestro trabajo James Otis Rodner, *El Acuerdo de Mediación Internacional y la Convención de Singapur* (no publicado).

⁷ Para un estudio sobre las leyes que regulan la mediación en Europa se puede consultar Luciano Lupini B, "Los Recientes Desarrollos de la Mediación y de otros Mecanismos de Resolución Alternativa de Controversias en Europa," *RVLJ* Vo. 13, 2000, pp. 609 y ss. El profesor Lupini estudia en su artículo las normas especiales sobre mediación en España, Francia e Italia.

Debido a ello, las Naciones Unidas adoptó en agosto del 2019 la Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, mejor conocida como Convención de Singapur/2019. La Convención de Singapur tiene un alcance universal y fundamentalmente lo que establece es, sujeto a ciertas condiciones dentro del texto de la Convención, que en el caso de mediaciones resultado de disputa internacional de naturaleza comercial, un país que hubiere adoptado la Convención de Singapur se obliga a ordenar la ejecución de los Acuerdos de Transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la propia Convención (Convención de Singapur/2019, Art. 3, Número 1).

Con la adopción de la Convención de Singapur, una vez que entre en vigencia en todos los Estados que la hayan ratificado, se daría ejecución forzosa a los acuerdos de mediación independientemente de que el acuerdo de mediación hubiere sido adoptado en otro Estado que hubiere también adoptado la Convención de Singapur. Los países que inicialmente adoptaron la Convención de Singapur incluyen 48 países diferentes donde evidentemente el más importante es los Estados Unidos de América, sitio donde muchas partes podrían acudir para los efectos de ejecución forzosa, especialmente en relación con prestaciones pecuniarias que pudieran haber nacido de un Acuerdo de Transacción. En América Latina, la Convención fue aprobada por Chile, Haití, Honduras, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Queda por saber si será ratificada por estos países.

Ninguno de los países europeos adoptó la Convención de Singapur. La explicación es que ya Europa tiene la Directiva del Parlamento Europeo y las leyes domésticas que se habían adoptado para los efectos de implementar la referida Directiva (Directiva 2008/52 UE).

La Convención de Singapur del 2019 con el tiempo, podría convertirse, si es adoptada por suficientes países, como la versión para la mediación equivalente a la Convención de Nueva York de 1958 para arbitraje. La Convención de Nueva York le da fuerza ejecutiva a los laudos arbitrales en los países que hayan adoptado la misma. Actualmente, casi la totalidad de los países del mundo han adoptado la Convención de Nueva York. Con la Convención de Nueva York 1958 el arbitraje comercial internacional adquirió la importancia que tiene hoy en día.

Eventualmente podría suceder lo mismo con La Convención de Singapur 2019 para la mediación, pero tomará tiempo.⁸

3. MEDIACIÓN, TRANSACCIÓN Y CONCILIACIÓN

En el derecho positivo venezolano existen dos figuras afines a la mediación comercial que a veces se confunden con ésta. La primera es la conciliación procesal prevista en los artículos 257 al 262 del Código de Procedimiento Civil (CPC). La conciliación procesal puede ser promovida por el juez en cualquier estado y grado de la causa antes de la sentencia (CPC Art. 257) y si las partes llegan a un acuerdo, tiene el efecto de una sentencia definitivamente firme (CPC Ven Art. 262). El acuerdo de transacción logrado en un proceso de mediación, por el contrario, no tiene los efectos de una sentencia. Sin embargo, las mediaciones comerciales internacionales, a partir de 2019 con la adopción de la Convención de Singapur gozan del derecho a la ejecución directa. Efecto parecido, pero no igual, a la sentencia definitivamente⁹ firme. Mediación y conciliación son términos que a veces se solapan porque se han usado como sinónimos, pero no lo son. La conciliación procesal en Venezuela se refiere específicamente al acuerdo promovido por el juez durante un proceso judicial, fuera del proceso judicial no podemos hablar de conciliación. Más aún, en la conciliación procesal no existe un mediador, el que desempeña la función de mediador es el propio juez. Pero el juez como mediador tiene funciones más restringidas que las del mediador comercial. El juez no busca una solución, lo que hace es invitar a las partes a buscar una solución. Bajo la recién aprobada Convención de Singapur 2019 relativa a la mediación internacional,

⁸ Arbitraje y mediación son dos cosas diferentes. Lo cual es evidente. Yo pienso que existe cierta resistencia en dar a los acuerdos de transacción, resultados de la mediación, fuerza ejecutiva de manera universal. Esto se puede deber en parte al hecho que los procedimientos de mediación aún no se siguen en forma uniforme, inclusive la confusión que existe entre mediación, transacción y conciliación.

⁹ La Convención de Singapur 2019 crea un mecanismo que permite la ejecución directa de un Acuerdo de Transacción transfronterizo (internacional) sin necesidad de acudir a otros procedimientos. La ejecución directa significa que el acuerdo de transacción resultado de una mediación se puede ejecutar sin necesidad de cumplir ninguna formalidad en el país donde se celebra el acuerdo.

no califica como un acuerdo de transacción producto de una mediación un acuerdo entre las partes celebrado durante un proceso por ante un tribunal (CS 2019 Art. 1,3 a). De lo cual, al menos en el ámbito comercial internacional, una conciliación procesal en Venezuela no es una mediación.

La segunda figura que tiene un parecido con la mediación es la transacción del Código Civil (C.C. Ven Art. 1713 al 1723). Según el Dr. José Mélich Orsini en la doctrina venezolana, la transacción en el Código Civil venezolano tiene una influencia del artículo 588 del proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos.¹⁰ La transacción está consagrada en el artículo 1713 del Código Civil venezolano, y es el proceso mediante la concesión de recíprocas concesiones, las partes terminan un litigio o precaven un litigio eventual (C.C. Ven, Art. 1713)¹¹.

La transacción fuera de juicio se parece mucho a la mediación. Más aún, la transacción puede tener lugar en un juicio, en cuyo caso se parece mucho a la conciliación. A pesar de lo parecido con la mediación, la transacción del Código Civil venezolano, al igual que en varios códigos europeos, requiere que ésta esté dirigida a terminar un litigio; la mediación es amplia ya que va dirigida a evitar una controversia; a veces hay controversias entre comerciantes que no llegan al litigio pero ciertamente afectan la eficacia económica de la relación comercial.

En segundo lugar, la transacción requiere concesiones recíprocas, es lo que llama Santoro Passarelli la “*causa de la transacción*”.¹² Para que se pueda hablar de una transacción en el sentido del Código Civil, las partes tienen que hacerse concesiones recíprocas. Sin embargo, es posible que exista una mediación donde no haya concesiones recíprocas. Por ejemplo, en un contrato de franquicia existe una duda sobre

¹⁰ José Mélich Orsini, “La Transacción”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Serie Estudios* No. 65, 2006 p. 1 sección 1. Mélich Orsini, igualmente cita a Luis Bastidas, *Comentarios y Reparos al Proyecto de Código Civil*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1942.

¹¹ La redacción del artículo 1713 del Código Civil venezolano es igual a la del artículo 1965 del actual Código Civil italiano y el artículo 1248 del Código Civil portugués.

¹² Francesco Santoro Passarelli, *La Transazione*, 2da. Edición Nápoles, 1963, citado por José Mélich Orsini, *idem*, p. 72, sección 30. En la moderna doctrina italiana se habla de las recíprocas concesiones que deben hacer las partes en la transacción, ver Giovanni Sciancalepone, *Della Transazione*, Milano 2018, p. 19, sección 3.3.

el alcance geográfico del derecho del franquiciado ¿llega la franquicia hasta Petare o hasta Altamira? Las partes en el contrato de franquicia, en el ejemplo, le piden a un tercero que los asista y llegan a un acuerdo de transacción sobre la geografía de la franquicia. El franquiciado no le ha dado al franquiciador nada, no le aumentó el porcentaje que le paga por la franquicia, no aumentó los volúmenes mínimos, simplemente que se definió la geografía mediante una mediación. No se requiere, en la mediación vista en esta forma moderna comercial internacional, que exista esa contraprestación o concesiones recíprocas.

En tercer lugar, la mediación por definición requiere que haya un mediador. La mediación definida en la Convención de Singapur es el procedimiento para llegar a un arreglo amistoso de una controversia con la asistencia de uno o más terceros (mediadores) (CS 2019 Art. 2.3). Por el contrario, la transacción del Código Civil (Art. 1713) no requiere la asistencia de un tercero. Entonces ¿es la presencia de un tercero como mediador lo que distingue la mediación comercial de la transacción? Si dos partes celebran una transacción comercial, pero sin la presencia de un mediador, no parece que hay duda que esto no es una mediación y por lo tanto no podrá pedirse su ejecución forzosa bajo la Convención de Singapur. Otro supuesto es el caso de una transacción donde se usa a un tercero para facilitar la negociación ¿es una mediación o una transacción?¹³

4. DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

Existe un gran interés hoy en día, inclusive en Venezuela, en la mediación; la mediación se ve como un medio alternativo de solución de controversias, o sea, como una alternativa al arbitraje. Muchas personas

¹³ Estas diferencias entre transacción y mediación parece que se resuelven en la voluntad de las partes en el momento que celebren el convenio de transacción. El convenio resultado de una mediación y el resultado de una transacción extrajudicial tienen el mismo nombre (convenio de transacción). Las partes deberán tener el cuidado de señalar qué es lo que están celebrando. Queda sin discutir en esta nota, ya que no fue parte de la presentación que dio lugar a esta nota, el valor jurídico en Venezuela de una mediación no causada o sin concesiones recíprocas como las que requiere el Código Civil (Art. 1713).

que han sido activas en el arbitraje ahora encuentran una puerta nueva que se está abriendo. Lo que normalmente sucede en estos casos es que vamos todos corriendo hacia la puerta nueva. Sin embargo, antes de correr hacia la puerta nueva es importante entender las diferencias que fundamentalmente existen entre la mediación y el arbitraje incluyendo las diferencias en las cualidades que debe tener un mediador en comparación con las cualidades de formación profesional que se requiere para ser un árbitro.

(1) En primer lugar, el arbitraje es un procedimiento rígido el cual está dirigido a la obtención de un resultado determinado y ese resultado va muy definido por la demanda y la contestación de la demanda y la reconvencción. El árbitro ve la demanda, la contestación y la reconvencción y empieza a formarse un criterio acerca de cuál de las dos es válida o cuál es el criterio importante y de fondo que él va a adoptar o no va a adoptar. Es interesante una observación del filósofo hispano-mexicano Luis Recasens Siches de hace más de 60 años, según la cual la mayoría de los jueces, antes de la sustanciación del proceso, ya tienen una idea de cuál es el resultado que quieren ver en el caso particular. Esto es lo que denomina Recasens “*la anticipación mental del fallo*”¹⁴. En cierto grado, esto igualmente sucede en el arbitraje. Especialmente, cuando en el arbitraje los árbitros son colegiados, o sea, tres o más, después del acto de después de la demanda y la contestación de la demanda y antes del periodo de prueba los árbitros casi siempre se reúnen y discuten los méritos de la demanda y de la contestación y la reconvencción y en ese momento, aun cuando no toman una decisión porque por supuesto tiene que llevarse a cabo el proceso, sí tienen una visión de los objetivos que ellos están buscando. Los objetivos se pueden ir modificando, pero tienen una visión de ese objetivo. En el arbitraje el que decide el arbitraje es el árbitro, y es el árbitro el que dirige el proceso. El proceso lo dirige el árbitro para buscar si está de acuerdo con que el contrato era válido, con que se había extendido o no se había extendido, o sea, para tratar de satisfacer su visión del objetivo que tiene.

¹⁴ Luis Recasens Siches, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1959, p. 316. Ver igualmente Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, FCE, México, 1956 p.211. Afirma Recasens que la “función judicial tiene dimensiones creadoras”, *idem*, p. 210.

En la mediación no hay una anticipación de ningún resultado; el mediador e inclusive las partes cuando empiezan la mediación, no tienen una idea definida hacia dónde van a ir. Es durante el proceso de mediación que se van definiendo distintas posibilidades y opciones que se le van presentando a las partes, y estas diferentes posibilidades y opciones se van trabajando, pero no tiene la rigidez que tiene un proceso arbitral; no es que el mediador va a llevar el proceso a un objetivo. Más aún, el mediador no es el que decide la mediación, la mediación la deciden las partes. El mediador lo que sirve es de intermediario para que las partes vayan viendo las distintas opciones, vayan desarrollando las distintas alternativas y traten de llegar a un resultado satisfactorio que necesariamente tiene que ser de ambas partes.

(2) Una segunda diferencia que es fundamentalmente jurídica, pero esencial, es que en el arbitraje puede presentarse el vicio de *ultra petita* y el de *infra petita*. En la mediación no es posible hablar de *infra* o *ultra petita*. La *infra petita* aparece mucho en el arbitraje internacional; el árbitro tiene que decidir todos los puntos de la controversia y no puede omitir la decisión sobre un punto¹⁵. Sin embargo, en el arbitraje existe la práctica del laudo parcial donde se deciden algunos puntos del litigio y se dejan algunos fuera del laudo inicial para ser resueltos posteriormente.

En el laudo tampoco se puede decidir más puntos de lo que se plantea en la *litis*. Decidir un punto más allá de lo que es la definición de la *litis* puede dar lugar a la *ultra petita*. La *ultra petita* puede afectar el laudo de nulidad y en muchos casos no permite la ejecución del mismo bajo los términos de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY-58) (Art. V(1) c).¹⁶

¹⁵ El problema de *infra petita* aparece en los arbitrajes institucionales donde el proyecto de laudo se presenta a la institución donde se desarrolla el proceso arbitral para los efectos de revisar el mismo. Así, en los arbitrajes por ante la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (Cámara de Comercio Internacional) la Corte revisa, entre otros, si el laudo cubre todos los puntos de controversias (*issues*) que se presentaron en el Acta de Misión, Thomas Webster y Michael Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, 4ta Edición, Londres, 2018, sección 34-17, p. 546.

¹⁶ El vicio de *ultra petita* se presenta cuando el laudo cubre puntos que no estaban incluidos ni en la solicitud de arbitraje ni en el Acta de Misión. En Venezuela, si el laudo se excede del Acuerdo Arbitral o contiene decisiones que exceden del mismo, se podrá declarar su

En la mediación no existe ni la *ultra petita* ni la *infra petita*. En la mediación simplemente no existe esa caja (demanda Contestación Acta de Misión) que restringe lo que el mediador puede hacer, dónde tiene que ir o no ir. Después, en definitiva, el que decide no es el mediador sino son las partes. El mediador lo que hace es que ayuda a las partes a decidir.

(3) Una tercera diferencia es que la mediación es fundamentalmente comercial y no jurídica. El fin de la mediación es buscar soluciones de naturaleza comercial. El procedimiento de pensamiento del mediador tiene que ser esencialmente comercial: el mediador tiene que manejar costos, balances, utilidades, expectativas de venta. Todas son proyecciones hacia el futuro, todas son concepciones de tipo comercial. Las concepciones comerciales son totalmente distintas a la forma de pensamiento jurídico. En el pensamiento jurídico se trabaja con principios generalmente contenidos en el derecho civil¹⁷; normas del Código Civil pero interpretadas por la doctrina. En el arbitraje comercial internacional vamos a la doctrina comparada, buscamos los principios de UNIDROIT para ver cómo se decide si el arbitraje es internacional. Si estamos en un arbitraje nacional buscamos la jurisprudencia y doctrina venezolana para identificar el principio o norma que se puede usar para resolver el caso.

En la mediación, el mediador no trabaja con principios (normas, conceptos), el mediador trabaja con instrumentos comerciales y financieros. Una de las cosas que es muy importante para un mediador es comprender utilidades, depreciación, estado de ganancias y pérdidas. No son importantes en la mediación los principios generales abstractos del derecho con citas interminables de doctrinas. Son los números que

nulidad (LAV Art. 44 b). Lo mismo sucede cuando se solicita la ejecución del laudo en un país extranjero bajo los términos de la Convención de Nueva York (CNY-58 Art. V (1) c). Parece, sin embargo, que en la práctica pocas veces se niega la ejecución del laudo por vicio de *ultra petita*. Ver N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, Redfern and Hunter on *International Arbitration*, 6ta Edición, Oxford 2015, p. 630, sec. 11.79.

¹⁷ La referencia es a los principios generales de derecho que, sin reglas generales abstractas, se obtiene mediante apreciación de reglas particulares específicas o circunstanciales llevándolas a un contenido más amplio, Guido Alpa, *I Principi Generali*, Milán, 1993, p. 9. Cita tomada de mi trabajo James Otis Rodner, *La Transferencia del Contrato UNIDROIT* Artículo 9, Caracas 2014, ACPS Estudios No.108, p. 46.

en definitiva resuelven la mediación. Esta es esencialmente comercial más que jurídica.

(4) En cuarto lugar, en un arbitraje el árbitro busca las diferencias que existen entre las partes; el mediador, por el contrario, busca los puntos donde las partes están de acuerdo.¹⁸ ¿Qué hace el árbitro cuando ve la demanda y la reconvención? Empieza a ver que el demandante está pidiendo que el contrato terminó hace seis meses y el demandado dice que el contrato va a continuar por otros diez años, a un punto de diferencia que abarcaba tal geografía o que le habían pagado adecuadamente porque la mercancía era una cosa diferente a lo estipulado en el contrato. Lo primero que hace un mediador en buena práctica, aunque no es obligatorio, es buscar dónde es que las partes están de acuerdo. Vamos a comenzar por lo esencial, hay distintas metodologías para llevar a cabo esto. El mediador, por cierto, requiere una personalidad muy particular, tiene que ser una persona que es beligerante, no sirve como mediador, el mediador tiene que buscar cuáles son los puntos que en esta parte están de acuerdo, traer el punto al estar de acuerdo y en base a ese acuerdo que tienen las partes construir el acuerdo para las partes para las secciones de la relación comercial donde existen algunos tipos de diferencias, que es totalmente distinta a su metodología.

El mediador, a diferencia del árbitro, busca y desarrolla opciones para las partes. Es una de las funciones típicas del mediador, no hay demandante y demandado en la mediación sino partes: la parte A y la parte B. La parte A que quiere tal cosa, pero la parte B debe ser otra cosa, pero que si la extiende en el plazo puede ser que ambas partes queden satisfechas. La función del mediador es buscar opciones y las va definiendo a medida que se va desarrollando el proceso. Por el contrario, el árbitro trabaja con unas gringolas que son la demanda y la contestación y la reconvención. El árbitro no busca distintas opciones sobre las cuales se puede decidir el arbitraje

El mediador tiene dos formas de buscar opciones aceptables para ambas partes para resolver la controversia. Una es dividir la controversia en componentes y entonces dentro de cada uno de los componentes,

¹⁸ Diferencias desarrolladas en parte de Christopher W. Moore, *The Mediation Process*, 4ta Edición Jossey-Bass, 2014.

va desarrollando soluciones sobre las cuales las partes estén de acuerdo. Una forma alternativa de buscar una solución es llegar a un acuerdo sobre unos principios generales. Luego estos principios generales los coloca dentro de la situación de hecho que forma parte de la controversia y va desarrollando respuestas o soluciones, conformes a estos principios.

(5) Hay una diferencia entre el perfil del mediador y el perfil del árbitro que es importante tenerla presente. El perfil del árbitro es normalmente una persona con una formación muy fuerte en principios generales de los contratos, en derecho comparado más que todo en materia contractual porque la mayoría de los arbitrajes son sobre problemas contractuales y si son internacionales, una familiaridad con los principios UNIDROIT, una familiaridad con el uso del Derecho Comparado y una buena formación en el Derecho Internacional Privado. El mediador no tiene ningún interés en los principios UNIDROIT, los principios UNIDROIT no van a aparecer en un acuerdo de transacción ya que no son la base de la transacción. El acuerdo de transacción, a diferencia del laudo arbitral, no está motivado, el concepto de la motivación del laudo no se aplica a la mediación. Lo que desarrolla el resultado en la mediación no es la motivación sino los intereses económicos de las partes. El acuerdo de transacción en la mediación simplemente enumera los resultados de los puntos sobre los cuales las partes han llegado a un acuerdo. Este acuerdo resultado de la mediación no tiene que estar fundado sobre principios jurídicos. De lo cual el perfil del mediador es un perfil esencialmente comercial. Para una persona que tiene aspiraciones a participar en los procesos de mediación le recomendaría un estudio de contabilidad de costos y un estudio de contabilidad financiera es importante. No significa que los mediadores tienen que ser todos graduados de administración y contabilidad. Lo que quiere decir es que los abogados que van a participar en mediaciones tienen que tener una visión de contabilidad y resultados económicos y no solamente de principios jurídicos.

5. EL ACUERDO DE TRANSACCIÓN; SU EJECUCIÓN

El acuerdo resultado de un proceso de mediación comercial se refleja en un documento denominado Acuerdo de Transacción¹⁹. La mayoría de los Acuerdos de Transacción resultantes de un proceso de mediación comercial se cumplen en forma voluntaria y, por lo tanto, no requieren un procedimiento para su ejecución forzosa. En este acuerdo de transacción se identifican las partes y el mediador, y luego se narra lo que las partes convinieron normalmente. El acuerdo de las partes no tiene que estar causado, la transacción puede ser total o parcial. En las mediaciones comerciales internacionales el acuerdo de transacción debe estar firmado por las partes así como por el mediador (Convención de Singapur, 2019, Art. 4.1(a); UNCITRAL, 2018, Art.18.1)²⁰. La recomendación generalmente es que en la mediación el acuerdo de transacción sea total, pero a veces no es posible.

Porque el acuerdo de transacción resultado de una mediación comercial internacional no está previsto en ninguna norma de derecho positivo venezolano y no estamos hablando de una conciliación del Código de Procedimiento Civil. Surge la pregunta de ¿cómo se ejecuta ese acuerdo de transacción? En el caso de mediaciones internacionales, si una parte está buscando la ejecución del acuerdo, existen hoy en día las convenciones internacionales (Convención de Singapur), así como las leyes modelo adoptadas por muchos países (UNCITRAL 2002 y UNCITRAL 2018) y las cuales nos explicarán en la próxima charla. Igualmente en Europa, a raíz de la aprobación de la Directiva de la Unión Europea (2008/52 UE), se adoptaron leyes especiales que reconocían la mediación transfronteriza, o sea, que reconocen la posibilidad de ejecución forzosa de Acuerdos de Transacción logrados en otros países de la Unión Europea. Estas leyes incluyen, en el caso de España, la Ley 5/2 2012 de Mediación, y en Portugal la Ley 29/213. La Directiva 2008/52

¹⁹ El término Acuerdo de Transacción está tomado de la Ley Modelo UNCITRAL 2018, artículo 1. El mismo se aplica a los acuerdos de transacción resultados de una mediación comercial internacional. Acuerdo de Transacción también se puede referir al acuerdo celebrado en una transacción regulada por las normas del Código Civil (artículos 1713 y siguientes).

²⁰ En los acuerdos de transacción regulados por el Código Civil no se exige la firma del mediador, ya que el mediador no es necesario.

de la Unión Europea no es una ley modelo si no una directiva aplicable solamente a los países de la Unión Europea. Los países que no forman parte de la Unión Europea no están afectados por esta Directiva, sin embargo, como efecto de ella, en Europa se han adoptado leyes de mediación que están más disponibles para la ejecución directa de acuerdos de mediación transfronterizos (o internacionales)²¹ y ciertamente han abierto el campo a la ejecución forzosa de las mediaciones internacionales.

Hay una segunda fórmula para la ejecución de los acuerdos de mediación comerciales que el CEDCA²² adoptó en su reglamento y es lo que se denomina un híbrido. Los híbridos o Acuerdos Mixtos para la Resolución de Conflictos (AMRC) (*Mixed Mode Forms of Dispute Resolutions*) incluyen los Med-arb (Mediación Arbitraje) y los Arb-Med (Arbitraje-Mediación) y un número de permutaciones de los mismos. Lo que se busca con los Acuerdos Mixtos (AMRC) es utilizar las ventajas procesales del arbitraje y de la mediación en un solo proceso, tales como la celeridad y simplicidad que existe en la mayoría de los procesos de mediación, y la facilidad de ejecución típica de un proceso arbitral. Para ello se desarrolla lo que denomina la doctrina alemana una especie de ingeniería procesal.²³

El Reglamento del CEDCA, para darle al acuerdo de transacción alguna vigencia, una fuerza, el acuerdo de transacción se convierte en un laudo (Med-Arb). Esto es un proceso delicado. Este laudo producto de la mediación no se puede ejecutar como acuerdo de transacción en un país que haya adoptado la Convención de Singapur ya que la Convención no se aplica a los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo (Convención de Singapur 2019, Art.1.3(b)). Sin embargo, si se considera que es un laudo arbitral se puede ejecutar como un laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York 1958 (Con-

²¹ Sobre la mediación en Europa a partir de la Directiva 2008/52 de la unión Europea, ver Luciano Lupini B. “Recientes Desarrollos de la Mediación y otros Mecanismos de Resolución Alternativa de Controversias en Europa” en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 13 pp. 611 y ss., 2020.

²² Centro de Arbitraje de la Cámara Venezolano-Americana, en el caso en el centro de VENAMCHAM.

²³ Klaus Peter Berger, “Integration of Mediation elements in to Arbitration, Hybrid procedures and intuitive Mediation by International Arbitrators” en *Arbitration International (AI)* Vol 19, No 3 (2003) p. 387.

vención NY 58, Artículo III). Pero, hay que tener cuidado por cuento este Acuerdo de Transacción convertido en laudo no está motivado. Los Acuerdos de Transacción producto de una mediación no están motivados. Por ello, cuando se adopta un laudo bajo la norma de transformación del CEDCA, o sea, cuando se adoptan los híbridos, las partes tienen que convenir expresamente que el laudo no tendrá motivación.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, “*I Principi Generali*”, Milán 1993, en James Otis Rodner, *La transferencia del Contrato UNIDROIT Artículo 9*, ACPS Estudios No.108, Caracas 2014.
- BASTIDAS, Luis, *Comentarios y Reparos al Proyecto de Código Civil*, Tomo II, Editorial Bolívar, Caracas, 1942.
- BERGER, Klaus Peter, “Integration of Mediation elements in to Arbitration, Hybrid procedures and intuitive Mediation by International Arbitrators”, en *Arbitration International (AI)* Vol 19, No 3, 2003.
- BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A., y HUNTER, M., *International Arbitration*, 6ta Edición, Oxford, 2015.
- LUPINI B, Luciano, “Los Recientes Desarrollos de la Mediación y de otros Mecanismos de Resolución Alternativa de Controversias en Europa”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Vo. 13, 2000.
- MÉLICH ORSINI, José, *La Transacción ACPS Venezuela*, Serie Estudios No. 65, 2006.
- MOORE, Christopher, W., *The Mediation Process*, 4ta Edición Jossey-Bass, 2014.
- RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1959.
- , *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, FCE, México 1956.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco, *La Transazione*, 2da. Edición Nápoles, 1963, citado por José Mélich Orsini, en *La Transacción ACPS Venezuela*, Serie Estudios No. 65, 2006.
- SCIANCELEPONE, Giovanni, *Della Transazione*, Milano 2018.
- Venezuela, *Ley de Arbitraje*, publicada en Gaceta Oficial No. 3640, del 7 de abril de 1998.
- WEBSTER, Thomas y BÜHLER, Michael, *Handbook of ICC Arbitration*, 4ta Edición, Londres, 2018.