

La Cláusula med-arb en la actualidad:

Mediación y Arbitraje vinculados

Ervey Sergio Cuéllar Tijerina

TESI DOCTORAL UPF/2015

DIRECTOR DE LA TESI:

Dr. Pablo Salvador Coderch

PROGRAMA DE DOCTORAT EN DRET PATRIMONIAL



Agradecimientos

*A DIOS, por existir, y su infinito amor y misericordia,
para ayudarme a terminar mis proyecto día a día.*

*A mi esposa Liz, y mi pequeña Luciana
por el entusiasmo y sacrificio que representó
el ayudarme con este pasaje de mi vida.*

*A mis padres, por la ilusión que les hacía
que culminara mis estudios de doctorado,
y por su apoyo incondicional.*

*A mis hermanos y familia, por estar siempre ahí,
cuando los necesite, y por sentirme tan amado
entre ellos, y sus familias.*

*Al Doctor Pablo Salvador Coderch,
por la oportunidad de admitirme en
el Programa de Doctorado Patrimonial,
y posteriormente, tener la paciencia de
dirigir mi tesis.*

*Al Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez,
por haberme convencido de estudiar un
Grado Doctoral, y ayudarme con el diseño
de tema de mi tesis.*

*Al Dr. José Luis Prado Maillard, y al Dr. Jesús
Ancer Rodríguez, quienes a través de sus
representadas (Facultad de Derecho y Universidad
Autónoma de Nuevo León), apoyaron este proyecto.*

*A todo el lector, que se dé el tiempo
de criticar estos ensayos, que humildemente
pretenden apoyar al Derecho, en su constante lucha
de armonizar pacíficamente los conflictos de nuestra sociedad.*

Resumen

La intención de esta investigación, es realizar un breve análisis de las ventajas y desventajas que representa, la inclusión en los contratos comerciales, de una cláusula contractual que prevea la resolución de los posibles conflictos que pudiera suscitarse entre las partes, con la interpretación o el cumplimiento del contrato, a través de un ADR, que vincule en un solo proceso a la mediación y al arbitraje (Cláusula Med-Arb). Lo anterior, se pretende verificar a la luz de las disposiciones emitidas por los principales organismos en el comercio internacional, y su perspectiva de aplicación en el Derecho Español.

La intenció d'aquesta investigació, és realitzar una anàlisi breu dels avantatges i desavantatges que representa, la inclusió en els contractes comercials, d'una clàusula contractual que prevegi la resolució dels possibles conflictes que pogués suscitar-se entre les parts, amb la interpretació o el compliment del contracte, a través d'un ADR, que vinculi en un sol procés a la mediació i l'arbitratge (Clàusula Med-Arb). L'anterior, es pretén verificar a la llum de les disposicions emeses pels principals organismes en el comerç internacional, i la seva perspectiva d'aplicació en el Dret Espanyol.

ÍNDICE

Abreviaturas y acrónimos	XIII
INTRODUCCIÓN.....	IX

PRIMERA PARTE

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ADR

1. Métodos sobresalientes de resolución de conflictos.....	3
a. Los fenicios: inventado la negociación comercial.....	4
b. El tesoro de los piratas.....	5
c. La Antigua Grecia.....	6
d. La mediación en China.....	6
e. Muslim Thakim	8
f. El primer arbitraje español.....	9
g. La Dinastía Yi en Corea.....	9
h. Los bosquimanos de África.....	10
2. Las raíces religiosas de los ADR	11
a. Establecimiento de la paz cristiana (Christian Peacemaking).....	12
3. Prácticas medievales	13
4. Aspectos relevantes de los ADR en los últimos siglos	14
a. Prácticas pre-revolucionarias	14
5. Resolución de conflictos internacionales	17

a. Las relaciones con los nativos americanos	19
b. El arbitraje en el gobierno federal de E.U.A.	21
c. Primera Guerra Mundial	23
b. Segunda Guerra Mundial	23
6. Acontecimientos post-guerras	26
a. El tribunal supremo estadounidense y el arbitraje de queja.....	26
b. Los ADR en los años sesentas	27
c. Reacción mixta del gobierno	28
d. Los ADR y su incorporación en otras áreas: los nuevos asuntos ambientales	29
e. La SPIDR	30
f. Stands for principles, assumptions steps and techniques (PAST).....	31
g. Arbitraje judicial y servicio de mediación (JAMS).....	31
h. Los ADR en los años ochentas. Crisis y renacimiento	32
7. Extendiendo la mediación más allá de los límites	
de los Estados Unidos	34
a) Uniform Mediation Act (UMA)	36
b) Actualidad y siglo XX.....	36

II. LA NEGOCIACIÓN COMO FORMA BÁSICA DE LOS ADR

1. La universalidad de la voluntad de las partes para la libre elección del procedimiento de solución de conflictos	41
2. Objetivos del sistema	44

3. Breve análisis del conflicto	45
4. Clases de negociación sobresalientes	48
a. Negociación The Harvard School	48
i. Negociación distributiva	49
ii. Negociación integradora.....	51
iii. Negociación multi-partes	52
iv. Negociación competitiva vs. cooperativa.....	53
b. Negociación del ganador ajustado	58
c. Alternancia estricta	61
d. Divide y escoge	62
e. Negociación con valor añadido.....	62
5. Enfoques de la negociación	63
a. La negociación con enfoque ganador-perdedor	63
b. La negociación con enfoque ganador-perdedor disimulado	64
c. La negociación ganador-ganador	65
d. ¿Cuáles son las características de una negociación satisfactoria?	66

III. EL SISTEMA JUDICIAL FRENTE AL SISTEMA ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Generalidades	68
2. Características diferenciadoras	72
a. Confidencialidad	72
b. Exceso en el cúmulo de trabajo	73

c. Relaciones entre las partes	74
d. Solución “ad hoc” a las necesidades de las partes	74
e. Especialización del tercero neutral	76
f. La sentencia judicial frente a la resolución final de los ADR	77
3. Naturaleza jurídica	79

IV. CONSIDERACIONES FINALES A LA PRIMERA PARTE

SEGUNDA PARTE

V. LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN SU APLICACIÓN CONJUNTA

1. Antecedentes	89
a. Sus orígenes y desarrollo	91
2. Aspectos a considerar para justificar su vinculación.....	93
a. Características de los procesos	95
i. De la mediación	96
ii. Del arbitraje	98
b. Deficiencias de los procesos vinculados en su aplicación aislada.....	99
i. De la mediación	99
ii. Del arbitraje	102
3. Resultados con validables con la vinculación	104

VI. LA VINCULACIÓN DE PROCESOS MED-ARB A TRAVÉS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

1. Justificación del sistema	108
a. Causas que originan su implementación	108
b. Los sistemas autocompositivos y heterocompositivos	109
c. Aportaciones a los sistemas actuales de mediación y arbitraje	112
d. Diseño del sistema	114
2. Generalidades del proceso	119
3. Definiciones y formas	121
4. Particularidades de la cláusula med-arb	122
5. Finalidad pretendida	124
a. Objetiva	127
i. Solución voluntaria del conflicto	127
ii. Solución obligatoria del conflicto	129
a. Subjetiva	131
i. La certidumbre en la resolución del conflicto basada en los intereses	131
ii. Intereses y posiciones	133
° BATNA	137
° Precio de reserva	139
° ZOPA	140
6. Vinculación inter-partes	141

**VII. CONSIDERACIONES FINALES
A LA SEGUNDA PARTE**

1. Med-arb sobre otras combinaciones de procesos146

2. Opinión de expertos153

TERCERA PARTE

**VIII. CLÁUSULA MODELO PARA SU INCORPORACIÓN
EN LOS CONTRATOS COMERCIALES**

1. Las cláusulas med-arb como un proceso mixto167

 a. Ventajas169

 b. Desventajas173

2. Elaboración de la cláusula med-arb177

 a. Redacción de la cláusula med-arb177

 b. Posibles objeciones181

3. Las cláusulas patológicas184

 a. Identificación de los síntomas patológicos187

 b. Algunos ejemplos de cláusulas patológicas.....192

4. Aspecto sustantivo196

IX. LA CONFIDENCIALIDAD COMO REQUISITO “SINE QUA NON” EN LA CLÁUSULA MED-ARB

- 1. En relación con las partes intervinientes201**
- 2. En relación al proceso. Mediación y arbitraje vinculados203**
- 3. La confidencialidad en el derecho internacional204**

X. PRINCIPALES VARIACIONES DE LA CLÁUSULA MED-ARB

- 1. La cláusula med-arb.....208**
 - a. Med-arb no vinculante (no binding med-arb).....208
 - b. Med-arb show cause209
 - c. Med-arb plenario (Plenary med-arb)210
 - d. Med-arb trenzado (Braided med-arb)210
 - e. Med-arb con opción de retirada (Med-arb with optional withdrawal)211
 - f. Co-med-arb.....211
- 2. La cláusula arb-med.....212**
- 3. Comentarios doctrinarios sobre ambos procesos215**
- 4. Otras variaciones217**
 - a. Med-aloa (Mediation and last offer arbitration).....217

b. Post-arbitration mediation	217
c. Superposicionando neutrales (Overlapping neutrals)	218

XI. VARIABLES EN LA DETERMINACIÓN DE LA CLÁUSULA MED-ARB (Identificación de influencias)

1. Consideraciones sobre la investigación	220
2. Variables significativas	221

XII. EVALUACIÓN DE LA CLÁUSULA MED-ARB

1. Hipótesis previstas en atención a la relación y la fuerza del caso	226
2. Resultados para med-arb.....	228
3. Resultados para arb-med.....	228

XIII. EL TERCERO NEUTRAL

1. Responsabilidad del tercero neutral (mediador-árbitro)	232
a. Independencia y parcialidad	236
b. Restricciones del mediador-árbitro.....	237
c. Vinculación entre mediadores y árbitros	238

XIV. REPERCUSIONES POSTERIORES A SU IMPLEMENTACIÓN

1. Éticas	241
2. Sociales	246
3. Económicas	248
4. Jurídicas	250

XV. CONSIDERACIONES FINALES A LA TERCERA PARTE

CUARTA PARTE

XVII. MARCO NORMATIVO REFERENCIAL DE LA CLÁUSULA MED-ARB EN EL COMERCIO

1. Organizaciones en el derecho internacional	257
a. La Cámara de Comercio Internacional (CCI).....	259
i. Objetivo	259
ii. En relación al proceso med-arb	260
b. La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI).....	270
i. Objeto	270
ii. En relación al proceso med-arb	270

2. El Derecho Nacional Español en Materia Comercial de ADR276

- a. Fundamento Constitucional de los ADR277
- b. Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.282
- c. Comentarios al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo291
- d. Comentarios a la a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles303
- e. Audiencia Provincial de Madrid. Auto 147/2013, de 18 de octubre de 2013313
- f. Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación319

XVIII. CONSIDERACIONES FINALES A LA CUARTA PARTE

1. La voluntad autónoma de contratar como naturaleza jurídica de la cláusula med-arb326

2. La perspectiva de la cláusula med-arb en España331

3. Resoluciones de otros países en relación a la cláusula med-arb334

- a. República de Singapur. (SIMC y SIAC, 2014).334
- b. Hong Kong (AO y MO, 2011).....334
- c. Ontario, Canadá (Marchese v. Marcese [2007] OJ No 191 AD.336
- d. E.U.A. (Kemiron Atlantic vs. Aguakem International, 8 de mayo de 2002).336
- e. Inglaterra y Francia (Euro túnel, 1994).337
- f. E.U.A. (IBM y Fujitsu, 1982).338

CONCLUSIONES339

BIBLIOGRAFÍA369

ABREVIACIONES Y ACRÓNIMOS

a. C. -	Antes de Cristo
AAA -	Asociación Americana de Arbitraje
AFL-CIO -	American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization
AO -	Arbitration Ordinance
AuAA -	Auto de la audiencia provincial
AC -	Arbitraje de consumo
ADR -	Alternative Dispute Resolution Medios alternos de solución de disputas
AP -	Audiencia Provincial
ATC -	Auto del Tribunal Constitucional
BATNA -	Best Alternative for a Negotiated Agreement Mejor alternativa de un acuerdo negociado
Braided Med-arb -	Proceso med-arb trenzado
BOE -	Boletín oficial del Estado
CA -	Court of arbitration Corte de Arbitraje
Caucus -	Sesión privada de mediación
CE -	Constitución Española
CC -	Código Civil
CCI -	Cámara de Comercio Internacional
CEu -	Comunidad Europea
CNUDMI-	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CNY -	Convenio de New York
Cláusula Med-arb -	Cláusula de mediación y arbitraje vinculados
Co-med-arb -	Proceso de med-arb compuesto.
CPR -	International Institute of Conflict Prevention and Resolution
DC -	Directiva Comunitaria
E.U.A. -	Estados Unidos de América
FMCS -	Federal Mediation and Conciliation Service
ICC -	International Chamber of Commerce
JAMS -	Arbitraje judicial y servicio de mediación
LA -	Ley de Arbitraje
LEC -	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO -	Ley Orgánica
MASC -	Métodos Alternos de Solución de Conflictos
MASD -	Métodos alternos para la solución de disputas
Med-arb -	Mediación y arbitraje vinculados
Mini-trials -	Mini juicios de ensayo
No binding Med-arb -	Proceso med-arb no vinculante
Medaloo -	Mediation and last offer arbitration Mediación y última oferta de arbitraje
MO -	Mediation Ordinance
Show cause -	Proceso med-arb “muestra causa”
SPIDR -	Society of Professionals in dispute Resolution

Med-arb with Optional Withdrawal -	Proceso med-arb con opción de retirada
Overlapping Neutrals -	Superposicionando neutrales
Post- arbitration Mediation -	Mediación post-arbitraje
RDSAC -	Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo.
OMPI -	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PAST -	Stands for principles, assumptions steps and techniques
Plenary Med-arb -	Med-arb plenario
RD -	Real Decreto
SAC -	Sistema Arbitral de Consumo
SAP -	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC -	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS -	Sentencia del Tribunal Supremo
TJE -	Tribunales Judiciales del Estado
TS -	Tribunal Supremo
UE -	Unión Europea
UMA -	Uniform Mediation Act
UNCITRAL -	United Nations Convention on International Trade Law
USCS -	United State Conciliation Service
WLB -	War Labor Board
ZOPA -	Zone of posible agreement - Zona de posible acuerdo

INTRODUCCIÓN

I

Desde los orígenes de la vida, el ser humano siempre ha luchado para aprender a interactuar los unos con los otros, así como establecer alianzas que le permitiesen vivir en sociedad y afrontar las adversidades, con el objeto directo de resolver sus conflictos.

El simple carácter intuitivo de todo ser humano, radica en buscar lo mejor para él y para los suyos, y para cumplir con sus objetivos, negocia con sus semejantes en su afán de satisfacer sus necesidades. Entonces, negociar no es obstáculo para ellos, sino más bien, la tarea estriba en encontrar el proceso de negociación que cumpla o trate de cumplir, todas y cada una de las exigencias de los participantes, con el objeto directo de llegar a un acuerdo, y de la misma forma, se respeten las herramientas elegidas por las partes para la solución de esos conflictos de que hablamos.

En atención a lo anterior, los mecanismos alternos de solución de conflictos, son aplicados a cualquier problemática que se suscite entre individuos, grupos, naciones, problemas de comercio, problemas maritales, entre otros; no obstante, el espíritu en la utilización de estas alternativas, radica en conocer cuál es el mejor método aplicable a nuestro caso concreto, ya que no cualquier procedimiento es idóneo a una situación en específico; de esa manera, el verdadero arte estriba en ello, en ser capaces de solucionar cualquier conflicto que se tenga sobre la mesa con la mejor herramienta disponible.

Ello, no solo con la finalidad de solucionar una disputa, sino que también permita a los participantes construir una mejor relación para el futuro, lo que en

obviedad de razones, armoniza la vida en sociedad de los individuos, como nomenclatura idónea para el constante desarrollo, como intención de los ADR frente a la vía judicial prevista por el Estado.

Apoyado en eso, es donde nace esa percepción de lo justo para lograr la eficacia de los acuerdos alcanzados por las propias partes, que se han caracterizan por la buena fe y la voluntad de ellas para someter sus diferencias a los ADR.

Así, la evolución constante de estos mecanismos, ha permitido que estos se vayan readaptando a los nuevos desafíos cada día más confusos y más complejos de nuestra sociedad, siendo oportuno recordar que su principal desafío será el conseguir que los acuerdos que han sido negociados y aceptados por las partes, tengan también –a posteriori- una aceptación pacífica para ser cumplidos. De esa manera, los ADR son una institución madura y con una experiencia ilimitada, en un mundo que necesita urgentemente de sus servicios, en afán de revivir esa cultura de paz en la sociedad moderna.

La aceptación de los ADR se da en amplios sectores, como lo son desde los niños en los patios, hasta el mundo de los negocios de los empresarios, demandando el ir innovando la plataforma en que se sostienen, para que sean capaces de encuadrarse perfectamente en los intereses necesitados y pretendidos por las partes; situación la anterior, que según se advierte de la situación actual, no han sido capaces de dar soluciones óptimas al sinnúmero de contiendas existentes. En otras palabras, no han podido incluir en el acuerdo negociado, todos y cada uno de los objetivos perseguidos por las partes; como lo son por un lado, una solución definitiva y duradera al conflicto, y por el otro, un advenimiento positivo de las relaciones.

Bajo ese contexto, en esta investigación se trata de percibir a la negociación como el medio alternativo de solución de conflictos por excelencia, por ser éste el eje central donde nace en principio, la primera entrevista de las partes que los hace conocedores de que existe un conflicto.

Se justifica lo anterior, ya que desde los inicios de la vida del hombre, éste ha interactuado con sus semejantes como ha podido, para alcanzar todo lo que quiere, tratar de luchar por lo que pretende e intentar *negociar* por aquello sobre lo que no puede ejercer un poder absoluto. No obstante, el individuo en esa lucha constante por ser autosuficiente, ha fracasado en sus intentos, naciendo la necesidad de recurrir a un tercero ajeno a la relación inicial, que los asista, y esa asistencia, ha recaído al ministerio judicial por mandamiento legal o como es el caso que nos ocupa, por la propia voluntad de las partes de integrar en la negociación a un tercero totalmente neutral.

Bajo esta intención, las partes asistidas buscarán la resolución al conflicto que las acoge, resolución la anterior que, atendiendo a las posiciones e intereses de las partes, puede tener diferentes matices y buscar diversos objetivos, en relación con la perspectiva que tienen del conflicto. Si bien el conflicto es inevitable y ha existido desde que dos seres vivos interactúan, dada su variabilidad y el elevado número de circunstancias que lo afectan, es muy posible que no pueda resolverse de un modo satisfactorio para todos, lo que sí puede intentarse, es dotar a las partes de todas las alternativas posibles en un mismo proceso, que al menos garanticen la oportunidad de agotar todas y cada una de las herramientas posibles para buscar su satisfacción personal.

Al hilo de esta reflexión, parece necesario adicionar que el exceso de litigiosidad entre las partes, no implica por sí mismo un exceso de conflictividad, pues en la sociedad moderna, todo tipo de relaciones dígame económicas, empresariales, societarias, comerciales, familiares, pública, por citar algunas, se

desarrollan en sistemas muy complejos que por sí mismos dan lugar a los conflictos. Entonces, la cuestión no es que haya muchos conflictos, fruto de la complejidad social, sino que los poderes públicos y el poder judicial están muy superados por la avalancha de asuntos, y no están siendo capaces de resolverlos con el ritmo y calidad que se requiere.

Las ponderaciones anteriormente precisadas, en beneficio de los ADR, no deben entenderse en detrimento del Poder Judicial, ya que se trata de naturalezas jurídicas distintas, sino que deben entenderse como complemento de aquel, con la única intención de minimizar el exceso de trabajo del primero, que no permite que todos los individuos alcancen una solución a su conflicto plenamente satisfactoria.

En otras palabras, que las partes agoten sus medios de resolver sus controversias pero de una manera proporcional a la magnitud del caso planteado, gozando del privilegio de utilizar sus propios canales de autocomposición de la situación adversarial con las demás partes; y ante la negación o el fracaso rotundo de lo anterior, sepan delegar esa potestad de solución a un tercero ajeno con características suficientes para resolver el conflicto apegado a los lineamientos propuestos por las propias partes.

De esa manera, una de los objetivos que se persigue con este proyecto, es hacer un estudio sobre los alcances de la libre elección del foro que resolverá o coadyuvará de la mano con las partes, a la solución pacífica y permanente del conflicto; y, en ese sentido, es donde las personas, conscientes de su poder de resolución, abandonan la idea de que la solución a todos los problemas la tienen los poderes públicos y demás organismos con herramientas coercitivas para obligarnos a cumplir con la obligación. Comenzando a pensar que, antes que todo, nos compete a nosotros mismos el arreglo de nuestras propias diferencias, en la forma, términos y mecanismos que más se adecuen a nuestras perspectivas.

Lo anterior debe entenderse, a la luz de la libertad de las partes de ser ellas mismas quienes resuelvan su conflicto de la manera que más les convenga, y sólo en el aislado caso que no les haya sido posible resolver sus diferencias por ellos mismos, exista una regulación vinculante y obligatoria que sea hasta ese momento procesal, el que un tercero neutral (público o privado) totalmente independiente y ajeno a las causas de aquellos, emita una resolución que ponga fin al conflicto y al deterioro de las relaciones que lo padecen. Siendo necesario a ello, un estudio pormenorizado de las herramientas que serían viables para cumplir con las finalidades pretendidas bajo el contexto citado.

II

Por ello, con el uso *adecuado y pertinente* de los ADR en una primera fase, existen pocas probabilidades de que el conflicto se manifieste en su máxima expresión, lo que coadyuva a reducir ese grado de hostilidad tan frecuente que normalmente caracteriza a las actuaciones judiciales, y consecuentemente a ello, se favorezca, una vez arreglada la disputa, *la restauración y conservación de las relaciones interpersonales sujetas a las consecuencias negativas del conflicto*.

La mediación y el arbitraje por sus características, son las formas más populares como métodos alternos de solución de conflictos, y ambos son favorecidos porque ofrecen a las partes *eficiencia y resultados* que son más satisfactorios que los tradicionales tribunales del Estado para impartir justicia.

No obstante, típicamente las partes cuando acuerdan mediar una disputa, ellos seleccionan al tercero neutral para facilitar la mediación, siendo un proceso confidencial y voluntario, en donde las partes pueden retirarse en cualquier momento, donde si las partes alcanzan un acuerdo, será un acuerdo vinculante que incluirá los términos negociados. Ante este proceso, las partes están a

menudo satisfechas con el resultado, ya que ellas mismas lo consensuaron; sin embargo, no hay garantía que la mediación tendrá éxito, por lo que entonces, no existe certidumbre para las partes que el conflicto será resuelto.

Por otro lado, el arbitraje como un proceso heterocompositivo, las partes acuerdan someter su disputa a un neutral denominado árbitro, quien rendirá una decisión final y vinculante basada en la evidencia presentada por las partes, si bien puede proporcionar esa certeza de resolución de conflicto de que hablamos y de la cual carece la mediación, también debemos considerar que esta solución al conflicto se da de forma impositiva para las partes, sin que se considere previamente su satisfacción *controlable*, por algún otro medio de solución autocompositivo.

Teniendo en cuenta estas deficiencias, por un lado la falta de certeza de resolución del conflicto de la mediación y la falta de control en el resultado en el arbitraje, es que se prevé la incorporación en los sistemas legales, de un mecanismo alterno de solución de conflictos *híbrido*, que incorpore en un solo proceso, lo que se considera como los mejores elementos de cada proceso antes vistos, unificando en uno solo nuevas virtudes como lo son: eficiencia, equidad y un resultado vinculante-definitivo.

En atención a esa posibilidad, en la Segunda Parte de esta memoria, se pretende analizar los aspectos que se deben considerar para justificar la incorporación de un proceso de mediación y arbitraje en su aplicación conjunta, y las consecuencias objetivas y subjetivas que pueden derivar de su vinculación.

Siendo también oportuno, incluir un capítulo en el que se estudie la finalidad pretendida con este sistema, y los alcances que revestirá el mismo. Así mismo, la necesidad de aplicación conjunta de dichos métodos, se sabe que aún no tienen una aceptación universal en todo el mundo, y no porque no sean consistentes a la

hora de optar por ellos, sino que recurriblemente, aún existen fallas en cuanto a la esencia de los mismos; en otras palabras, las personas aún no se han identificado plenamente con las finalidades de cada uno de ellos, y sin lugar a dudas muchas de las veces que los han utilizado, no han encontrado los resultados pensados. Siendo que en el peor de los escenarios, no estuvieron satisfechos con el mecanismo implementado, por no haberse agotado previamente, todas y cada una de las instancias que les permitirían hacer uso pleno de su voluntad y de la buena fe de las partes.

La anteriores interrogativas, son satisfechas *-al menos en la medida de lo posible-*, por una vertiente que nace de la vinculación de dos procesos de ADR (mediación y arbitraje), la aplicación de dichos métodos de manera mancomunada o vinculante, donde se incluye la formación de procesos mixtos que integren lo mejor de cada uno de ellos, con la enmienda de satisfacer todos y cada uno de las confrontaciones puestas por las partes sobre la mesa; ello, con la única finalidad de que las mismas partes no se sientan que sus derechos han sido vulnerados por no haber conseguido el resultado que esperaban, o por no haber empleado el mecanismo que más se armonizaba a sus cometidos.

De esa forma, dotar de nuevas posibilidades a las partes involucradas en un conflicto, de que el mismo será resuelto, pero no por la imposición de un sistema previamente contratado, sino por el entendimiento de que anterior a la imposición, existe la plena convicción de optar por herramientas que ellas mismas escojan y decidan, y solo ante el fracaso de ese primer paso autocompositivo, se atiende a la idea de imponer forzosamente la resolución del conflicto, pero ahora de manera heterocompositiva, y que en el presente caso hipotético, se trataría de un tercero neutral con suficiente autoridad para vincular su decisión final a las partes.

Vemos entonces de una manera racional, que las partes se encuentran satisfechas, porque inicialmente se les dio la oportunidad potestativa de resolver sus diferencias por ellos mismos, y solo ante la negativa o imposibilidad de hacerlo, se impuso de manera gradual que fuera un tercero ajeno el que resolviera la situación controversial.

De esa forma, como lo sostiene Kagel,¹ una combinación de mediación y arbitraje, hace énfasis primeramente sobre la negociación, para evitar acuerdos externos impuestos (arbitraje obligatorio) y pérdidas económicas fuertes y desorganizadas (mediación potestativa). Bajo esta tesitura, no existe pretexto alguno, para no cumplir con la obligación correspondiente, ya que las partes exhaustivamente han articulado las herramientas a su disposición, y se ha definido precisamente la dualidad optativa de solución al conflicto, para que de esa forma, las partes no sientan que sus derechos han sido vulnerados por no haber conseguido el resultado que esperaban, o por no haber empleado el mecanismo que consideraban apropiado.

Con lo anterior se pretende, que previamente a la presentación formal de un proceso *adversarial*, exista un período determinado, para que las partes puedan solucionar sus diferencias, mismas que no siempre deben interpretarse como un conflicto, el cual precisamente pudiera sustanciarse a través de un método heterocompositivo, por ser las partes incapaces de llegar a un acuerdo en esas primeras diferencias que se perciben en la relación contractual.

De esta manera, se potencializa el protagonismo entre las partes, donde se asumen personalmente las responsabilidades de sus propias acciones, y se concientizan de las causas que dieron origen al conflicto, en un afán de buscar también hacer conciencia crítica de su posición frente a las demás partes, para

¹ Sam Kagel y John Kagel. "Using two new arbitration techniques". (E.U.A.: Monthly Labor Review, vol. 95, número 11, noviembre 1972) pp. 11-14.

encontrar no una alternativa de solución al conflicto, sino la mejor solución posible al mismo.

III

Las anteriores propuestas, fueron desarrolladas desde 1972, cuando Sam Kagel y John Kagel,² neutrales de ADR en California, introdujeron por primera vez la forma híbrida de resolución de conflictos bajo el concepto “med-arb” (mediación y arbitraje vinculados), como un proceso de dos pasos en el cual un *mismo neutral* (med-arbitrator), combinaba la mediación con un arbitraje vinculante. El proceso inició con la mediación, si el mediador era incapaz para acordar totalmente las reclamaciones, entonces asumía el rol de árbitro en el caso y decidía únicamente sobre las cuestiones que no fueron acordadas en la mediación.

El resultado final, fue una decisión vinculante y ejecutable, como si se hubiese tratado de un laudo arbitral ordinario; no obstante, sobre dicho proceso surgieron diversos debates en cuanto en qué medida el proceso med-arb, era realmente efectivo o encontraba problemas éticos en su implementación.

Este proceso híbrido “med-arb”, difiere de la mediación y subsecuente arbitraje, en que para el caso de que la mediación no tenga éxito alguno, inmediatamente después se procederá a desahogar un proceso de arbitraje contiguo y forzoso, con la peculiaridad que el mediador puede convertirse en ese árbitro que continuará conociendo de la contienda. De esta manera, lo que se busca y se explica, es eliminar la necesidad de empezar desde un inicio con un nuevo árbitro quien estaría completamente desfamiliarizado con los avances de la disputa.

² Sam Kagel y John Kagel, op. cit. pp. 11-14.

No obstante lo anterior, jurídicamente la vinculación de dos procesos claramente regulados por sus respectivas disposiciones legales, presenta ciertos inconvenientes por lo que se refiere; en principio, el que un mismo neutral sea el que conozca de ambos procedimientos en el mismo conflicto entre las partes; ello, dado que según se advierte de diversas opiniones doctrinales, su comportamiento en ambos procesos puede verse sesgado, ocasionando pérdida de su imparcialidad y neutralidad en el debido proceso.

En consecuencia de lo anterior y como posterior cuestionamiento a dilucidar, es la confidencialidad de la información que será compartida en cada una de las etapas de este nuevo sistema, entre las partes y el tercero neutral, bajo la premisa de que se trata aparentemente de dos mecanismos distintos.

Para Guillermo Pacheco Pulido,³ la confidencialidad es uno de los 12 deberes más importantes del mediador, al establecer que queda impedido para comunicar aquello de lo cual haya sido enterado por las partes en el asunto que interviene.

Así, la confidencialidad en la mediación, se refiere a la protección de todas las comunicaciones vertidas en el proceso, para impedir que se puedan ofrecer en un juicio, u otro proceso judicial, y por qué no, en otro procedimiento extrajudicial.⁴ No obstante lo anterior, si bien la confidencialidad es un pilar de la mediación, también lo es del propio arbitraje, y en general de todos los ADR, por lo que no debe existir contraposición en esto, aunado a las múltiples garantías que se pueden ofrecer para su completa protección de posibles divulgaciones.

³ Guillermo Pacheco Pulido. Mediación. Cultura de Paz, Medio alternativo de administración de justicia. México: Editorial Porrúa, 2004. 20-24.

⁴ Douglas N. Frenkel y James H Stark. The practice of mediation. E.U.A.: Aspen Publishers, 2008. pp. 290.

Sin embargo, el med-árbitro advierte Carlos de Vera,⁵ pierde su imparcialidad por conocer la información confidencial aportada en la mediación, la cual nunca debía ser revelada a un árbitro puro.

Por eso, la captación objetiva sobre la conducta del med-árbitro, será trascendental para encontrar respuesta a estas aseveraciones, en específico sobre lo que se entiende por imparcialidad según las disposiciones la respecto en materia de ADR; y segundo, si dicha imparcialidad puede estar sujeta a juzgamientos por el simple hecho de que el árbitro conoce cierta información aparentemente “confidencial” que las partes le revelaron en la etapa de mediación.

Dado lo complejo que puede resultar en la práctica la aplicación de este sistema por las consideraciones antes expuestas, resulta indispensable su regulación en una primera instancia por la propia voluntad de las partes, determinada de manera contractual que minimice los riesgos que pudieran suscitarse: “la cláusula med-arb” como estipulación contractual en los contratos comerciales.

No nos alejemos entonces, del principal motor que rige este versátil modelo, que es la libertad de las partes para contratar todo aquello que a su derecho convenga. Lo anterior se considera así, ya que la esencia caracterizadora de los ADR es esa voluntad y buena fe guardada por las partes, y no solo de las partes contendientes, sino de todas aquellas que de manera activa o pasiva, se encuentran inmiscuidas en un proceso de esta índole.

Por ello, la intención en una tercera parte de esta investigación, es desarrollar y justificar la viabilidad de una “Cláusula Med-Arb” en los contratos comerciales, previamente aceptada y ratificada por los contratantes en documento

⁵ Carlos de Vera, “Arbitrating harmony: ‘Med-arb’ and the confluence of culture and rule of law in the resolution of international commercial disputes in China”. (Columbia Journal of Asian Law, 18:1, 2004) pp. 149-194.

escrito, mediante la cual y desde un principio, las partes queden vinculadas y obligadas a resolver un conflicto que derive de su contrato, independientemente del procedimiento que se utilice para ello.

Con esto, dando plena libertad a las propias partes contratantes, para que, primeramente, sea a través de una mediación totalmente manipulada por ellas, la que trate de aparejar sus diferencias y resolver el conflicto; seguidamente y sin más obstáculo, ante el fracaso de la primera fase, exista *el compromiso* contractual de los participantes, a iniciar y concluir un arbitraje, el cual los vincule, obligue y resuelva la contienda según se trate.

Entonces, el planteamiento de las cláusulas mixtas o vinculadas, presupone un doble efecto, que más adelante se estudiarán detenidamente: por una parte, la libre elección de mecanismos que permitan a las partes resolver por ellas mismas la controversia; y por el otro lado, la garantía incondicionada de que el conflicto será resuelto de manera definitiva.

IV

Finalmente, en la última parte de este trabajo, se hace referencia primeramente, al posible marco normativo de la cláusula med-arb en el comercio internacional, y posteriormente de la legislación vigente en materia de ADR en España. Para ello, se remite en un primer apartado, a las disposiciones existentes sobre la materia, emitidas por organizaciones internacionales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), por ser estas las más pronunciadas en el ámbito internacional por lo que se refiere a las transacciones comerciales internacionales.

Hasta hace unos años, la CCI y la CNUDMI, se habían pronunciado en el sentido de no permitir o autorizar el uso de cláusulas escalonadas o mixtas, en virtud de la problemática que representaba el hecho que una misma persona se ostentará con dos personalidades distintas en el mismo negocio.

Sin embargo, dentro de las novedades introducidas en los nuevos reglamentos y las leyes modelo de las anteriores organizaciones internacionales, recientemente se ha permitido el uso de este tipo de cláusulas híbridas y escalonadas, interpretando que dicha proyección descansa, en la teoría contractual de las partes de poder acordar con sus semejantes, todo aquello que deseen y quieran, y no se encuentren impedidas por mandamiento legal o institucional alguno.

Así, la implementación de este nuevo sistema que se propone, busca eficientizar esa flexibilidad que caracteriza a los ADR, la cual deriva de esa autonomía privada de que hablamos, que doma a estos mecanismos, y donde éstos, son muy respetuosos para con aquella, para que de esa manera y no existiendo impedimento legal alguno, las partes puedan establecer libremente en sus contratos la forma y método de solución de conflictos, que mejor se adapte a sus necesidades y preferencias.

Posteriormente y en segundo lugar, se hace un análisis explorativo sobre las disposiciones del derecho nacional español en materia comercial de ADR, con la finalidad de prever la susceptibilidad de aplicar conjuntamente la mediación y el arbitraje; toda vez que como se desprende de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles, estos mecanismos se han ventilado de

manera independiente, no siendo previsores en apariencia, de la posibilidad de implementar en los contratos comerciales la cláusula med-arb.

Por eso, ante la creciente y dinámica evolución del sistema de comercio internacional a través de las fronteras nacionales, hace indispensable evolucionar también en los métodos y técnicas para resolver las controversias surgidas por las propias relaciones comerciales, contribuyendo eficazmente con nuevos instrumentos, que permitan que la solución del conflicto se adecue exactamente a las pretensiones de las partes.

Así las cosas, el proceso med-arb, es el mecanismo de resolución de disputas cuya popularidad se ha ido incrementando considerablemente en los últimos años, la cuestión traslucida de fondo, es si su aplicación deviene de un fundamento histórico convalidado; o en su caso, se precisa la necesidad de evaluar su desempeño a la sombra de la ley, para posteriormente justificar y garantizar su aplicación en las negociaciones comerciales actuales.

Es con base en estos fundamentos, con que se da vida a la presente investigación, no buscando con ello hacer una simple promoción de los procesos de mediación y arbitraje de manera conjunta, sino con la verdadera convicción de aportar la mayor cantidad de información posible en torno a las ventajas e inconvenientes que puede representar su utilización, para que posteriormente a ello, las personas que se sientan interesadas en la adopción de estas cláusulas contractuales, tengan los suficientes elementos fidedignos y enjuiciables, que les permitan ponderarlas adecuadamente y adoptar una decisión que se ajuste a sus verdaderos intereses y conveniencias.

Es por ello, que no debe resultar confusa o problemática la aplicación conjunta de varios mecanismos, ya que los modelos puros no existen; por ello, también se busca ayudar a la reflexión y a la profundización de los distintos modelos utilizables en nuestra actual sociedad y en la riqueza que puede aportar

cada uno, para que como acertadamente lo ha considerado Silvina Funes,⁶ para que adaptemos nuestras intervenciones a las necesidades de tratamiento del conflicto y no al seguimiento dogmático de un estilo personal que no contribuya a superar las propias limitaciones.

Finalmente, agradezco a los lectores que se den el tiempo, comprensión y paciencia, para ojear la presente temática, misma que dada sus diversas contradicciones doctrinales, y los constantes cambios en las disposiciones internacionales y nacionales, fueron variando los matices que permitían su justificación, pero lo importante y que fue el cauce motivador para continuar en este proyecto, es que nunca cambió el sentido de defender mediante la debida motivación y fundamentación, la legalidad de este mecanismo alterno que ahora se propone, con la única intención de aportar al derecho una nueva modalidad, para los individuos en conflicto, en un continuo afán de seguir salvaguardando los valores y armonía de la sociedad, siempre a la luz del Estado de Derecho.

⁶ Silvina Funes Lapponi, “Habilidades para la comunicación eficaz” Capítulo 6, en Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, coords. Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga (España: Editorial Tecnos, 2007) pp. 100.

PRIMERA PARTE

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS ADR

1. Algunos métodos sobresalientes de resolución de conflictos históricos

Desde los orígenes de la vida, el ser humano siempre ha luchado para aprender a interactuar los unos con los otros, así como establecer alianzas que le permitiesen vivir en sociedad y afrontar las adversidades, con el objeto directo de resolver sus conflictos.

Así con los inicios de la vida, la comunicación ha jugado un papel muy importante en la vida de todos los seres vivos, pues en la mayoría de ellos la tendencia a comunicarse es innata. En sus inicios, la comunicación humana se basaba en sonidos y señales (se desarrolló en los inicios de la prehistoria, anterior al lenguaje), principalmente teniendo el pasaje cuando el hombre pasó de ser nómada a sedentario.

Los antropólogos opinan que el hombre prehistórico, entró en la era del habla y del lenguaje alrededor de hace 40.000 años a.C.; en ese contexto, para el hombre Cromagnón el lenguaje ya era de uso común, y una práctica habitual. Y es hasta hace 5.000 años a.C., cuando se produce la transformación hacia la era de la escritura, la que se constituyó en una progresiva herramienta del progreso humano. Llegar a la escritura, significó toda una constante evolución desde las representaciones pictográficas que reflejaban las primeras ideas, hasta la utilización de letras que significaran sonidos específicos.

Así, el progreso inicial del hombre, consistía en aprender el arte de la comunicación, para paulatinamente conseguir un mejor entendimiento de sus expresiones corporales y lingüísticas hacia los demás individuos. Como pasaje ejemplificativo de lo anterior, su manera de comunicación como fue desde las señales de humo a mensajeros a larga distancia, la creación de la imprenta, el

descubrimiento de la electricidad, inventos como el telégrafo, el teléfono, la cinematografía, la radio y la televisión, etc.

Así, desde los inicios de la vida del hombre, éste ha interactuado con sus semejantes como ha podido, para alcanzar lo que quiere, luchar por lo que pretende y *negociar* por aquello sobre lo que no puede ejercer un poder absoluto.

De hecho, la deducción hipotética sobre el tema que nos ocupa es clara, el ser humano ha sido capaz de desarrollar herramientas versátiles para solucionar todos aquellos casos, en los que sus pensamientos o afirmaciones discrepaban de lo aseverado por los demás, donde el problema en esa época se dilucidaba más crítico, en atención a que sus diferencias se traducían en prácticas de sobrevivencia.

La historia empieza con las raíces de los ADR desde los tiempos de la prehistoria, a la era moderna del Derecho Mercantil en Europa. Algunos de los conflictos que trascendieron a través de la historia, por la forma en que fueron resueltos, se pudieran citar los siguientes:

a. Los fenicios: Inventando la negociación comercial

Siendo un grupo de comerciantes notables con gran influencia que duró aproximadamente 300 años (1200-900 a.C.), se cree que ellos racionalizaron en gran medida las transacciones, introduciendo en sus operaciones dos características críticas de negociación comercial:

- Puertos de comercio, y,
- Comerciantes empresariales.⁷

⁷ María Eugenia Aubet Sammler. “El comerç fenici i les comunitats del ferro a Catalunya”. (En *Laietania: Estudis d'història i d'arqueologia de Mataró i del Maresme*, número 8, 1993) 21-40.

Comprometidos profundamente en las negociaciones de mercado, los hallazgos indicaron las firmas de los contratos y otras evidencias de negociaciones sofisticadas. Sobre algunas de ellas, se especula que el arbitraje pudo haber sido empleado para resolver disputas inevitables.⁸

De la misma forma, las primeras prácticas marítimas se remontan a esta cultura, pudiendo haberse desarrollado en la Isla de Rodas, un floreciente precristiano centro mercantil, de acuerdo al documento llamado Ley de Rodas, cuya fecha se remonta a los años 700's a.C., es basado en una tradición más antigua, se dispuso a resolver una de las más comunes áreas de conflicto en el mar: quien es el responsable cuando un cargamento se pierde por tormenta o piratas.

b. El tesoro de los piratas.

Antes de zarpar, los piratas establecían un código de conducta que todos estaban obligados a observar, basado en el principio: "*si no hay botín, no hay paga*". Cuando se saqueaba un barco, el capitán recibía una cantidad ajustada por el barco más una proporción del botín, que se medía por partes iguales. Pero antes de repartir el botín, se pagaban los salarios al oficial (entre 200 y 250 piezas de a ocho) y al naviero que reparaba y aparejaba el barco (entre 100 y 150 piezas de a ocho). A continuación, se daba dinero para indemnizar los daños: 600 piezas de a ocho por pérdida del brazo derecho; 500 piezas de a ocho por pérdida del brazo izquierdo o la pierna derecha; 400 piezas de a ocho por pérdida de la pierna izquierda; y 100 piezas de a ocho por pérdida de un ojo o un dedo. Tras el pago de este seguro médico, el resto del botín era dividido en partes iguales, de modo

⁸ Jerome T. Barret y Joseph P. Barret, A history of alternative dispute resolution. The Story of a Political, Cultural, and Social Movement (E.U.A.: Jossey-Bass, 2004) 69-70. La práctica ya estaba en uso en asuntos internaciones como en el caso de los griegos, egipcios y maris, pero no hay evidencia escrita de esas prácticas de esos tiempos.

que el capitán recibía cinco o seis partes; el contramaestre, dos partes, y el resto de la tripulación, una parte cada uno. Los grumetes recibían media parte. Había un requerimiento estricto de que nadie recibiera más de lo que le correspondía. De hecho, todos los piratas juraban solemnemente que no esconderían ni robarían nada de un barco capturado para ellos mismos. Había varios castigos para los transgresores.⁹

c. La Antigua Grecia

➤ Impuestos

La idea de obtener un resultado correcto mediante un buen procedimiento, en vez de confiar en el juicio de un líder, aparece en la antigua Grecia hacia el 600 a.C., en referencia a un problema que persiste actualmente: *los impuestos sobre la propiedad*.

La solución inventada por el gran estadista ateniense Solón y usada en los tribunales de Atenas se obtenía con el siguiente procedimiento: Cualquier ciudadano que creyera que estaba pagando un impuesto sobre la propiedad demasiado alto podía intercambiar su propiedad por la de otro que estuviera pagando menos. Aunque no está claro qué éxito tuvo esta posibilidad de intercambio en conseguir que la valoración de los impuestos fuera correcta, si se propusiera esto en cualquier Ayuntamiento de la actualidad, sin duda produciría discusiones.¹⁰

⁹ Steven J. Brams, *La solución ganar-ganar. Una nueva técnica de negociación*. Barcelona: Editorial Ariel, 2002. 17-18.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 18-20.

➤ El arbitraje

Como primeros colonos de la época civilizada, los antiguos templos griegos contienen grandes vislumbres de los primeros ADR. A finales del cuarto siglo a.C., los griegos ya habían hecho extensivo el uso del arbitraje y la negociación en sus negocios interestatales.

Los ciudadanos de Atenas se basaban en el arbitraje para ayudar a desobstaculizar el sistema judicial. En los negocios internacionales, ya se incluían las primeras cláusulas de arbitraje en los tratados transnacionales; como ejemplo, podemos citar el tratado entre Mileto y Herakleia, en el cual el árbitro en cualquier disputa futura en que participase tenía que ser “una ciudad democrática y libre”.¹¹ Lo anterior, debido a que los griegos fueron altamente sofisticados en el uso de arbitraje, destacándose Alexander el Grande, por ser un frecuente árbitro en los negocios en Grecia.

d. La Mediación en China

Donde su tradicional cultura de ver la resolución de disputas tiene su origen en la ética confuciana, adoptando tempranamente la mediación. Confucio (551-479 a.C.) enseñaba que la armonía natural no debería ser interrumpida, y los procedimientos adversariales eran la antítesis de la armonía.

Siendo que el mensaje de mediador, ha sido incluido en todas las administraciones gubernamentales. Hoy en China, se estima que hay 950,000 Comités de Mediación, con 6 millones de mediadores, de hecho, ahí hay más

¹¹ S.L. Ager “Interstate arbitrations in the Greek World, 337-90 B.C.” (Los Ángeles: Londres: University of California Press, 1998) p.8.

mediadores por 100 ciudadanos en China, que abogados por 100 personas en Estados Unidos.¹²

De esa manera, la mediación en China, tiene como objetivo no solo responder a un conflicto cuando este estalla, sino también prevenirlo de que suceda. Así, los mediadores chinos, hacen más que tratar de acordar una disputa y continuar, ya que también instruyen a los participantes en como tener una relación para el largo plazo.

e. Muslim Tahkim

Desde los primeros días del islam, Muhammad (570?-632), fomentó y practicó “tahkim” o arbitraje, para resolver una gran variedad de disputas. El rol de Muhammad como árbitro, era sancionado por revelación. Una vez que el islam se convertiría en dominante en una comunidad, las leyes locales eran modificadas para incluir el arbitraje.¹³

La tradición islámica y la cultura se centraban mas en los grupos o comunidades que en lo individual. Originarios en los ancianos de las tribus del Medio Oriente y las villas fueron las prácticas de la resolución de disputas Sulh (acuerdo) and Musalaha (reconciliación) Los dos juntos, frecuentemente referían simplemente como Sulh, habían sido usados para controlar los conflictos y mantener la armonía dentro y entre los grupos sociales muy unidos.

Cabe destacar, que en muchos tipos de conflictos, incluyendo los actos criminales, era común el uso de Sulh, de esa manera desde estos tiempos, en causas criminales era posible alcanzar la justicia restaurativa y disminuir el deseo

¹² W. Jia, 2002, en Jerome T. Barret y Joseph P. Barret, ob. cit. pp. 6-7.

¹³ Moussalli, 1997, en Jerome T. Barret y Joseph P. Barret, ob. cit. pp. 13-14.

de venganza que un grupo o familia podían usar en contra del otros. De esa manera, la tradición islámica apoyaba el uso de los tres originales formas de ADR. (acuerdo, reconciliación y restauración)

f. El arbitraje español

El rey español Alfonso X El Sabio, en 1252 sucedió el trono de León y Castilla, al haber fallecido su padre Fernando III; con la esperanza de continuar la política de integración y reconquista empezada por su padre, su propósito era llegar a África, donde obtuvo algunas victorias iniciales.

En 1257, se convertiría en rey de los romanos por el arzobispo de Tréveris, en nombre de los electores de Sajonia, de Brandeburgo y de Bohemia; dirigió el uso del arbitraje, permitiendo que los abogados de esa época lo practicaran a través de una de sus varias publicaciones las “Siete Partidas”¹⁴.

En 1263, este arbitraje se consideró vinculante;¹⁵ sin embargo, los árbitros mantuvieron el espíritu de la conciliación intentando tomar decisiones armónicas con normas culturales.

g. La Dinastía Yi en Corea

También conocida como la dinastía Joseon, la época de existencia de esta dinastía coreana, se remonta a los años 1392-1910 aproximadamente, fue muy notable por su longevidad y su extenso uso de arbitraje, siendo la última familia y la de más larga duración reinante de Corea.

¹⁴ Precedidas por el Fuero Real, fundamentadas en el derecho romano de Justiniano.

¹⁵ Partida III, Título 4, Ley 1.

Las influencias de la cultura china, fueron muy profundas en esa época, cuando el Neo confucianismo, fue adoptado como la ideología del estado y la sociedad; siendo que a finales del siglo XVI y principios del XVII, Corea sufriría constantes invasiones por parte de los japoneses y los manchúes.¹⁶

Muchos capitales culturales se perdían con las constantes invasiones, costándole al país cerca de un siglo para recuperarse. Antes de finalizar el siglo XIX, las potencias extranjeras de nuevo pusieron en peligro a Corea; siendo anexionada por Japón en 1910.

Debido a su aislamiento con el exterior por las continuas invasiones, ha dicho régimen no le era posible emplear el arbitraje en disputas internacionales, pero era ampliamente practicado en una variedad de disputas comerciales y civiles entre los ciudadanos.¹⁷

h. Los bosquimanos de África.

En la década de 1950, Elizabeth Marshall Thomas,¹⁸ realizó varios viajes de estudio de los bosquimanos de África sudoccidental, la última población de tamaño significativo que todavía vivía de la caza y la recolección. En su libro, *The Harmless People* (1959) señala que las presas están “*divididas de una sola vez mediante un rígido sistema de reglas*”. La autora añade: “*cuando se observa a los bosquimanos dividir una presa, el reparto parece muy desigual, pero es su sistema y, al final, ninguna persona come más que otra*”.

¹⁶ Vid: https://es.wikipedia.org/wiki/Dinast%C3%ADa_Joseon

¹⁷ Jerome T. Barret y Joseph P. Barret, ob. cit. pp. 8-9.

¹⁸ Steven J. Brams, ob. cit. pp. 13-14.

Ello, ya que a los cazadores les correspondía una mayor proporción de la presa porque de cierta forma, eran ellos los que la habían cazado; lo mismo ocurría con algunos de los miembros de la tribu, quienes por razones de cultura o porque así lo establecían sus normas, ostentaban una jerarquía mayor que los demás habitantes, y por tal motivo, gozaban de mayores beneficios.

De esta forma, el conflicto aparece, cuando se determina formalmente la parte que le corresponde a cada uno; las cuales, al no ser iguales, creaba desacuerdo entre los miembros de la tribu. Sin embargo, aunque algunos miembros de la tribu que tomaban parte en la cacería recibían más carne que otros, la compartían voluntariamente con los demás, solucionando de esa forma el conflicto. Al final, señala la autora: *“Lo que se cuenta para los bosquimanos no es la cantidad de carne que come cada persona, sino la propiedad formal de cada parte”*.

En todos estos pasajes de la vida humana, el individuo en todo momento se ha esforzado por encontrar la respuesta a sus conflictos, a veces de manera pacífica y voluntaria, otras muchas veces, teniendo que recurrir a un ente investido de suficiente potestad, para que en uso de ese poder que ostenta, resuelva la contienda que se le presenta.

Nótese que siempre en primera instancia, los particulares tuvieron la oportunidad –como cauce natural a la solución de conflictos–, de ser ellos mismos los propios resolutores de la controversia, y solo ante el fracaso de esa oportunidad, es cuando se presenta la llana intervención del Estado, para coadyuvar al logro de sus objetivos, pero según se entiende a través de la historia, en ningún momento con la intención de sustituir la autonomía de la voluntad de las personas en la solución del conflicto, sino solo complementando las deficiencias de aquella.

2. Las raíces religiosas de los ADR

Las tres principales cepas del judaísmo, cristianismo e islam, jugaron significantes roles en la resolución de conflictos entre sus seguidores. Estos primeros precursores patrocinados por la religión en las prácticas de los ADR, incluían negociación, mediación y arbitraje, tan bien como las Cortes Eclesiásticas. Las Cortes, con sus fuertes intereses en establecer relaciones pacíficas entre los grupos religiosos, estaban fuertemente fomentando a los disputantes para usar la negociación, mediación y arbitraje previamente o en lugar de una Corte.¹⁹

Además, en tratándose de mediadores, conciliadores o amigables componedores, la historia nos da cuenta desde el antiguo testamento,²⁰ de ser oficios practicados por reyes, profetas, maestros de la ley o simples ciudadanos a los que recurría el pueblo en busca de la solución a sus conflictos.

a. Establecimiento de la paz cristiana (Christian Peacemaking)

La tradición cristiana sobre la resolución de conflictos se basa en un número de referencias bíblicas, incluyendo uno de arbitraje en Corintias 1, que sugiere un conocimiento muy temprano de los ADR como una alternativa para la guerra: *“in the obscurity of older time a desire would arise to replace armed combat by arbitration...”*.²¹ De igual forma, en pasajes evangélicos de Mateo 18, se habla de perdón y reconciliación pacífica.

En numerosos otros lugares, la Biblia habla en el trabajo pacífico con otros, para evitar usar las Cortes o la violencia en la resolución de disputas. *El sacerdote*

¹⁹ Jerome T. Barret y Joseph P. Barret, ob. cit., pp. 9.

²⁰ (Reyes 3:16-28 XVI, la Biblia para Latinoamérica)

²¹ Traducción: “En la obscuridad de mayores tiempos surgiría un deseo de sustituir la lucha armada por el arbitraje”.

*frecuentemente servía como mediador y árbitro en una serie de cuestiones que involucraban a los feligreses.*²²

Los propios Papas frecuentemente entraban en negociaciones, algunas veces en su propio favor y otras veces en favor de otros. Entre los cuales, figura un caso famoso, el de Pope Leo El Grande, mismo que de una manera espectacular y misteriosa, persuadió a Attila the Hun, para preservar la ciudad de Ravenna, la capital occidental del Imperio Romano, en una reunión en los bancos del Mincio River en el verano del año 452 d.C.

3. Prácticas Medievales.

Después de la caída del Imperio Romano, probablemente las instancias mejor documentadas de ADR en la Edad Media fueron llevadas a juicio ante un rey. Ello, ya que aún y que los ADR son esencialmente un proceso no violento, en las primeras etapas de su existencia, se trataba de una cuestión de grado, de jerarquía, de sumisión. Siendo que, en algunos casos, la violencia ritualizada del duelo podría ser visto como algún inicio de los ADR.

Para los participantes, un duelo, un juicio por combate, no era visto como una cuestión de hacer lo correcto, sino eso era un camino de adivinar el juicio de Dios, intensificándose entonces con lo anterior, la noción que la violencia común lentamente se canalizaba en un proceso; sin embargo, el resultado fue todavía una pelea, pero solamente bajo ciertas circunstancias y para resolver un problema específico.

²² Jerome T. Barret y Joseph P. Barret, op. cit., pp. 45-55

4. Aspectos relevantes de los ADR en los últimos siglos

a. Prácticas pre-revolucionarias

Para el Siglo XVI, hay vestigios de los primeros colonos americanos que arribaron con una comprensión de los ADR, derivada de sus experiencias empresariales vividas en Europa. Lo que sirvió de base para que Massachusetts y Pennsylvania, Estados Unidos de América, en el año de 1632 y 1705, respectivamente, obtuvieran las primeras aprobaciones para legislar en materia de arbitraje.

Pero los precursores de esa época de los ADR fueron también desarrollados fuera del ámbito gubernamental, frecuentemente denominados privados. Esta última inclusión, se debía a que los seguidores de los ADR, preferían esta privacidad porque eso evitaba atención negativa indeseable; de esta forma, aunque de una manera muy informal y subjetiva, la confidencialidad de los particulares para someter sus disputas a los tribunales públicos ya empezaba a tener sus pequeños orígenes para evitarlos, y preferir acudir a órganos privados y discrecionales.

Para inicios del año 1800, el avance fue significativo, ya no solo se tenía el conocimiento suficiente de los procesos de ADR, sino que también se había desarrollado la experiencia suficiente con sus precursores - negociación, mediación y arbitraje- estos últimos por ser las vías existentes desarrolladas desde los orígenes y donde nacieron las primeras consecuencias de derecho hasta nuestros tiempos.

En los siglos XVIII y XIX, el arbitraje comercial y marítimo fue desarrollado bajo el auspicio de las asociaciones de comercio, cámaras e instituciones especializadas en el arbitraje. Conviene precisar, que la primera institución de arbitraje con alcance mundial fue la Court of Arbitration of the International

Chamber of Commerce (ICC), fundada después de la Primera Guerra Mundial en 1919.²³

El arbitraje ha sido una alternativa al litigio usado a lo largo del mundo por miles de años, y su uso ha sido favorecido por la ley en la mayoría de las jurisdicciones americanas por más de 60 años; simultáneamente, fue el mecanismo usado en el siglo XIII por los comerciantes ingleses quienes preferían tener sus disputas resueltas de acuerdo a sus propias costumbres (the law merchant), preferible a las leyes públicas.²⁴

Todo lo anteriormente relatado, sirvió para que durante la tercera parte de los años 1,800's, los grupos de negocios de comercio empezaron a soportar a los ADR como una manera de política institucional, creándose un significativo impulso para lo que había sido una práctica ad hoc, y poco formalizada.

Sin embargo, no todo fue triunfos y compatibilidad con estos métodos, en la práctica de esta modalidad tan importante de los ADR, y a manera de opiniones de sus seguidores, empezaron a surgir interrogantes sobre el porqué los árbitros no explicaban sus razonamientos, incluso en aquellos largos laudos arbitrales; lo que no ameritó atención especial alguna, ya que en el año 1947, se emitió una guía escrita de la Asociación Americana de Arbitraje,²⁵ donde se plasmaba que no se requería una explicación escrita:

“the arbitrator, unless the submission provided otherwise, is not required to state the reasons for the conclusions reached but may do so if he sees fit. In labor arbitration,

²³ Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, “Disputants’ perspectives on the differences between mediation and arbitration”. (Negotiation Journal 6, (3) , 1990) 259

²⁴ Ibid, p. 661

²⁵ vid: <https://adr.org>. Creada en 1926, la nueva organización estandarizó los programas y actividades de las organizaciones existentes en E.U.A., desarrollando distintos paneles de arbitraje. Se convirtió en la principal organización en temas de arbitraje y otros ADR, promoviendo y fomentando el arbitraje comercial en el país que la vio nacer. Actualmente, la AAA es la administradora de la mayoría de programas sobre resolución de conflictos.

*it has become a general practice to write an opinion to accompany the award, so as to promote a better understanding of the collective bargaining agreement and the human relations involved”*²⁶

Por lo que se refiere a la mediación,²⁷ su clasificación no diversa mucho del arbitraje, textos muy antiguos nos ilustran en cuanto al uso en el pasado de prácticas de mediación. La investigación realizada por Cardinet,²⁸ hace remontar la historia escrita de la mediación a 500 años antes de Cristo, en papiros aparece la palabra “mesites” para calificar Mitra, semidiós y semihombre que servía de enlace entre la humanidad y lo divino.

En el siglo II después de Cristo, esta palabra se tradujo en latín como *mediator*, por la necesidad de clasificar quien sería el intermediario entre ellos y Dios o el universo. De igual manera, aparece la figura de Jesús como mediador entre Dios con los hombres, Aristóteles en la constitución de Atenas, evocaba a Solón como reconciliador entre dos bandos. Ya para finales de 1382, tomada del latín *inmediatus* aparece *immédiat*,²⁹ en el sentido directo y sin intermediario.

El uso pormenorizado y continuo de esta práctica, con el sentido de intervención destinada a conciliar a personas o partes, hizo que para el siglo XVI se testificara y se adicionara a diferentes textos legales el uso de la palabra “mediation”, como por ejemplo, desde el año 1697 se incluye en el diccionario de la Academia Francés.

²⁶ F. Kellor, *American arbitration: Its history, function and achievements* (E.U.A.: Harper Collins, 1948) 18-46. Traducción: El árbitro, a menos que la sumisión dispusiera otra cosa, no es requerido para indicar las razones de las conclusiones alcanzadas, pero puede hacerlo si lo estima conveniente. En los arbitrajes laborales, se ha convertido en una práctica general escribir una opinion para acompañar el laudo, así se promueve un mayor entendimiento de los acuerdos de las negociaciones colectivas y las relaciones humanas involucradas.

²⁷ Alain Pekar Lemereur y otros., *Método de mediación. En el corazón de la mediación* (México: Grupo Editorial Patria, 2010) 11-12

²⁸ *Ibid.*, p. 7

²⁹ Alain Pekar Lemereur y otros, *op. cit.* p 7.

La función del mediador institucional fue inventada por los suecos, y llamada desde 1809 *ombudsman*,³⁰ hombre a cargo de una misión (ombuds), en busca en este caso de justicia en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

5. Resolución de conflictos internacionales

Desde la época de los griegos, quienes enfatizaron la anarquía por sus constantes guerras territoriales con sus vecinos más cercanos, existen vestigios en sus antiguos templos que contienen fascinantes vislumbres de la historia de los primeros medios alternos de solución de conflictos. Así, a finales del Siglo IV antes de Cristo, o incluso antes, los griegos hicieron extensivo el uso del arbitraje y mediación en sus negocios interestatales, y sus permanentes conquistas territoriales.

Los atenienses, ya portaban el estandarte en el uso del arbitraje, *para ayudar a desobstruir su ocupado sistema judicial*. En los negocios internacionales, sus accesorios para el proceso pueden ser vistos a través de la inclusión de cláusulas de arbitraje en muchos tratados.³¹

Los griegos fueron altamente sofisticados en el uso del arbitraje, prueba de ello fue Alexander el Grande, uno de los más grandes emperadores de la Antigua Roma y quien fuera un frecuente árbitro en los negocios en Grecia; para complementar lo anterior, existía también la figura de Papa Pacificador,³² ya que los Papas fueron frecuentemente diplomáticos y sus determinaciones acatadas por el pueblo romano.

³⁰ Ibid. p. 22.

³¹ S.L. Ager, *Interstate arbitration in the Greek World* (E.U.A.: B.C. Berkeley. University of California Press) 8 e.g.: En un tratado entre Miletos y Herakleia, el árbitro en alguna disputa futura tenía que ser “una ciudad democrática y libre.”

³² Jerome T. Barret y Joseph T. Barret, op. cit., 32-34

Por lo que se refiere a las primeras actividades comerciales marítimas del que se tiene un registro en la historia, pudieron haber sido en la Isla de Rodas, un floreciente pre-cristiano centro mercantil. El documento llamada Ley del Mar de Rhodian, cuya fecha data alrededor del año 700 antes de Cristo, pero es basado en una tradición más antigua, se dispuso a resolver una de las más comunes áreas de conflicto en el mar: quien es responsable cuando un cargamento se pierde por tormenta o piratas, o cualquier otro acontecimiento que fuera ajena a la voluntad de los contratantes.

Los colonos peregrinos, convencidos que los abogados amenazaban la armonía cristiana, escrupulosamente evitaron abogados y tribunales, prefiriendo usar su propio proceso de mediación para hacer frente a los conflictos de la comunidad. Cuando un desacuerdo surgía, dos o tres miembros varones de la comunidad intervenían con los disputantes. Aunque ellos llamaron a ese proceso mediación, eso era un nombre equivocado, desde que la mediación podría tomar una decisión que sería aplicada por la comunidad.³³

La colonia inglesa de los nuevos Países Bajos, también desarrollaron un proceso para resolver las disputas de la comunidad; aunque los colonos lo llamaban reconciliación, *eso era realmente un arbitraje seguido por una conciliación*. Cuando un desacuerdo surgía, un tablero de nueve líderes de la comunidad, todos ellos hombres, buscarían determinar la culpa, evaluar los daños, emitir una decisión, y entonces promover la reconciliación entre los disputantes. La colonia sueca en Delaware usaba un proceso similar.

Las influencias europeas fueron caracterizadoras del arbitraje comercial internacional que se conoce en nuestros días, el uso generalizado a lo largo del período Colonial Holandés (1624-1664) y el período de la Colonia Inglesa (1664-1776), tuvieron sus influencias en la Ciudad de Nueva York, donde los

³³ Alain Pekar Lemereur y otros, op. cit., p.58.

comerciantes de otras colonias también habían traído sus experiencias de arbitraje comercial y destrezas a el entonces conocido como el Nuevo Mundo.

a. Las relaciones con los nativos americanos.

Las palabras “caucus”³⁴ y “pow pow ”³⁵ eran derivados indios, subrayando la tradición Nativa Americana de tomar y resolver sus propios conflictos. Los gobiernos indios y la resolución de sus disputas han ido evolucionando por cientos de años cuando los primeros colonos europeos arribaron por primera vez en el continente americano.

Simultáneamente la actividad en Europa, se extendía a todos sus países miembros, y es en 1698, cuando la Irlanda promulgó la *primera Ley de Arbitraje*,³⁶ de la que se tiene conocimiento y se mantuvo sin cambios por 250 años; como justificación de su uso se utilizaban las siguientes palabras:

*“Eso era legal para todos los comerciantes, personas de comercio y otros deseando terminar con el arbitraje alguna controversia, problemas o peleas –para lo cual no había otro remedio para acciones personales o peleas en equidad, para llegar a un acuerdo que la sumisión de un problema sería resuelta por una persona o personas de las Cortes Registradas de su Majestad, quienes para resolver el arbitraje aplicarían alguna regla de las Cortes Registradas (antecedentes) que las mismas partes elegirían...”*³⁷

³⁴ En mediación, audiencias privadas y confidenciales entre el mediador y uno o mas participantes que excluye a otros participantes. Dictionary of Conflict Resolution.(E.U.A.: Jossey-Bass, 1999)

³⁵ Vid: Jason T. Barret y Joseph. P. Barret, op. cit. pp.14-15.

³⁶ Dicha ley, estableció diversos principios que en la actualidad continúan insertados en los procedimientos de arbitraje: a las partes se les permitió elegir libremente a su propio árbitro, y todos y cada uno de los laudos arbitrales (arbitration awards) fueron registrados en el Tribunal Estatal, quien a su vez se encontraba inmiscuido para la ejecución de dichos laudos. Es así como se insertan en la competencia internacional las primeras funciones de los métodos alternos de solución de conflictos, al menos de los que se tiene un antecedente fidedigno y estampado en un cuerpo normativo, que a la fecha sigue siendo las bases en las que se asientan los ordenamientos internos de cada país.

³⁷ Dublín International Arbitration Centre. (2004)

En esta época de desarrollo en la vieja Europa, en Estados Unidos, específicamente en New Orleans (1871), nace un importante puerto para el envío del algodón del sur, cuyas actividades eran respaldadas también por el recién creado “New Orleans Cotton Exchange”, el cuál proporcionaba una organización comercial para los compradores y vendedores de algodón de esa zona geográfica.

Dicha organización formalmente constituida, optó por *la mediación y el arbitraje* para resolver las disputas entre sus miembros y comerciantes. Con este proyecto puesto en marcha, se empezaron a desarrollar similares intercambios o mecanismos de mercado en otros grandes puertos de Estados Unidos de América, con los mismos afines y durante este mismo siglo.

Entre los organismos de estirpe americana más sobresalientes sobre este tema, destacan, la Cámara de Comercio de la Ciudad de Sioux, Iowa, que estableció la Cámara de Arbitraje para resolver disputas entre sus miembros en 1873; como otras Cámaras de Comercio similares, donde principalmente se fomentó el uso de la mediación como la principal forma de resolver los conflictos entre sus agremiados.

En el Norte de Estados Unidos de América, la Bolsa de New York, en el año de 1872, y previa a la modificación de su Constitución, permitió el uso del arbitraje para resolver las disputas entre los miembros de la bolsa y sus clientes, este pasaje se dio en un momento en que los consumidores y los clientes tenían pocas vías para la resolución de sus quejas.

Ya para el año de 1887, se descubrieron por diversos arqueólogos alrededor de 350 cartas escritas sobre tablas de arcilla en Tell el Amarna, Egipto,³⁸ siendo en estos tipo de documentos, donde se descifraría el Sistema “The Amarna”, el cual justifica el inicio de las relaciones internacionales, las cuales

³⁸ Jason T. Barret y Joseph. P. Barret, op. cit., 15-16

empezarían en el año de 1,400 antes de Cristo, sistema que fuera desarrollado y usado por los grandes reyes de la región para comunicarse en comercio, guerra, paz, y sus relaciones amistosas.

b. El Arbitraje en el gobierno federal de E.U.A.

Con todas estas implementaciones en materia de métodos alternos de solución de conflictos, que habían tenido tan buenos resultados en los organismos públicos y privados, el gobierno federal de los Estados Unidos de América, a través de su Secretario de Estado de esa época William Jennings Bryan (1860-1925), incitó agresivamente al gobierno norteamericano para convertirse en esa época como el principal impulsor y participante en los arbitrajes internacionales, y ser el motor que difundiría su implementación en los países modernos.

De manera paralela a este impulso norteamericano, en la lejana Europa proseguían también los impulsos en bloques independientes de los países europeos, en su afán de consolidar una figura que les sirviera de herramienta para sus continuas diferencias en las operaciones internacionales con sus similares.

Nicolás II, el último “czar” de Rusia (1868-1918), proclamó en su coronación en 1894, su intención para mantener la paz con sus vecinos y Europa; convocaría entonces, *la Conferencia de la Haya en 1898*, donde se discutiría la paz internacional a través del desarmamiento y la resolución de disputas de la manera menos violenta posible.

Las 24 naciones de ese entonces, participaron en la Conferencia de mérito; sin embargo, el resultado obtenido no fue acorde con el tema relativo al

desarmamiento de sus unidades militares, pero sí rindió frutos en otros temas pacifistas, estableciéndose la Corte Permanente para el Arbitraje en la Haya.³⁹

Aunque la Corte Permanente de Arbitraje fue creada por los gobiernos nacionales, su jurisdicción incluía disputas comerciales y empresariales, donde dos o más naciones estuvieran involucradas, así como todos los acuerdos que se realizaren en materia comercial y que afectaran a los negocios mercantiles.

Por su parte, en 1920, a través de la nueva iniciativa de la Asociación de la Barra de Nueva York y la Cámara de Comercio de Nueva York, nace y se aprueba la que sería *la primera Ley de Arbitraje moderna*, misma que fuera aprobada en la propia Ciudad de New York, Estados Unidos de América.

Teniendo este antecedente, y siendo que había surgido de una ciudad, la cual había sido participante activo con la mayoría de las transacciones internacionales de ese tiempo, provocó que para el año 1925, otros 15 Estados Norteamericanos hicieran lo mismo. Con esta respuesta de los diferentes gobiernos estatales de los Estados Unidos de América, es cuando el Congreso de los Estados Unidos de América, promulga la Ley de Arbitraje de aplicación federal en ese país, misma que a la fecha, sigue siendo la base del comercio marítimo.

Y mas aún, por primera vez se autorizaba a los tribunales jurisdiccionales, para hacer cumplir el laudo emitido por un árbitro que particularmente era firme, dando a dicho laudo un estatus jurídicamente igual a la decisión de un tribunal judicial.

³⁹ Creada en la Primera Conferencia de Paz de 1899, mediante la Convención para la solución pacífica de normas optativas de conciliación para todo tipo de disputas.

c. Primera Guerra Mundial (1914-1918)

Para el término de la Primera Guerra Mundial, uno de los más ambiciosos acuerdos diplomáticos de los Estados Unidos, fue el realizado por el Presidente Wilson,⁴⁰ en un esfuerzo por crear una paz duradera siguiente a la tan devastadora Primera Guerra Mundial.

Como político, Wilson fue un gran orador en grupos pequeños, implementó usar juegos de palabras and limericks, al igual el uso de historias tipo “folksy”, usando acentos escoces o irlandés, las cuales eran reconocidas como buenas cualidades en un negociador para crear rapport.

Wilson murió decepcionado por dos cosas: las negociaciones Europeas y la falta del apoyo del Congreso por sus esfuerzos de paz de largo alcance; de esa forma, al no haber obtenido el éxito pensado con sus esfuerzos infructuosos para poner fin a la guerra, lo único que tácitamente se consiguió, y que muchos historiadores opinan, fue sentar las bases para la próxima guerra mundial.

d. Segunda Guerra Mundial (1939-1945)

La Segunda Guerra Mundial requirió incluso, un gran incremento en la producción en general de recursos y armamentos que la Primera Guerra Mundial, para poder satisfacer todas y cada de las necesidades que aquella propició. Por tal motivo, la administración estadounidense puso en marcha numerosas barras y comisiones para facilitar la producción en la guerra y resolver las disputas laborales.

⁴⁰ Vid: <https://www.whitehouse.gov/1600/Presidents>. Presidente de los Estados Unidos de América de 1913 a 1921.

En marzo de 1941, el Presidente Roosevelt (1882-1945), creó la “National Defense Mediation Board”, con cuatro miembros cada uno, con representantes de los trabajadores, de la administración empresarial, y el público. La función de la barra era actuar como una súper agencia de resolución de disputas manejando casos que no fueron resueltos por los mediadores de la USCS.⁴¹

Siendo enero de 1942, en un afán de reemplazar la National Defense Mediation Board, por el uso inadecuado que se le había dado, se creó la tripartita War Labor Board, con cuatro miembros cada uno, incluyendo miembros de los trabajadores, de la administración y del público.

Los mediadores de la USCS creían que la existencia de la WLB,⁴² ofrecía a los trabajadores y a la administración patronal una segunda opción para repartir la manzana: “*second bite of the apple*”, por el cual ellos entendían que una parte de los mediados que no estaban completamente satisfechos con el resultado de la mediación ante la USCS, se moverían a la WLB para una segunda oportunidad. Esto, claramente evidenciaba, las continuas desavenencias de las partes, por no existir un mecanismo que claramente se hubiere adaptado a la resolución del conflicto.

Una de las acciones más positivas tomadas por la WLB para promover los ADR involucraba los agravios del arbitraje; *y de esta forma se empezaba a notar y hacer valer la congruencia del laudo arbitral y los fundamentos con los cuales fue dictado el mismo.*

⁴¹ Vid: Jason T. Barret y Joseph P. Barret. La USCS estaba formada por mediadores, con una frase célebre de: “vamos a trabajar fuera” (let’s-work-it-out). Como punto de vista, contenido para ser armado con solamente el poder de persuasión y con menos educación formal que la “WLB staff”.

⁴² Vid: Jason T. Barret y Joseph P. Barret Barret. En 1942, se creó la tripartita War Labor Board, con miembros de los trabajadores, de la administración y del público.

Fin de la Segunda Guerra Mundial. Para el final de la Segunda Guerra Mundial, los ADR habían ganado un nuevo nivel de uso y aceptabilidad; un grupo de mediadores y árbitros con experiencia habían sido creados por la WLB y la USCS, y muchos representantes de los trabajadores y de la administración del trabajo, habían ganado experiencia como negociadores y usuarios de mediación y arbitraje de una manera individual y conjunta.

Con estos avances ideológicos, se plasma un nuevo resurgimiento de los métodos alternos de solución de conflictos, pero ahora, ya afianzados por la experiencia que les había dado su uso en algunos de los acontecimientos internacionales más polémicos que han existido en la humanidad en el siglo pasado, y que se refiere a las Guerras Mundiales.

Posteriormente, y con la oportuna creación de la “American Arbitration Association” y la “FMCS”,⁴³ se propusieron crear una lista de asuntos que serían arbitrables a través de los denominados árbitros de quejas (grievance arbitration). En este sentido, varias barras de mediadores de diversos Estados que empezaron a surgir con el auge de los ADR, también empezaron a dilucidar y establecer su propia lista de asuntos arbitrables.

Dentro de este contexto, la práctica del arbitraje de queja, había quedado suficientemente establecido después de la Segunda Guerra Mundial, tan es así, que en los propios libros de texto el tema comenzaba a aparecer, y fue a través de los profesores de leyes Whitney McCoy y Clarence Updegraff,⁴⁴ quienes escribirían una de las primeras notas sobre el tema: “Arbitration of Labor Disputes”.

⁴³ Vid: <http://www.fmcs.gov>. Con funciones desde 1947, la Federal Mediation and Conciliation Service.

⁴⁴ Clarence Updegraff, “Arbitration and Labor Relations” (E.U.A.: Washington University Law Review, Issue 1, 1949)

6. Acontecimientos post-guerras

Con la excepción de la Guerra Coreana, los años 50's fueron un período más silencioso que los años 40's. Las negociaciones colectivas y el uso de la mediación fueron en crecimiento, como lo hizo el arbitraje de queja.

La FMCS empezó un pequeño programa de entrenamiento llamado "Preventive Mediation", destinado a ayudar a los trabajadores y a la dirección del trabajo para mejorar sus relaciones.

a. El Tribunal Supremo y el arbitraje de queja.

En 1960, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, dictó varias sentencias en los casos que le habían presentado el Sindicato de la United Steelworkers durante los años 1950's. Estas decisiones, que fueron conocidas como la Steel Trilogy, mejoraría enormemente el estatus del arbitraje de queja.

En los casos de la Steel Trilogy, los acuerdos en las negociaciones colectivas incluían una disposición que exigía un arbitraje para las violaciones, o las quejas en los contratos. Para ello, los trabajadores en cada uno de esos casos habían rechazado llevar sus disputas al arbitraje, teniendo como objetivo primordial elevarlas de nueva cuenta al Tribunal Supremo por los méritos de cada uno de los casos.

Consecuentemente a lo anterior, el Tribunal rechazaría tener intervención en los supuestos que le fueran presentados, y optó acertadamente por simplemente hacer cumplir el acuerdo previo de las partes mediante un arbitraje de queja; por lo que de nueva cuenta, se plasmó la necesidad de que los expertos en el arbitraje, fueran el foro apropiado para dirimir las controversias de este grupo de trabajadores.

Como resultado de la Steel Trilogy, el prestigio del arbitraje y de los árbitros fue muy mejorado, ya que el tribunal cumpliría el laudo arbitral excepto por razones limitadas: *si el árbitro excedió su autoridad o fue sobornado*.

b. Los ADR en los años sesentas

En los años cincuentas, era frecuente el pensamiento de tiempo de prosperidad; así, durante la administración del Presidente Dwight David Eisenhower (1953-1961), quedaron plasmadas dos consideraciones claves en relación a los ADR de esa época:

- Se logró una vasta experiencia de los profesionales de los ADR, mismos que se iban perfeccionando a la vez que participaban en negociaciones tradicionales continuamente.
- Esta nueva década empezaba con el alto idealismo proyectado por la elección de John F. Kennedy, como presidente; lamentablemente con su asesinato, las nuevas protestas y demandas por derechos se tensaron, con los caos de repentinos y frecuentes asesinatos, los ciudadanos esperaban un servicio ininterrumpido de agentes de policía y servicio de bomberos, así como la espera de los padres para que hubiese maestros en las aulas escolares, también los propietarios de las casas esperaban recolección de basura, entre otras muchas expectativas ciudadanas que de una manera intolerable no eran subsanadas por el gobierno.

Con los caos al por mayor y con la insuficiencia del gobierno para hacer frente a este tipo de incidentes, se excedió la capacidad de los mantenedores de paz tradicionales (la policía) y los solucionadores de disputas (los tribunales), y permitieron de nueva cuenta la apertura de los

ADR como buscadores de la paz social, pero sobre todo por la amabilidad y nobleza de estos medios para resolver las contiendas entre particulares.

Lo anterior trascendió a la luz de los propios servidores públicos, mismos que al darse cuenta de las inconformidades sufridas por los ciudadanos, optaron por considerar su unión a las filas de aquellos que buscaban la protección de derechos adicionales, lo que sirvió para que de nueva cuenta los ADR se afianzaran con un nuevo nivel de conciencia pública y aceptabilidad generalizada; recordando que el carácter predominante en esta etapa de los ADR había sido contemplado de manera formal solamente en disputas comerciales y laborales.

Con esto, se abría una nueva visión del alcance para los ADR en los conflictos existentes en la esfera pública gubernamental.

En el ámbito laboral, las cosas no fueron muy diferentes, cuando una huelga amenazaba en estallar, la gente ya conocía la imposibilidad jurídica y material de hacer frente a la misma o apoyarla por los medios gubernamentales, mismos que dado los antecedentes de guerra, se encontraban totalmente devastados.

Es entonces, cuando alejados de la credibilidad del gobierno de solventar estos problemas, las personas empezaron de nueva cuenta a decantarse por los ADR, como forma pacífica de solucionar sus contiendas. Así, cuando un mediador u otro profesional con experiencia en el área de los medios alternos de solución de conflictos, intervino y evitó lo peor, el público seguía vislumbrando el poder de los ADR.

c. Reacción mixta del gobierno

En la misma década de los años sesentas del siglo pasado, y con el deterioro existente en la calificación de las acciones gubernamentales, surgiría

otra problemática laboral, y es que la mayoría de los empleados públicos trabajaba para el Estado o gobierno local bajo el sistema de servicio civil, quienes no tenían provisiones para la representación sindical, donde destacaría que algunos de ellos usarían la legislación existente en ese entonces, para iniciar un proceso de ADR que resolviera sus disputas.⁴⁵

Con estos antecedentes de la época, el sector público dio lugar a sus propios medios alternos de solución de disputas (híbridas), incluyendo uno de nombre “consulta o meet-and-confer” (una limitada forma de negociación), “fact-finding con o sin recomendación”, “cooling-off periods”, o “arbitraje mixto” (también llamado final offer arbitration),⁴⁶ y otros procesos contradictorios, tal como “*binding fact finding*”, “*mediación vinculante*” y “*arbitraje no vinculante*”.

Esta época, fue capitalizadora de la incorporación de los mismos mecanismos solucionadores de conflictos existentes desde los orígenes de los hombres, pero ahora de forma complementaria, mixta o conjunta, los cuales de una manera formal fueron adaptados por los gobiernos, para posteriormente implementarlos en su cuerpo normativo, lo que se conoce actualmente como “cláusulas escalonadas”.⁴⁷

d. Los ADR y su incorporación en otras áreas: los nuevos asuntos ambientales

El 22 de abril de 1970, los americanos celebraron el primer “Earth day” (Día de la Tierra), una creación del Senador de esa época Gaylord Nelson (1916-2005),

⁴⁵ Jason T. Barret y Joseph P. Barret, op. cit. p. 55.

⁴⁶ Donald E. Conlon y Christopher J. Meyer, en *The Handbook of negotiation and culture*, (coords.) Michele J. Gelfand y Jeanne M. Brett. (E.U.A., Stanford University Press, 2004) 262. El árbitro debe seleccionar una de las dos ofertas finales ofrecidas y hechas por los disputantes, la estrategia es entregar una oferta que aparece ligeramente razonable para la tercera parte que la de la otra.

⁴⁷ Vid: Capítulo V. La vinculación de procesos med-arb a través de cláusulas escalonadas.

en Wisconsin, E.U.A., que serviría para que el país tuviere conocimiento sobre las cuestiones ambientales que empezaba a tener preponderancia en el paradigma social internacional, por la contaminación en el globo terráqueo.

Con ello y como era de esperarse, resurgieron nuevas formas de presentarse los conflictos, lo que permitió que de nueva cuenta los especialistas enteros de los ADR desarrollaran nuevas estrategias que servirían para aplacar estos rubros conflictivos.

Probablemente el primer caso de mediación ambiental en los Estados Unidos, se refería a la propuesta de una presa de control de inundaciones en el Snoqualmie River en el Estado de Washington, de lo que hasta ahora, no se tiene el dato conciso de que así haya acontecido. Con este antecedente de participación conjunta con los gobiernos locales, dentro de los siguientes 10 años, los grupos de mediadores ambientalistas de reciente creación estuvieron operando en 12 estados de Norteamérica.

e. La SPIDR

La “Society of Professionals in Dispute Resolution” (SPIDR por sus siglas en inglés), fundada también en los años setentas, ejemplificó la historia de expansión de los ADR. La fundación, desarrollo, y el crecimiento de miembros de la SPIDR demuestra la propagación de los ADR desde el sector laboral dentro de los escenarios de disputas emergentes. Al pasar de una década, con esta notoria participación, la SPIDR tendría más de mil miembros representando una matriz de nuevas áreas de disputas.

Para este entonces y antes de finalizar la década de los setentas, la difusión de los ADR atrajo la atención de los primeros Colegios de Abogados, las

escuelas de leyes, universidades en general, Estados y algunas organizaciones no lucrativas, que conjuntamente empezaron a actuar para la promoción de los ADR, así como su incorporación en el desarrollo de los subtemas de su competencia.

f. Stands for Principles, Assumptions Steps, and Techniques (PAST)

Cabe precisar que en 1974, miembros del personal de una oficina con experiencia en negociaciones colectivas y mediación en Estados Unidos de América, adicionalmente a lo ya existente, produjeron el P.A.S.T.⁴⁸, modelo de negociación basado en los intereses, así como un programa de entrenamiento de dos días para juntamente instruir a los obreros y patrones en la negociación basada en los intereses.⁴⁹

g. Arbitraje Judicial y Servicio de Mediación (JAMS por sus siglas en inglés)

En 1979, en Santa Ana, California, siendo aún Juez H. Warren Knight de los Ángeles, California, fundó el JAMS, siendo la organización de administración de arbitrajes privados más grande de los Estados Unidos de Norteamérica.

El auge de esta organización y con el retiro del Juez Warren inminente, la proliferación de este centro se extendió bajo las creencias que los abogados y sus

⁴⁸ **PAST.** (Stands for Principles, Assumptions Steps, and Techniques). Los principios y los supuestos integrados, reemplazaron lo negativo de las negociaciones tradicionales con lo positivo que presentaba el enfoque (negociación) basada en los intereses de ambas partes. Los pasos y las técnicas proporcionaron un proceso secuencial usando los intereses mutuos para seleccionar varias opciones que presentaran los estándares mutuos para alcanzar un resultado positivo para ambas partes. (win-win). El proceso como tal, usa una lluvia de ideas y toma de decisiones consensuales haciendo que se enfoque en todo tiempo a los intereses de las partes para alcanzar las mejores opciones disponibles. A finales de los 80's, el uso de la negociación basada en los intereses avanzó lentamente al principio, inicialmente atrayendo a los K-12 education bargainers, pero ganando muchos adherentes en los siguientes diez años. Este concepto "basado en intereses" animaría a el movimiento cooperativo en las relaciones obrero-patronales, reemplazando en muchas relaciones el enfoque posicional tradicional para negociar entre los trabajadores y empleadores.

⁴⁹ Jason T. Barret y Joseph P. Barret, op. cit., p. 41

clientes se inclinaron a confiar en jueces retirados por su experiencia en la banca comercial. (mini-trial)

Para mediados de los años ochentas, el JAMS afirmó tener la mayor lista de ex jueces y abogados experimentados en los ADR en el país, con una tasa de liquidación (acuerdo) de 90 por ciento.⁵⁰

Con esta adecuación realizada por dicha organización, el éxito de los programas de ADR “judiciales” fue continuo y permanente, alentando la creación de disposiciones similares en todo el país, y no solo en tribunales estatales y locales.

h. Los ADR en los años ochentas. Crisis y renacimiento

Negociaciones colectivas y relaciones obrero-patronales. Ya con los avances que fueron soportados y resarcidos en los años setentas, y con la implementación de otras diferentes alternativas para solución de conflictos en el ámbito laboral, las negociaciones colectivas habían operado bajo un patrón fijo: *que la Unión Laboral como tal, plantearía la problemática, y la negociación de los contratos colectivos se centraría sobre esos problemas puestos sobre la mesa.*

Así, el impacto de la FMCS en esta época fue más notorio aún, ya que la tendencia ahora era conseguir acuerdos laborales más largos, los que evitaban un número mayor de huelgas, reduciendo notoriamente el uso de los ADR, en específico de la mediación.

De igual manera, en 1980, grupos de clientes potenciales empezaron su propia defensa. Por un lado, la industria de seguros –*por citar una de varias-*

⁵⁰ Vid: <http://www.jamsadr.com> (07/04/2014)

financió experimentos para reducir los costos de litigación de las partes; por el otro lado, los abogados corporativos apoyaron los esfuerzos de la no lucrativa y recién creada “CPR” Institute for Dispute Resolution (International Institute of Conflict Prevention and Resolution),⁵¹ para institucionalizar la práctica de resolución de disputas entre empresas y sus abogados.

Estos esfuerzos pusieron una alta prioridad al incremento en el uso de adjudicaciones privadas, tales como el arbitraje y jueces retirados, y experimentaron con un proceso “minitrial” y la mediación en el contexto de negocios.⁵²

Durante este periodo, los legisladores quienes apoyaban los ADR, agregaron provisiones estatutarias *para asegurar la justicia en los resultados de los ADR* (ejecución judicial de las resoluciones); esto, con la intención de proporcionar directrices fuente, que servirían para delimitar el uso de dichos mecanismos de solución de conflictos, y excluir ciertos casos de los programas de resolución de conflictos. Lo mismo aconteció, con aquellos casos que implicaban políticas públicas importantes, y para requerir evaluación de los programas como un prerrequisito para la financiación futura.

En 1982, se atestiguó el inicio de un gran interés académico en la resolución de conflictos de manera alternativa. Los dos ejemplos más destacados empiezan en la Universidad de Harvard⁵³ y George Mason University en Virginia.⁵⁴

⁵¹ Vid: <http://www.cpradr.org>

⁵² Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, op. cit., p. 260

⁵³ En 1980, Roger Fisher el reconocido autor de “Obtenga el Sí” entre otras obras trascendentales para los temas que ahora nos ocupan, desarrolló el Programa sobre Negociaciones (PON) que fue oficialmente reconocido por la Harvard University en 1983.

⁵⁴ En la misma década de los 80’s, el programa de resolución de conflictos fundado por George Mason University, se convirtió en la primera en el mundo en ofrecer un Master en Ciencias en la Gestión de Conflictos. (Master of Science in Conflict Management).

Estos programas, sentaron la base de edificación, de los miles de programas de educación superior como grados, concentraciones o certificados en resolución de disputas, que hasta la fecha siguen incursionando en la materia.

En 1995, la AAA publicó la edición premier de un Directorio de Resolución de Disputas, el libro es una guía comprensiva para los practicantes de la resolución de conflictos, para las organizaciones, y en general a todas las áreas de práctica y reglas.

En 1999, la fundación de William y Flora Hewlett, nombrada así por uno de los fundadores de Hewlett-Packard y su esposa, creó un Programa de Resolución de Conflictos (Instituto Nacional para la resolución de disputas) como objetivo para la concesión de subvenciones en los ADR. Sus dos metas eran:

- Construir una teoría general de los ADR, alentando a las organizaciones practicantes, y;
- Promover el crecimiento del campo de resolución de conflictos.

7. Extendiendo la mediación más allá de los límites de los Estados Unidos.

Con el comienzo de la Guerra Fría (1947-1991), una organización denominada AFL-CIO,⁵⁵ había iniciado un programa en el extranjero para contrarrestar la influencia comunista mediante el apoyo a los movimientos locales de trabajo en América del Sur, África, Asia y Europa.

El esfuerzo de la AFL-CIO también apoyó algunos movimientos indígenas para mejorar los derechos humanos y los derechos sindicales. Estos esfuerzos

⁵⁵ Vid: <http://aflcio.org> The American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization. Fundada por George Meany, el 4 de diciembre 1955.

encaminados para construir el movimiento de los derechos sindicales en los países del tercer mundo al utilizar los ADR, tuvieron poco éxito, ya que en la mayoría de los casos, se trataba de gobiernos no democráticos e intereses comerciales hostiles, cuyo paradigma político no era compatible con los ideales de la AFL-CIO.

Sin embargo, lo anterior no fue obstáculo suficiente para que el auge de los ADR en el extranjero se enfatizara de nueva cuenta, siendo entonces que a mediados de los años noventas, la FMCS y las organizaciones no gubernamentales, se involucraron en la promoción y capacitación de los ADR fuera del territorio nacional, pero ahora de una manera solventada por los entes de gobierno y las asociaciones privadas totalmente estructuradas y de renombre en el ámbito internacional.

Con estos antecedentes de aplicación y preparación sobre los ADR, los Estados Unidos de América, intentaron ser un intermediario de paz en muchos conflictos internacionales en la misma década de los noventas, de lo que se obtuvo un sinnúmero de resultados y no todos de ponderación positiva.

Así, el campo de los ADR en los años noventa, continuó y se perfeccionó para mostrar nuevos caminos creativos para resolver disputas, como lo fue la experimentación en la combinación de varios mecanismos de resolución de conflictos, en un proceso mixto y dependiente, pero en esta época ya de manera formal y autónoma.⁵⁶

En esta década, ya existía un rango amplio y generalizado de servicios ofrecidos tales como mini-trials, *med-arb* y distintas combinaciones entre ellos; lo que permitió que, cuando los años noventas llegaron a su fin, el enfoque de los

⁵⁶ En 1970, Sam y John Kagel, a quienes se les acredita como los primeros en desarrollar el nombre “med-arb”, precisamente para negociar una huelga de enfermeras en San Francisco, Estados Unidos de América.

estatutos aparentemente formalizados, así como los comentarios que habían sido aprobados por distintas organizaciones y gobiernos, permitieran desplazar a los ADR de la experimentación a la institucionalización.

a. Uniform Mediation Act (UMA)

Cuando el nuevo siglo empezó, los esfuerzos fueron lanzados para establecer consenso en cuanto a los objetivos contrapuestos por las políticas públicas relacionados con la mediación. Una iniciativa prominente producida por la Uniform Mediation Act, creó un privilegio para alentar el efectivo uso de la mediación.⁵⁷

Así, con el carácter pormenorizado sobre la idea de los problemas que se suscitarían al caracterizar a los ADR como procesos donde se requería como mínimo *la voluntad de las partes en conflicto*, la idea de la UMA era estandarizar homogéneamente el camino de la mediación que se venía practicando a la largo de los cincuenta estados norteamericanos, teniendo énfasis con respecto a los problemas de *confidencialidad, neutralidad, justicia, calificaciones y entrenamiento*, tanto de los mediadores, como de las organizaciones que se encargaban de administrar dichos procesos.

b. Actualidad y Siglo XX

Las características de los ADR, que se han ido moldeando a través de la historia, han permitido que los países las incorporen en su derecho interno, reconociéndoles su funcionalidad y desempeño en la sociedad remota y globalizada de nuestros tiempos.

⁵⁷ Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, op. cit. p. 260

En efecto, la identificación de dichas características que distinguen a los ADR de cualquier otro procedimiento, así como el objetivo que persiguen, son valores que a la fecha, han sido respetados y reconocidos por diversas organizaciones de índole internacional y nacional.

Así, ya no se trata de simples procedimientos impositivos de control judicial, sino por el contrario, el ente gubernamental, ha escuchado al llamamiento ciudadano de su necesidad de buscar otros caminos que propicien un buen entendimiento con sus adversarios, en un afán de satisfacer sus intereses buscados y muchas veces no encontrados con las herramientas proporcionadas por el viejo Estado.

Esos caminos de que hablamos, han sido promulgados por diversas organizaciones públicas y privadas, la voluntad de las partes como máxima limitante, en el ejercicio de sus derechos fundamentales reconocidos por el Estado de Derecho. No ha de confundirse lo anterior, con un libertinaje descontrolado para que el individuo haga y deshaga a su libre albedrío y sin consecuencias legales; sino que ha de entenderse, como una potestad electiva –otorgada por el legislador-, de acudir a solicitar la resolución de un conflicto no solamente de una manera justa y legalizada, sino de la manera que los individuos decidan en atención a sus intereses y necesidades, y obviamente que no sea prohibida por las normas jurídicas existentes.

Este silogismo de las sociedades modernas, que se conforma por un lado, de la permisión del Estado de dotar plenamente de poder decisorio a sus gobernados, para que elijan el foro que ha de atender sus diferencias, y por el otro, que los gobernados en plenitud de elección en uso de su voluntad soberana, trae como consecuencia la primacía universal del respeto de los derechos humanos por lo que concierne al apartado del derecho de libertad reconocido entre otras, por la Constitución Española.

II. LA NEGOCIACIÓN COMO FORMA BÁSICA DE LOS ADR

La piedra angular de los ADR es la negociación, por representar la ruta primaria y universal a la decisión y acción en el mundo social.⁵⁸ La negociación consiste en un proceso bilateral o multilateral, en el cual las partes quienes difieren especialmente en un tema en específico, intentan alcanzar un acuerdo o comprometerse sobre esa cuestión a través de la comunicación.⁵⁹

El término “negociación” proviene de la raíz latina de la palabra (*negotiatius*), que significa “realizar negocios”. Así, a efectos prácticos cabe señalar que en el idioma español, *negocios tiene el mismo sentido* que “business” en el idioma inglés, por lo que la evolución que ha sufrido este concepto, no altera la esencia del significado de un idioma al otro.

La negociación es un concepto que se emplea, para nombrar un sinnúmero de métodos mediante los cuales se toman decisiones conjuntas, aunque también se usan términos como hacer un trato, comercializar, pactar, contratar, convenir, entre otros.

Todas las personas independientemente del medio social en el que se desarrollen, tienen una noción generalizada de lo que es una negociación; sin embargo, no hay que olvidar que por más sencilla que parezca su conceptualización, es una palabra que con la historia ha ido evolucionando día con día y ha sido objeto de diversas transformaciones por las culturas en el transcurso de los años.

⁵⁸ Simon Roberts y Michel Palmer, *Dispute Processes. ADR and the primary forms of decision-making* (E.U.A.: Ediciones Cambridge, 2005) 113

⁵⁹ Douglas H. Yarn (editor), *Dictionary of Conflict Resolution*, (San Francisco: Jossey-Bass Inc., 1999) p. 314.

En ese orden de ideas, han sido innumerables los autores que han dado una concepción al término negociación, siendo todos y cada uno de estos uniformes en su esencia, teniendo mínimas variables entre uno y otro. No siendo hasta el siglo XIX -como ha quedado plasmado con anterioridad-, cuando se publicaron los primeros trabajos formales sobre la negociación.⁶⁰

Así, Anastasio Ovejero Bernal, en su obra publicada en 2004, bajo el rubro “Técnicas de Negociación”, destaca algunas concepciones de ciertos autores de renombre, las cuales de igual forma cito a continuación:

- *Y. Thibaud: “La negociación se puede definir como la búsqueda de un compromiso aceptable entre posiciones que son generalmente extremas al principio”.*
- *D. G. Pruitt: “La negociación es una de las formas de toma de decisión en la que dos o más participantes dialogan entre sí en un esfuerzo por resolver sus diferencias de intereses”.*
- *H. Touzard: “La negociación es un procedimiento de discusión que se establece entre las partes adversas por medio de representantes oficiales y cuyo objetivo es el de llegar a un acuerdo aceptable por todos”.*
- *D. A. Lax y J. K. Sebenius: “La negociación es un proceso de interacción potencialmente oportunista mediante el cual, dos o más partes, con algún conflicto manifiesto, tratan de actuar mejor mediante una acción conjunta de cómo lo harían de no ser así”.*

⁶⁰ Anastasio Ovejero Bernal, Técnicas de Negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente (España: McGrawHill Ediciones, 2004) pp. 33-36.

También, Steven Cohen, en su obra *“Claves de Negociación... con el corazón y la mente”*, ha establecido:

“Es el proceso donde dos o más partes que trabajan conjuntamente para alcanzar una solución mutuamente aceptada sobre uno o más problemas tal como una transacción comercial, un contrato o un acuerdo de cualquier tipo. La negociación es un proceso de concesiones mutuas que, cuando se realiza bien, hace que todas las partes se sientan satisfechas por el resultado y se comprometan a cumplirlo.”

En palabras de los autores mencionados, la negociación sería aquel proceso por el cual las personas intercambian bienes u otras cosas de valor de manera civilizada.

Del anterior análisis elaborado, se llega a la siguiente conclusión: La negociación *podría decirse, que es el proceso alterno por el cual dos o más personas, mediante el intercambio recíproco de concesiones (derechos y obligaciones), pretenden beneficiarse mutuamente, con el objetivo primordial de ubicarse en una situación mejor a la que se encontraban antes de negociar, añadiendo: que dichos resultados se realicen de manera voluntaria por los participantes con consecuencias permanentes.*

Por tanto, para triunfar es preciso querer ganar haciendo ganar también al otro (*acuerdo mutuamente satisfactorio*), ya que si la negociación es un éxito para los dos, crea confianza y es *la preparación de un terreno favorable para otras negociaciones.*

En el mismo sentido, la negociación no debe entenderse como un juego donde uno gana todo y el otro no gana nada, sino que debe ser un proceso por el cual las partes participantes, contribuyen a la creación de un acuerdo que satisfaga a los intereses de todos (*win-win solution*), para garantizar que los

acuerdos conseguidos tengan esas *consecuencias permanentes* de que hablamos.

Y esa congruencia en un acuerdo mutuamente satisfactorio y de consecuencias permanentes, solo puede darse como fenómeno que se ha producido a lo largo de los últimos años en el campo de la negociación, al dejar de conceder más importancia a la *ganancia personal* para concedérselo a la *relación inter-partes*. Así, si se pretende que las negociaciones en las que se participe sean realmente exitosas, no debemos nunca verlas en términos de ganador/perdedor.

Así, el campo de los ADR a través de la negociación, se ha ido incrementando en un sinnúmero de nuevos procedimientos que a la par a las necesidades de la sociedad, han ido evolucionando en su afán de neutralizar el conflicto surgido entre las partes, con una solución proporcionada a la gravedad del conflicto, que prevea una solución benéfica para todos y que perdure en el largo plazo.

De esa forma, atendiendo a las necesidades de cada una de las partes que participan en la solución de un conflicto, el objetivo perseguido por cada uno de ellos puede ser distinto, atendiendo a la percepción que tienen del mismo.

1. La universalidad de la voluntad de las partes para la libre elección del procedimiento de solución de conflictos.

Tal y como ha acontecido en los inicios de la vida humana (tiempos de la prehistoria), los individuos han tenido la tendencia de resolver sus diferencias peleando y confrontándose los unos con los otros; sin embargo, ellos también han reconocido los beneficios de acordar materias pacíficamente como con el simple hecho de arrojar una moneda al aire o algo similar que denote incertidumbre y

azar, siempre con pleno uso de conciencia y optando por el empleo de la voluntad de las partes.

Esta búsqueda implacable como se ha visto con el paso de la historia, de buscar alternancias que justificasen la completa extinción de la violencia, y garantizaran la potestad de las partes de elegir libremente un mecanismo que solucionara “plenamente” sus diferencias con los demás, es con lo que se inicia la tarea de los precursores de los medios alternos de resolución de disputas o ADR.

Como lo hemos argumentado anteriormente, para rastrear las raíces de los ADR, podemos inmiscuirnos a los estudios antropológicos y sociológicos de las sociedades tradicionales y más antiguas, quienes anticiparon los primeros caminos de la humanidad sobre un prototipo nuevo, en el que las disputas fueran resueltas sin el uso de los puños, palos o flechas envenenadas, sino mediante mecanismos que proliferaran la paz social, ya sea que, hayan sido proporcionados por el propio Estado; o en su defecto, proporcionados por otro ente, previa permisión del órgano rector gubernamental que permitiera su utilización.

Esos mecanismos de las sociedad modernas, se refieren a la protección de los derechos fundamentales de las personas, para que éstas elijan libremente sobre materias de su competencia, y no hayan sido reservadas por el propio Estado, a manera de exclusividad, como serían las materias relativas a determinados derechos de las personas de ámbito sensitivo como la libertad, la vida, el estado civil, etc.

De esa forma, el derecho de libertad otorgada al individuo, tiene como finalidad directa el que éste sea capaz de decidir voluntariamente no solo a través de lo justo y lo legal, sino que esa libertad de elección se extienda a que si las partes así lo desean, puedan negociar obedeciendo a otros factores, como serían sus propios intereses y motivaciones de tipo racional, mismos, que desde el punto

de vista de interpretación objetiva de la ley, son muy diferentes los unos a los otros.

No obstante, en algunos casos, incluso en negociaciones profesionales, los individuos muestran comportamientos que siguen pautas no racionales, tales motivos suelen ser el amor, el orgullo, la emulación o la autoestima, etc.; sentimientos los anteriores que se esconden detrás de decisiones aparentemente lógicas, y que resultarían de difícil entendimiento para otras personas por no estar justificados en parámetros objetivos.

Bajo esta perspectiva, se dice que se ha realizado una buena negociación, cuando las partes deciden y cumplen voluntariamente el acuerdo alcanzado, independientemente de los factores que lo motivaron, siendo la justicia un elemento crucial para el éxito de toda negociación.

Se dice lo anterior, ya que hay personas que negocian sin ser justos, como si su objetivo principal fuera aprovecharse de las otras partes, y buscar su beneficio propio. Eso puede ser contraproducente, porque si cualquiera de las partes se siente tratada injustamente lo más probable es que dé por cerrada la negociación con una consecuencia negativa y sin la mas remota intención de cumplir con el acuerdo, aún y que dicho acuerdo haya acontecido como una consecuencia en el ejercicio de la voluntad de las propias partes al elegir el procedimiento de solución.

De esa manera, nótese que el ejercicio de la voluntad de las partes en la materia que nos ocupa, no se refiere a su extensa potestad ilimitada de decidir hasta en perjuicio de los demás, sino que se encuadra en un perímetro mas angosto, referido al ámbito de elección del foro que será responsable de coadyuvar en la solución pacífica del conflicto.

Resulta oportuno recordar que en el transcurso del tiempo, es la psicología social la que se ha ocupado principalmente, aunque no en exclusiva, del estudio del *cambio de actitudes*; ya que al aplicar dicha ciencia en la negociación, lo que se pretendió fue la *regulación del conflicto*; es decir, conseguir la eliminación total del conflicto, haciendo incluso que los “contendientes” cambiaran sus actitudes (prejuicios, valores, estados de ánimo, etc.), no obstante, recordemos que *el conflicto es inevitable*,⁶¹ *pero las consecuencias negativas del mismo sí se pueden evitar*, y para ello no siempre debe cambiarse la actitud y la personalidad de los negociadores, basta con que la solución que alcancen sea *objetiva y mutuamente satisfactoria*, atendiendo como ya se dijo, al ejercicio de su propia voluntad.

2. Objetivos del sistema

El objeto⁶² buscado en toda negociación –*que es por lo que se negocia o se busca negociar*–, es llegar a un acuerdo sobre determinadas cuestiones que son punto de divergencia entre dos o más partes, el cual se manifiesta en forma de conflictos (los cuales son en la mayoría de las veces los causantes o motivadores de las negociaciones, para que ésta dé la solución de aquél) o, en otros casos, acciones para conseguir el mayor provecho sobre alguna situación que se plantea.

Sin embargo, cabe recordar que el resultado global de una negociación incluye no sólo la solución, sino también el impacto del proceso negociador sobre los valores, actitudes y *relaciones de las personas implicadas*, así como la seguridad de que la solución adoptada por las partes *será de estricto cumplimiento en los términos pactados*.

⁶¹ Ramón Alzate Sáez de Heredia, ob. cit. pp. 41.

⁶² “*Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación*” Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española – Vigésima Segunda Edición.

Esa parte total en los acuerdos negociados, es la que preocupa y genera el análisis de los efectos más trascendentales que se producen, una vez que las partes -ya sea de manera voluntaria o involuntaria- han alcanzado una solución para resolver la contienda.

En efecto, lo más trascendental por lo que a la solución de conflictos se refiere, no es la idea de conseguir un acuerdo aceptado por las partes, ya que eso no conlleva directamente a que las partes regresen a la situación anterior a que se encontraban antes de surgir el conflicto. La problemática entonces se centra, a la forma y manera de llegar al cumplimiento de ese acuerdo tomado en la mesa de negociación, ya que como ha sucedido en el paso de la historia, los ADR existentes, no han sido capaces de garantizar lo anterior, tan es así, que ha sido con la solidaridad de los poderes públicos, que se ha conseguido el cumplimiento de esos acuerdos.

De esa forma, el conflicto desde la perspectiva de los ADR, no solo presenta vicisitudes a la hora de confrontarlo, sino que de igual manera precisa que las partes, se esmeren en prestar atención a los efectos que ocasiona y que en su momento ocasionará cuando sea solucionado, ya que en la mayoría de las veces esa solución, no se consigue de manera pacífica y consolidada, ni mucho menos se logra erradicarlo por completo. Pero, ¿en que consiste el conflicto, que de manera continua aparece en la vida diaria de las personas?

3. Breve análisis del conflicto

El vocablo *conflicto* designa, como señala Touzard,⁶³ *una situación compleja* que se define primero como una determinada estructura de las relaciones sociales, que puede enfrentar a individuos (*conflicto interpersonal*), a

⁶³ Hubert Touzard, La Mediación y la solución de los conflictos. España: Editorial Herder, 1990. 17-18.

grupos (*conflicto intergrupal*), a organizaciones (*conflicto social*) o a naciones (*conflicto internacional*).

Así, siguiendo las palabras de Touzard, se puede definir el conflicto como una situación en la que dos o más partes persiguen metas diferentes e incompatibles entre sí, defienden valores contradictorios, tienen intereses opuestos o distintos, o bien persiguen simultánea y competitivamente la misma meta.

En ese orden de ideas, cabe agregar que existen fundamentalmente tres grandes formas de ver el conflicto:

- **Orientación psicológica.** El conflicto se sitúa dentro del individuo, en sus motivaciones, rasgos de personalidad, etc. Así, podemos distinguir dos tipos de conflicto:

- *Intraindividual.*- que el psicólogo social Kart Lewin,⁶⁴ definía como “*toda situación en que unas fuerzas de magnitudes iguales actúan simultáneamente en direcciones opuestas sobre el individuo*” la cual se da continuamente, siempre que se toma una decisión, cuando hay oposición de roles, etc.,

- *Interindividual.*- si el intraindividual estaba relacionado con tensión y desequilibrio psicológico, el interindividual está muy relacionado con la agresión, como muestran tanto el psicoanálisis, como la etología o la teoría del aprendizaje social.

⁶⁴ Anastasio Ovejero Bernal, op. cit., pp. 61-64.

- ***Orientación sociológica.*** El conflicto social no es algo meramente individual, es decir, no viene a desarrollarse única y exclusivamente en los individuos, sino más bien en los grupos sociales en que éstos se desenvuelven, mirándose entonces como un producto de la organización social.

Hay fundamentalmente dos posturas: la de quienes ven en el conflicto algo esencialmente disfuncional, de tal manera que lo único que hay que hacer con él es suprimirlo según los funcionalistas; y la de quienes lo ven como algo ya no sólo inevitable, sino incluso necesario e imprescindible para el funcionamiento y el progreso sociales, como es el caso de los marxistas: sería la lucha de clases, lo que lleva al progreso social y al cambio social: *el conflicto sería, pues, el motor de la historia.*

- ***Orientación psicosociológica.*** Como afirma Touzard,⁶⁵ la psicología social, en cuanto disciplina que es independiente tanto de la psicología como de la sociología, pretende aportar una concepción original: su nivel de análisis no se sitúa ni en el plano individual ni en el social, sino en la encrucijada de los dos, o sea, en el nivel de la interacción del individuo y los sistemas sociales en cuyo seno vive.

Consecuentemente con lo anterior, resulta claro establecer que, a la hora de analizar las relaciones entre conflicto y negociación, es necesario distinguir al menos dos situaciones:

- ***Cuando el primero lleva a la segunda:*** en estos casos, el conflicto resultará inevitable y no siempre tan negativo como se cree, sino que, por el contrario, con frecuencia es positivo y tiene consecuencias

⁶⁵ Hubert Touzard, op. cit., pp. 36-37.

deseadas, siempre y cuando sea administrado apropiadamente, a través de la negociación.

- Cuando la segunda lleva al primero: (como normalmente ocurre en las negociaciones colectivas): aquí el conflicto es evitable, aunque no siempre fácil, pues influyen desavenencias y antagonismos previos.

4. Clases de negociación sobresalientes (estilos de negociación)

Los grupos de negociación pueden dividirse en dos grandes categorías: aquellos que están orientados hacia los logros y aquéllos que están orientados hacia las personas, entre los cuales destacan los siguientes:

a. Negociación The Harvard School⁶⁶

El programa de Harvard Business Essentials,⁶⁷ con base en las argumentaciones de Roger Fisher, ha desarrollado la siguiente clasificación:

- Distributiva. en este tipo de negociación, las partes compiten por la distribución a su propio beneficio de una suma fija de valor. La pregunta clave en una negociación distributiva es: ¿Quién conseguirá más valor? Por lo tanto, las negociaciones distributivas, tienen la peculiaridad de que la ganancia que obtiene una de las partes se hace a expensas de la otra.

⁶⁶ Roger Fisher y otros., Obtenga el SI. El arte de negociar sin ceder (España: Gestión 2000.com, 1997) pp.79-91.

⁶⁷ Harvard Business Essentials, Negociación. Una Guía para directivos ocupados (España: Editorial Deusto, 2004) pp. 2-4.

- *Integradora.* en esta negociación, las partes por el contrario, cooperan para lograr beneficios máximos integrando sus intereses en un acuerdo. Estos acuerdos que crean las partes participantes tienen el objeto directo de crear valor y en su caso, obtenerlo.

i. Negociación Distributiva

La idea central en este tipo de negociación es la distribución racionada; es decir, consiste en considerar que lo que se le adiciona a una parte, será restada a la otra. Para explicar lo anterior, me permito citar el siguiente ejemplo:

- *En una venta de algún mueble (automóvil), en la que el comprador y el vendedor no se conocen, no existe entre ellos ninguna relación; todo lo que importa es el precio y cada una de las partes regatea para conseguir el mejor trato. Así, cada ganancia que consiga una de las partes representa una pérdida para la otra.*

Tal y como se aprecia, el objetivo del vendedor en un acuerdo distributivo es negociar el precio más alto, y obtener la mayor utilidad por la venta de su coche. Por el contrario, el del comprador es conseguir el precio más bajo posible, para evitar una disminución en su patrimonio lo mas mínimo posible.

Como consecuencia de ello, *relación y reputación* significan poco en este tira y afloja, los negociadores no están dispuestos a intercambiar valor en el acuerdo *por valor en su relación* con la otra parte.

En esta clase de negociación, *la información* que se proporcione juega un papel importante, ya que *cuanto menos sepa* la parte contraria de nuestras debilidades o verdaderas preferencias y más conozca nuestra fuerza negociadora, mejor será nuestra posición en el momento de negociar.

Así, en consideración de las propuestas presentadas por Harvard Business Essentials, se infieren ciertas recomendaciones para tener éxito en una negociación distributiva:

- La primera oferta puede ser un potente punto de anclaje psicológico, que sirva para establecer la banda de negociación.
- No se debe de dar ninguna información significativa sobre las propias circunstancias, incluyendo por qué se quiere hacer un trato, los verdaderos intereses o limitaciones empresariales, las preferencias entre opciones o el punto en el que abandonaría la mesa de negociaciones. Es ventajoso, sin embargo, el hacerle saber a la parte contraria, que uno tiene buenas opciones si este trato fracasa.
- En todo momento recordar que la información que se obtenga de la parte contraria siempre es beneficioso, se debe averiguar lo más posible sobre las circunstancias y preferencias de la parte contraria, de igual forma el porqué de querer llegar a un acuerdo.
- En consecuencia de lo anterior, utilícese lo que averigüe sobre la parte contraria para establecer su primera oferta o demanda.
- No se debe exagerar, si se actúa de forma agresiva o codiciosa, la parte contraria puede retirarse de la negociación y se habrá perdido la oportunidad de hacer un trato.

ii. Negociación Integradora

En este tipo de negociación, las partes cooperan para alcanzar los máximos beneficios, *integrando* sus intereses en un acuerdo; pero al mismo tiempo, compitiendo para dividir el valor.⁶⁸

En una negociación integradora, la tarea a realizar tiene dos vertientes:

- Crear la mayor cantidad posible de valor para ambas partes, y,
- obtener valor para uno mismo, lo más probable es que cada parte haga concesiones para conseguir lo que valora más y ceda en otros factores menos críticos.

A veces, los intereses de ambas partes no compiten en absoluto: en estos casos, la tarea es llegar a un acuerdo que integre sus intereses de la forma más eficaz posible.

Cabe señalar que en una negociación integradora, hay muchos aspectos a negociar, no simplemente como se cree que sea el precio, sino también como podría ser otros factores como la fecha de entrega, el plazo para pagar, compensaciones por demora, por incumplimiento, etc., o cualquier otro elemento individual que se traduce en un valor agregado a la negociación. De hecho, abundan las oportunidades para la creatividad en este tipo de negociaciones.

En consecuencia, la negociación integradora,⁶⁹ alienta a los negociadores a eficientizar lo siguiente:

⁶⁸ Harvard Business Essentials, op. cit., p. 5.

⁶⁹ El especialista en negociación Mark Gordon inventó la expresión *collaborative bargaining* (negociación colaboradora) para referirse a este tipo de negociación.

- Proporcionar información significativa sobre sus circunstancias.
- Explicar por qué quieren hacer un trato.
- Hablar sobre sus verdaderos intereses o limitaciones empresariales.
- Revelar y explicar en términos generales sus preferencias entre opciones.
- Considerar y dar a conocer cualquier capacidad o recurso adicional que tengan y que pueda satisfacer los intereses de la otra parte y añadirse al acuerdo.
- Usar lo que averiguan para buscar opciones creativas que respondan a los intereses de ambas partes en la medida más amplia posible.

iii. Negociaciones multi-partes

Este tipo de negociación, se refiere a las negociaciones en que intervienen más de dos partes, situación que se refleja normalmente en las negociaciones empresariales y profesionales, en las cuales puede ser frecuente que intervengan más de dos intereses y ciertamente más de dos personas. Esas *negociaciones multi-partes* difieren claramente de las negociaciones de sólo dos partes en un aspecto importante: *se pueden formar coaliciones entre los participantes*.

Así, se pueden distinguir por lo menos dos clases de coaliciones:

- *Una coalición natural de aliados*: que comparten una amplia variedad de intereses comunes, y,

- Una coalición individualizada: en la que las partes que difieren en otras cuestiones se unen para apoyar o bloquear una única cuestión (a menudo, por motivos diferentes).

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se pueden extraer las siguientes consideraciones:

- En una negociación distributiva las partes compiten por una cantidad fija de valor; por lo tanto, el objetivo de cada una de ellas es la obtención de la mayor cantidad posible de valor, como en la venta de una alfombra en un mercadillo callejero. En consecuencia, el valor que obtiene una de las partes no está disponible para las otras.
- Por otro lado, la negociación integradora tiene el objetivo de crear y obtener valor; así, mediante la colaboración y la información compartida, las partes interesadas buscan oportunidades para satisfacer los objetivos principales de cada una de ellas, reconociendo que, probablemente, habrán de ceder terreno en cuanto otros objetivos.
- Finalmente, si la negociación es multi-fase, se pueden usar las primeras fases para crear confianza y familiarizarse con las otras partes. Si hay muchas partes implicadas, considérese los beneficios de formar una coalición para mejorar el poder de negociación.

iv. Negociación competitiva vs. cooperativa

En parecidos términos a los acabados de exponer, la negociación entonces, se puede considerar como una confrontación o como una cooperación, dependiendo las características de cada cuerpo negociador y por supuesto, la finalidad pretendida con la negociación.

De esa forma, en la primera postura, las personas consideran la negociación como una competición en la que hay que ganar una determinada cantidad (ellos siempre quieren ganar); por lo que, una vez que el negociador competitivo vence, *la otra parte no está dispuesta a volver a negociar*. Por lo tanto, en esta clase de negociación no importan las relaciones personales, ya que esa no es la finalidad buscada, sino simplemente conseguir la mayor ganancia de ese proceso en particular.

Por otra parte, los negociadores que utilizan el método cooperativo,⁷⁰ *pretenden satisfacer un gran abanico de intereses*; es decir, entienden que la negociación no es una competencia entre vencedores y vencidos, sino que es una forma para que *todas las partes implicadas obtengan el mayor provecho posible*. El negociador que actúa en base a una estrategia cooperativa comprende la importancia de que todos los participantes ganen lo más que se pueda y así es como se crean relaciones beneficiosas a largo plazo para todos.

En consecuencia, en este tipo de negociación, los participantes aspiran a concretar *relaciones personales fuertes para lograr más y mejores acuerdos* en el futuro entre ellos mismos. Lo anterior se afirma, al considerar el supuesto de que frecuentemente necesitamos alcanzar acuerdos con personas distintas a nosotros en distintos ámbitos: cultural, étnico, económico, social, etc.; por lo que, si no se es capaz de superar estas diferencias, éstas pueden convertirse en un obstáculo para el acuerdo, y como consecuencia de ello, un fracaso en las relaciones.

Bajo esta perspectiva, también debe considerarse que aún y cuando el acuerdo sea alcanzado con estas deficiencias, este sería de difícil cumplimiento por las mismas razones y fundamentos precitados.

⁷⁰ Steven Cohen apunta que el método cooperativo se conoce como una negociación basada en el interés, vid: Steven Cohen, *Claves de Negociación con el corazón y la mente* (España: Editorial McGrawHill, 2004) p. 25.

Así, la negociación basada en los intereses, intenta mirar hacia el fondo en sus relaciones y enfocarse precisamente en esos puntos de intersección de las partes: venciendo a la competencia, manteniendo una fuerza conjunta laboral de calidad, y mejorando la productividad, por añadir unos ejemplos.

Con este nuevo enfoque, ambas partes pueden empezar a compartir información más libremente, construyendo confianza y eventualmente alcanzando el punto donde sus posiciones sobre específicas problemas ya no son una cuestión de “tómalo o déjalo” o “tómalo o iremos a huelga.” Su enfoque en los intereses ayuda a las partes a desarrollar y seleccionar opciones que satisfagan sus intereses de manera mutua y relajada.

Debe tenerse muy presente, que existen puntos intermedios entre el estar totalmente orientado hacia el logro y el estar totalmente orientado hacia los individuos, tal y como ha identificado Bill Scott,⁷¹ distinguiendo así tres tipos:

- Los poco interesados tanto en la gente como en el logro. Estas personas raramente alcanzan el rango de negociadores.
- Los medianamente interesados en la consecución del logro y en el bienestar de los individuos. Este grupo se caracteriza por una búsqueda constante de un compromiso. Dado que el vendedor pide 100.000 dólares y el comprador ofrece 80.000, siempre hay lugar para el compromiso entre las partes (en torno a 90.000).
- Los que tienen alto interés tanto en el logro de los objetivos como en el bienestar de la gente. Este estilo se caracteriza por aquellos comportamientos que son elogiados por los psicólogos: gran

⁷¹ Bill Scott, *Cómo negociar con ventaja. Tácticas y contratácticas en la negociación* (España: Editorial Paraninfo, 1991) pp. 34-36.

apertura y confianza en las formas de relación, gran previsión, “hacer oír soluciones creativas”, “buscar ideas, opiniones y actitudes distintas de las de uno mismo”.

Por otro lado, asentemos las discusiones existentes por lo que se refiere a cuál de los estilos de negociación es más eficaz una vez puesto en práctica: *la negociación por principios frente a la competitiva por otro*.

En este sistema, la forma más común de negociar es la llamada negociación por posiciones, donde cada parte toma una posición sobre el tema tratado, consistente, por ejemplo, en estimar un precio para la compraventa de un determinado bien o presentar la solución a un determinado conflicto, y tratar de convencer a la otra parte que acepte su propuesta. Es decir, el negociador pretende persuadir a la otra parte no en base en lo que aconseja la razón, sino atendiendo única y exclusivamente a su posicionamiento y beneficio con la transacción, sin prestar atención alguna a sus verdaderos intereses ni a los de las demás partes.

En conclusión, puede decirse que existen dos formas básicas de posicionarse, es decir, dos tipos básicos de negociación: *las negociaciones competitivas y las negociaciones cooperativas o colaborativas*. En las primeras cada negociador se posiciona de una forma dura e intransigente, defendiendo su idea y atacando directamente la idea del contrario, mientras que en las segundas, los negociadores se posicionan de una forma flexible y condescendiente intentando, no tanto conseguir la victoria para una de las partes, sino en cómo encontrar la mejor solución posible al conflicto planteado, con lo que ambas partes pueden salir ganando.

Veamos la siguiente comparación entre ambos estilos de negociación:

NEGOCIACIONES COMPETITIVAS	NEGOCIACIONES COOPERATIVAS
Los participantes son adversarios	Tienen una relación amistosa
El objetivo es la victoria	El objetivo es el acuerdo
Se desconfía del otro	Se confía en el otro
Se insiste en la posición	Se insiste en el interés
Se contrarrestan argumentos	Se informa
Se amenaza	Se ofrece
No se piensa en los intereses del otro	Se piensa en los intereses del otro
Se exigen ganancias para llegar a un acuerdo	Se intenta cubrir las necesidades de la otra parte
Se intenta sacar los mayores beneficios	Se aceptan pérdidas para llegar al acuerdo

En ese orden de ideas, la correcta elección de la técnica que se empleará va a depender en la mayoría de los casos, de la naturaleza de la negociación de que se trate, por lo que el mantener un estilo cooperativo o competitivo, debería venir definido por ella.

Por ello, la propia doctrina se ha encargado de dictaminar que cuando se trate -por ejemplo- de una negociación simple y a corto plazo (compraventa de un juego de cuchillería en un mercado), es más eficaz la utilización de un estilo competitivo, toda vez que lo que directamente importa es buscar el mejor beneficio aislado de un artículo en particular (nótese sin embargo, que se habla claramente de un juego de cuchillería sencillo y comercial).

Mientras que cuando se trate de una negociación más compleja y a largo plazo (como sería el caso de las negociaciones laborales colectivas), sería más efectivo y provechoso un estilo cooperativo; ello, en atención a las repercusiones

jurídicas y muchas veces sociales que acarrea un mal arreglo en estas contiendas populares.

b. Negociación del ganador ajustado

Desarrollado por los profesores Steven J. Brams y Alan D. Taylor,⁷² consiste en que las dos partes empiezan por distribuir independientemente (es decir, en secreto) un total de 100 puntos a todas las cosas a dividir, según el valor relativo que les atribuyen. Así, si se considera que una cosa vale un cuarto del valor total de las cosas a dividir, adjudicará 25 puntos a esa cosa.

Con el ganador ajustado las partes de un conflicto tienen que adjudicar valores numéricos a cada cosa. Se empieza con la identificación de los bienes o temas de litigio. Las partes indican cómo valoran la obtención de los diferentes bienes o la solución de los temas a su manera mediante la distribución de 100 puntos. En el caso de los bienes, pedir que las partes les asignen puntos plantea la cuestión de si les darán valores verdaderos.

Para comprender lo anteriormente expuesto, me permito citar el siguiente ejemplo:

Ana y Ben se están divorciando y tienen que repartirse las siguientes cosas:

- Un fondo de pensiones
- Una casa (residencial)
- Una casita de campo
- Las inversiones
- Otros.- Dos coches y una barca.

⁷² Steven J. Brams, op. cit. pp. 61-63

Ana y Ben tendrán que distribuir 100 puntos entre estas cinco cosas del siguiente modo:

Cosa	Ana	Ben
Fondo de pensiones	50	40
Casa	20	30
Casita de Campo	15	10
Inversiones	10	10
Otros	<u>5</u>	<u>10</u>
	100	100

El ganador ajustado funciona mediante la asignación inicial de la cosa a la persona que le da más puntos (y descontando estos puntos de la cuenta de la persona). Así, Ben obtiene la casa porque le dio 30 puntos mientras que Ana le dio solo 20. Ben obtiene las cosas de la categoría “otros”, mientras que Ana se queda con el fondo de pensiones y la casita de campo. Dejando aparte la cosa en la que han empatado (las inversiones), Ana tiene un total de 65 (50+15) puntos y Ben un total de 40 (30+10) puntos, con lo cual se termina la fase ganador del procedimiento ganador ajustado.

Dado que Ben va por detrás de Ana en puntos (40 comparado con 65) en esta fase, inicialmente adjudicamos las inversiones en las que empatan a Ben, lo cual le da 50 puntos (40+10). El objetivo es conseguir una asignación equitativa mediante la transferencia de cosas o porciones de cosas de Ana a Ben hasta que sus puntos se igualen. En particular, para cada cosa que Ana obtuvo inicialmente, hay que observar la fracción entre los puntos dados por Ana y los puntos dados por Ben a esa cosa:

Número de puntos que Ana (la ganadora inicial) asignó a la cosa
Número de Puntos que Ben (el perdedor inicial) asignó a la cosa

En este ejemplo, Ana obtuvo dos cosas, el fondo de pensiones y la casita de campo. Para el fondo de pensiones, la fracción es $50/40 = 1,25$, mientras que para la casita de campo la fracción es $15/10 = 1,50$.

Se empieza por transferir cosas de Ana a Ben, empezando por la cosa con la fracción más baja, esta cosa es el fondo de pensiones, con una fracción igual a 1,25. Cabe concluir que las partes tendrán que repartírsela, y la tarea estriba entonces en encontrar la porción exacta de esta cosa que cada parte debe obtener para que sus puntos totales sean iguales. Dado que Ben dio 40 puntos al fondo de pensiones, si se le da 8 puntos le estamos dando un quinto ($8/40$) del fondo. Si Ben recibe un quinto de este fondo, tendrá un nuevo total de 58 puntos ($50+8$). Pero, ¿cómo queda Ana entonces?

Ella valora el fondo de pensiones con 50 puntos, de modo que si cede un quinto reduce su total en 10. Así, Ana recibiría 55 ($65-10$) puntos. Dado que ahora Ben está por encima de Ana con 58 puntos frente a 55, resulta que hemos transferido una cantidad algo excesiva a Ben.

Un proceso de simple álgebra, sirve para encontrar la cantidad exacta del fondo de pensiones que se necesita transferir para la igualdad de ambos. X será la fracción del fondo de pensiones que se quedará Ben. Con la transferencia, el total de Ben será $50+40x$, mientras que el total de puntos de Ana será, $65-50x$.

$$50 + 40x = 65 - 50x$$

despejando x, encontramos:

$$\begin{aligned} 90x &= 15 \\ x &= 15/90 = 1/6 \end{aligned}$$

Así pues, Ben debería obtener un sexto del fondo de pensiones y Ana debería quedarse con cinco sextos. Los puntos totales de Ben son:

$$50 + 40(1/6) = 50 + 6,67 = 56,67$$

y los puntos de Ana son:

$$65 - 50(1/6) = 8,33 = 56,67$$

Como se observa, los dos obtienen exactamente el mismo número de puntos sobre la base de sus propias valoraciones de las diferentes cosas.

c. Alternancia estricta

De la técnica del ganador ajustado, se deriva la alternancia estricta, que se efectúa en el caso de que las partes escogen cosa por cosa. Es fácil ver que la alternancia estricta es eficiente si:

- las dos partes escogen sinceramente la mejor cosa disponible; o
- las dos partes usan la estrategia de abajo arriba;⁷³ es decir, empezar por escoger las cosas que tienen menos valor para ambas.

La alternancia estricta, por su misma naturaleza, da ventaja a la persona que escoge primero. Sin embargo, conviene mencionar algunos defectos importantes de este procedimiento, el primero de los cuales es la envidia que

⁷³ Considerando el ejemplo de Ana y Ben, en la alternancia estricta empezarán a escoger cada uno de ellos y de manera alternada los bienes de trato, empezando por los que tienen menos valor, y concluyendo con aquellos que son más preciados. Así, si Ana por ser mujer empezara a escoger, le correspondería bienes incluidos en “Otros” (dos coches y una barca), a Ben las Inversiones; y así sucesivamente hasta el final, donde Ana en total poseería: 1. los dos coches y la barca, 2. la Casita de campo, y 3. el Fondo de pensiones. Por su parte a Ben le correspondería: 1. las inversiones y 2. la Casa. (Situación exactamente inversa ocurriría de haber empezado Ben a escoger).

puede generar entre las partes de la negociación. El segundo defecto importante, es que sólo es eficiente en el sentido débil de comparaciones cosa por cosa.

d. Divide y escoge

Quizá lo más interesante del procedimiento “divide y escoge”, es que se ha usado durante varios milenios. Desde los tiempos de la Biblia, hace 5,000 años a.C., hasta la antigua Grecia, Hesíodo menciona este método de división correcta en el libro Teogonía, escrito hace 2.700 años a.C.⁷⁴

Los dioses griegos Prometeo y Zeus tenían que repartirse una porción de carne; Prometeo empieza poniendo la carne en dos montones y Zeus selecciona uno.

Este procedimiento empleado desde tiempos remotos, claramente indica por qué el procedimiento “divide y escoge” se considera correcto: el que divide puede garantizar, si corta las partes “lo más iguales posible”, que cualquiera que sea la pieza escogida por el otro, obtendrá un 50%.

De lo anterior se desprende que, el comportamiento estratégico con el procedimiento “divide y escoge” depende en gran medida de la información que tiene el que divide acerca de las preferencias del que escoge.

e. Negociación con Valor Añadido

Modelo desarrollado por Karl Albrecht,⁷⁵ nuevo proceso de pensamiento de añadir valor en lugar de extraer o conceder valor. En efecto, en palabras de este autor, lo que se busca es *adoptar una posición ética totalmente diferente*, dejar

⁷⁴ Steven J. Brams, 2002. Pags. 67, 68.

⁷⁵ Karl Albrecht. Cómo negociar con éxito, el método de avanzada para construir. Barcelona: Editorial Buenos Aires, 1994. pp. 45, 46, 47.

atrás todas estas actitudes psicológicamente primitivas junto con sus correspondientes tácticas, y enfocar una negociación desde el punto de vista de añadir valor.

El concepto de negociación con valor añadido ofrece la posibilidad de que, al centrarse en el valor mismo y no en las concesiones, puede enriquecer el acuerdo para las dos partes, transformándolo en un trato que agrega y no que resta.

5. Enfoques de la negociación

Como es bien sabido, los enfoques de formación que prevalecen en la actualidad en el mundo de los negocios, cubren tres categorías –las dos primeras son las más comunes-: la del “ganador-perdedor”, la del “ganador-perdedor” disimulada y la verdadera categoría del “ganador-ganador”

a. La negociación con enfoque “ganador-perdedor”

Se trata, fundamentalmente, de un proceso de reducción, donde cada parte quiere darle lo menos posible a la otra. Los elementos clave de la negociación con enfoque “ganador-perdedor” son los siguientes:

- Cada parte adopta una posición,
- Se extraen o ceden las concesiones,
- Existe una atmósfera de combate o guerra psicológica,

- Se alcanzan arreglos cediendo algo,
- La mayor parte de la negociación se centra en un único regateo,
- El vocabulario y la terminología gira en torno de palabras tales como batalla, agresión y, entre hombres, de metáforas deportivas,
- Los sentimientos posteriores muestran a una parte feliz y la otra menos feliz; a veces ninguna está feliz y pocas veces las dos se sienten felices.

b. La negociación con enfoque “ganador-perdedor” disimulado.

El término negociación “ganador-ganador” se ve desmentido por términos como oponente, estrategia, plan de batalla, táctica y defensa. La engañosa disposición mental del enfoque “ganador-perdedor” disimulado es: *“ganaré más que tú, pero terminarás por saberlo más tarde”*.

Los siguientes son los elementos clave del enfoque de negociación disimulado “ganador perdedor”:

- Las posiciones son a menudo invisibles o difíciles de detectar,
- La reserva, el engaño y la manipulación son las reglas del encuentro,
- Existe una apariencia de concesiones,
- Existe una apariencia de arreglos,
- Existe un elemento de combate disimulado, aunque el vocabulario o la terminología lo pone generalmente en evidencia,

- Los sentimientos posteriores a la negociación revelan que una parte se siente, en general, engañada, aunque no siempre de inmediato,
- Más tarde pueden surgir algunos sentimientos de remordimiento del negociador (o “¿Por qué dejé que me sucediera eso?”).

c. La negociación “ganador-ganador”.

El enfoque de la negociación con valor añadido es, según la opinión del autor en comento, un verdadero método “ganador-ganador”, estructurado para alcanzar un intercambio de valor que resulte satisfactorio para los intereses de todas las partes.

El objetivo de la negociación en comento, es alcanzar un acuerdo *aumentando en forma cooperativa el valor* incluido para las dos partes. El procedimiento se centra en la búsqueda de tratos equilibrados añadiendo valor en lugar de extraer concesiones.

Este enfoque único para la negociación:

- Ofrece un método paso por paso para manejar cualquier negociación,
- No se toma ninguna posición,
- Ofrece un enfoque directo, sincero, transparente,
- Se centra en la empatía, manteniendo a las partes en comodidad,

- Es positivo y equitativo,
- Elimina el arte de superar a los demás,
- Se aplica en todo tipo de negociaciones, no sólo comerciales

d. ¿Cuáles son las características de una negociación satisfactoria?

Los especialistas en el enfoque “ganador-perdedor” consideran cualquier negociación en la que le ganan la delantera a la otra parte como un éxito.

Sin embargo, el objetivo de la negociación con valor añadido “ganador-ganador”, es un proceso y una relación entre los negociadores, para cumplir las siguientes condiciones:⁷⁶

- Las dos partes pueden reunirse y conversar sobre una base razonablemente cordial, con espíritu de cooperación y libre de tensiones.
- Pueden alcanzar un acuerdo con bastante eficiencia, sin necesidad de perder mucho tiempo y esfuerzo.
- El acuerdo alcanzado es equilibrado, es decir, posee un valor satisfactorio para las dos partes.
- Los dos siguen teniendo una relación positiva en el momento de concluir el proceso.

⁷⁶ Karl Albrecht, ob. cit. pp. 54-55.

- Las dos partes estarán dispuestas a considerar la posibilidad de volver a hacer negocios juntas si se presentara la ocasión.

La negociación con valor añadido ofrece a las partes negociadoras una gama de alternativas para elegir; se trata de un elemento tan fundamental para el éxito de la negociación, que constituye una de las pocas reglas definidas: *nunca se debe presentar una sola oferta, la idea en esta negociación también es ofrecer varias alternativas.*

De lo anterior, se desprende la segunda regla de la negociación con valor añadido: se debe presentar el valor directamente, *no se debe de trabajar con la exigencia y la obtención de concesiones.*

III. EL SISTEMA JUDICIAL FRENTE AL SISTEMA ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Generalidades

En la mayoría de las naciones del mundo, constituidas como Estados de Derecho, y donde la autonomía del poder de sus gobiernos deriva de la potestad otorgada por las propias leyes y sus ciudadanos, y éstas por una máxima suprema denominada Constitución; deviene el funcionamiento de sus sistemas de resolución de conflictos fundamentados en la capacidad autoritaria de hacer cumplir sus determinaciones, aún en contra de la voluntad de sus súbditos.

Siendo por ello, la propia ley, la que se encarga de distinguir, regular y sancionar lo que es correcto e incorrecto, y por ende, de someter oficiosamente para el discernimiento de lo anterior, un sistema institucionalizado –normalmente denominado judicial- de prevención y resolución de conflictos.

Así, el ciudadano suele estar dispuesto a encomendar la solución de sus problemas –en primer término- a los jueces y tribunales, porque contempla a éstos como sujetos que, por razón de su encarnación directa en la maquinaria del Estado como un poder autónomamente configurado, se asegurarán altos niveles de independencia, imparcialidad, neutralidad y responsabilidad, pero sobre todo de respuesta a sus demandas de solución a un conflicto determinado; mismos que con el transcurso de los años, y atendiendo a los defectos del recurso humano, dichas bondades han sido obscurecidas y en muchas de las ocasiones totalmente extintas.

Como complemento a lo anterior, el propio legislador dentro de su esfera competencial, ha permitido la inclusión en la impartición de justicia, de los mecanismos alternos de solución de controversias, en su correcta intención de

dotar de herramientas más competitivas a los particulares, que desean incursionar en otras formas de solucionar sus conflictos.

En nuestros tiempos, la imagen que se tiene de los medios alternos de solución de conflictos, no transmite todavía, esas mismas pautas de credibilidad social y seguridad jurídica, con que cuentan los procesos judiciales de impartición de justicia, debido a que carecen de esa imagen pública investida de soberanía, jurisdicción y competencia, para hacer cumplir sus determinaciones, y que es a lo que los ciudadanos, nos encontramos acostumbrados desde el inicio del Estado de Derecho.

Pero lo anterior, también denota un aspecto negativo, y es el temor de las personas de que, ante la aparición de un conflicto en el que se encuentren involucradas, sea exclusivamente esa autoridad de la que hablamos de administrar y proporcionar la justicia al caso concreto, lo que se traduce en tiempos, costos y demás aspectos, que siempre han sido debatidos por los precursores de los ADR, frente al sistema judicial, pero también no menos importante sobre ese desfortunio, es el cumplimiento de las sanciones legales que impone la ley al vencido al juicio.

Sobre este particular punto, conviene precisar que toda la plataforma judicial se encuentra estructurada, como es bien sabido, para defender “los derechos” de las personas que han sufrido una lesión en los mismos; por lo que la actividad de los órganos jurisdiccionales, estriba precisamente en reestablecer los derechos que le han sido violados al individuo al incitar la movilización del sistema judicial; sin poner especial atención en los intereses de las partes, lo que conlleva a hacer hincapié en esa discrepancia con los ADR citados en esta investigación.

De esa forma, la actividad jurisdiccional delimita su actividad a aquello a lo que expresamente se le ha concedido potestad de actuación, solventado por un

ordenamiento legal que lo faculta. Por lo que, en palabras del propio Pekar⁷⁷: *la autoridad tiene límites en la sociedad contemporánea, bajo el efecto conjugado de múltiples factores explorados con amplitud por la sociología*. Lo que se traduce en su prohibición de conceder a los particulares en el desempeño de sus funciones, algo que aún y que sea de interés para los particulares, no se encuentre expresamente concedido en los ordenamientos legales.

Con esto, lo que se pretende reconocer, es que al acudir los particulares a las vías jurisdiccionales a la impartición de justicia, se niega la facultad de que el asunto sea resuelto a través de métodos de autocomposición, ya que eligiendo la vía jurisdiccional, no se encuentra contemplado que la autoridad dentro de sus funciones, pueda llevar a cabo inclusiones al procedimiento que previamente no hayan sido reconocidas en la ley. En otras palabras, aquel particular que se sienta atraído por el uso de las vías jurisdiccionales para la resolución de sus conflictos, sabe que el proceso es estrictamente formal y que no permite modificaciones, sino que su sometimiento deberá ser conforme lo establecido en la ley.

En atención a ello, las partes incentivadas por el pleno conocimiento sobre su amplia capacidad de control emocional, jurídico y económico, que han ido descubriendo con el paso de los años, aceptarán cada vez en menor grado que una autoridad externa zanje su conflicto en lugar de que ellas lo hagan, y les dé una solución que, antes de ser impuesta por un tercero extraño, haya sido valorada, analizada y consensuada por las propias partes en conflicto, es esta paz la que debe ser respetada como sociedad, pues es la esencia que nos permite ser libres, y ser al mismo tiempo, responsables de nuestros propios actos.

Por ello, y debido al auge de los ADR, se ha invertido la tendencia: ya desde hace tiempo y a medida que las alternancias de solución de conflictos se perfeccionan, los ciudadanos hemos comenzado a procurar la satisfacción de

⁷⁷ Alain Pekar Lemereur y otros, op. cit. p. 65.

nuestras necesidades, pero de manera conjunta y armonizada, y en caso de existir disparidad entre las personas, ser responsables de resolver nuestros propios problemas sin la intervención de ese tercero que anteriormente se alojaba de una forma monopólica por el Estado.

Sobre ese alojamiento que en nuestros tiempos deviene excesivo, también presenta otra anomalía que armoniza sobre la predilección de los individuos de optar por los ADR. Y es que, como se ha venido argumentando por los propios órganos jurisdiccionales y distintos analistas doctrinarios en la materia, la coyuntura obedece a simples razones de productividad, ha llegado un momento en que los poderes públicos encargados de impartir justicia, como consecuencia del excesivo cúmulo de trabajo, ya no se encuentran en condiciones de atender con agilidad, eficacia y eficiencia los asuntos que los particulares someten a su competencia, careciendo de acuerdos de justicia absoluta, y que sean dictados de una manera pronta y expedita.

No obstante, no se es partidista de que el sistema judicial ahora carece de las aptitudes necesarias para seguir impartiendo justicia, sino por el contrario, el perfeccionamiento del sistema judicial debe encausarse en la mediada de centrar esas aptitudes pero debidamente coordinadas con los medios alternos (ADR), procurando que el empleo de estos, coadyuven de manera activa a brindar a los particulares todas las instancias que estén en su alcance, sin necesidad de tener que recurrir a instancias complejas como las jurisdiccionales, cuando el conflicto pudo haber sido resuelto sin la asistencia de un tercero.

Así, los ADR, como métodos complementarios a la administración de justicia del Estado, han ganado prominencia en los últimos años, como una arma potencial que desincentiva por sus buenos resultados, los excesos de litigios

innecesarios en las sociedades modernas con cultura de paz, donde el componente clave de todos los enfoques racionales y retos ha sido el acuerdo.⁷⁸

2. Características diferenciadoras

En efecto, dentro de las promesas de los ADR frente al sistema judicial, podemos encuadrar las principales características diferenciadoras que los hacen únicos, atendiendo el objetivo que persiguen:

a. Confidencialidad.

Entre las ventajas más significativas que caracterizan a los ADR, se encuentra la confidencialidad, tanto del procedimiento como del resultado que se obtiene. Lo anterior, que se traduce en el deseo manifiesto de las partes de no dar publicidad a sus controversias por las que atraviesa, lo que no ocurre en los procesos jurisdiccionales a los que el público en general tiene acceso y publicidad.

En efecto, el gran avance tecnológico y el fenómeno de la globalización en sociedades cada vez más grandes, evidentemente propicia la imposibilidad material de mantener en privacidad los negocios sometidos a las instancias judiciales establecidas por el propio Estado. He ahí entonces, donde radica la principal pretensión de los ADR, en los que, por la simple potestad decisoria de las partes, se pueden mantener la discrecionalidad y evitarse la publicidad de los negocios.

Por eso, la confidencialidad y privacidad que caracterizan a los ADR, impiden que se puedan dar a conocer las determinaciones propuestas por las partes y las decisiones emitidas por los terceros neutrales; respetándose de igual

⁷⁸ Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, op. cit. p. 267

manera, intrínsecamente con lo anterior, el principio de igualdad procesal, en el entendido que en asuntos análogos, no se podrán utilizar los mismos criterios de solución, no estando obligado el tercero neutral de los ADR, a forzosamente utilizar anteriores criterios, como sucede con las instancias judiciales, donde por mandamiento legal, están obligados a su estricto cumplimiento.⁷⁹

b. Exceso en el cúmulo de trabajo

Se ha insistido en la desesperante lentitud de los procedimientos judiciales habituales por todos bien conocidos, la estadística es muy clara, los conflictos entre particulares siempre van a la alza y los poderes públicos carecen de la infraestructura suficiente para atender las necesidades de la población por lo que se refiere en materia judicial.⁸⁰

Siendo entonces, este motivo suficiente para recurrir a otras instancias con mayores matices de rapidez, que agilicen la resolución de los conflictos entre particulares; los cuales, a medida que la sociedad cambiante se va adaptando a procesos más complejos, el hombre se ve inmiscuido en un mayor número de diferencias con sus semejantes, en un afán continuo de sobrevivir.

En otras palabras, los tribunales judiciales de cada país se encuentran a disposición de todos los ciudadanos por lo que se refiere a la impartición de justicia; mientras que los terceros neutrales contratados para dirimir una

79 En sentido contrario vid: Rafael Colina Garea, El arbitraje en España. Ventajas y desventajas, (España, Grupo Difusión, 2009) p.41 "Así, podría considerarse la idea de que el principio de igualdad procesal, convierte al procedimiento arbitral en una aparente especie de juego de azar en donde concurre la incertidumbre y falta de seguridad jurídica, con lo cual no resulta extraño que aquél aparezca como un ente no muy fiable a los ojos del público en general y que por ello, el proceso judicial inspire una mayor credibilidad en estos aspectos."

⁸⁰ Estadística visible en:

http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/secretaría%20general/memoria%20anual/fichero/estadística%20judicial_1.0.0.pdf Fecha de consulta: 20 de enero de 2013

controversia a través del sometimiento por parte de las partes a un mecanismo alternativo al proceso judicial, es único y exclusivo para las partes contratantes.

c. Relaciones entre las partes

El conflicto por esencia, precisa el enfrentamiento de dos lados no siempre opuestos, por encontrarse ambos en una perspectiva diferente para llegar a un acuerdo. Este enfrentamiento, se ve robustecido cuando alguna de las partes, por imposición de un tercero, se le juzga vencida o perdedora; lo que acarrea como consecuencia el rompimiento inmediato de las relaciones.

Por ello, en los procedimientos encausados mediante los ADR, se mitiga esa hostilidad continua, que suele caracterizar el comportamiento de las partes en juicio. En efecto, los procesos judiciales se distinguen por ser éstos donde el conflicto se manifiesta en su máxima expresión, en atención a que las partes se encuentran colocadas una enfrente de la otra, y su tarea única y exclusivamente se centrará en convencer al juzgador de que se tiene la razón de su dicho, y no propiamente de encontrar la solución adecuada al conflicto que los llevo hasta ahí.

En otras palabras, saben que existirá un vencedor y un vencido, no habiendo lugar para otra solución, y de la misma manera, negando a los contendientes esa oportunidad de descubrir por ellos mismos, en palabras del propio Fisher,⁸¹ una posible zona de acuerdo. (ZOPA por sus siglas en inglés).

De esa manera, el proceso tradicional ordinario no pretende conservar las relaciones entre las partes, sino simplemente dilucidar quien tiene la razón legal sobre determinada disputa en relación con un derecho protegido por el derecho; y como consecuencia de lo anterior, someter al vencido al cumplimiento aun en contra de su voluntad de lo sentenciado por el juzgador. Por esas razones y como

⁸¹ Roger Fisher y otros, ob. cit. pp. 61-70

sucede en la actualidad, el entorno provocado por el resultado judicial, dificultaría el restablecimiento de las relaciones entre los contendientes; lo que en el largo plazo representa un rompimiento permanente de lasos interpersonales en la sociedad, y a un llamamiento continuo de renacer nuevos conflictos ya estudiados; por ello, bien lo ha concretado Colina Garea, al considerar que: *“el arbitraje es el modo de hacer justicia conservando –si no la amistad- las buenas relaciones intersubjetivas.*⁸²

Para encuadrar lo anterior en el contexto que se pretende, debemos partir de la base que la cultura de paz que persiguen los medios alternos de solución de controversias, incluyen el perfeccionamiento de las relaciones entre las personas, ya que, de no ser así, cual sería su propósito si la solución de conflictos ya se daba de manera objetiva con los tribunales jurisdiccionales que ahora deslindamos de su conocimiento monopólico en las cuestiones divergentes que surgen entre los particulares.

Entonces, el mantenimiento y mejoramiento de la relación entre las partes, debe entenderes como un medio de conseguir la solución del conflicto, y no como erróneamente se ha distinguido por algunos partidistas, una de las diversas finalidades que persiguen los ADR.

d. Solución “ad hoc” a las necesidades de las partes

Insistiéndose entonces, en que los ADR ofrecen una mayor especialidad por parte de los terceros neutrales al momento de conocer de una cuestión en particular, lo que se yuxtapone a una competencia generalizada y en algunos casos poco especializada,⁸³ con que cuentan los jueces propuestos por el Estado.

⁸² Rafael Colina Garea, op. cit. p. 41

⁸³ e.g. Contabilidad financiera de las empresas, cuestiones fiscales de los entes comerciales, los relativos al “know how” de las empresas, sistemas de evaluación de datos digitales, etc.

En efecto, el poder jurisdiccional ejercido por el Estado, no cuenta con procedimientos que se diseñen y confeccionen especialmente a las necesidades de los individuos, sino que son procedimientos previamente establecidos de manera generalizada para brindar a las partes una vía para defender y hacer valer los derechos que le asisten. Bajo esa perspectiva, la condición que exige el Estado para estar en aras de impartir justicia, es que el conflicto del que se duele el particular se adecúe al procedimiento existente.

Bajo ese paradigma, optamos por considerar contrariamente a la cultura impuesta por el propio Estado, lo propuesto por Blankenship,⁸⁴ por lo que se refiere a considerar que, en todo sistema de solución de controversias, es necesario que el procedimiento se ajuste a las necesidades del conflicto, y no que el conflicto se ajuste al procedimiento existente.

Consecuentemente a lo anterior, lo que se sufre es que sigue sin garantizarse por parte de los entes judiciales, un procedimiento “a la medida” de las necesidades e intereses planteadas por las partes y que se resuelva de manera eficaz en atención al beneficio mutuo y duradero de los intereses de las partes.

e. Especialización del tercero neutral

Los ADR, se presentan como un instrumento capaz de ofrecer “soluciones técnicas” a problemas complejos que los órganos jurisdiccionales muchas veces no pueden proporcionar, o tienen dificultades para hacerlo; parte de ello, se debe a la falta de conocimiento pormenorizado que garantice su total entendimiento de la cuestión planteada, incluso cuando su resolución está apoyada en el dictamen

⁸⁴ John Blankenship en Brian A. Pappas, “Med-arb and the legalization of alternative dispute resolution” (E.U.A.: Harvard Negotiation L. Rev., 2015) p. 190

de peritos, técnicos o expertos en la materia; ya que estos, de igual forma, actúan en base única y exclusivamente del material probatorio del que fueron abastecidos en el proceso, sin atender directamente a los verdaderos intereses de las partes.

Además de la mayor especialización, surge otra cuestión que merece la pena analizar, y que se refiere directamente a la formación profesional del tercero neutral interviniente, sea éste un abogado en ejercicio o profesión similar, o cualquier otra especialidad que le brinde *los conocimientos suficientes y aptos*, para estar en condiciones objetivas de brindar una solución apegada a la realidad y con los matices que reviste lo complejo de la problemática, con la única atención de atender precisamente los intereses de las partes; lo cual podría comportar alguna ventaja más para el uso de los ADR, como métodos extrajudiciales de arreglo de diferencias, en lugar de la vía judicial, misma que se encuentra concentrada exclusivamente en resolver el conflicto atendiendo a la postura de quien tiene la razón conforme a derecho, y no propiamente conforme a la justicia.

Por ello, resulta oportuno que el conflicto sea intervenido por personas que poseen un mayor contacto y sensibilidad con los tejidos profesionales, empresariales, económicos y sociales del tema que se pone sobre la mesa, lo cual proporciona nuevos y más abundantes elementos de apreciación, que ayudan a tomar una decisión lo más adecuada y correcta posible, a las necesidades del caso en particular.

f. La Sentencia Judicial frente a la resolución final de los ADR.

La culminación de todo proceso adversarial, se refiere a la emisión final de una determinación emitida -la mayoría de las veces- por un tercero ajeno al conflicto, mediante la cual se ponga fin a la contienda iniciada por las partes.

Dicha determinación, se denominará sentencia si se emite por una autoridad judicial, laudo si se trata de un arbitraje, o simplemente resolución final al tratarse de cualquier otro ejecutor del ADR escogido por las partes.

Ahora bien, en el caso de la sentencia, parece tener una clara distinción con las demás determinaciones de que hablamos, y que se refiere a que la misma se encuentra sujeta a revisión por parte de su superior jerárquico, en caso de que así lo deseen las partes. Esto, conlleva a establecer, que el carácter determinante de la sentencia, no es definitivo, hasta en tanto las partes agoten todos y cada uno de los recursos que se encuentran previstos para combatir lo resuelto por el juez; de esa manera, la determinación impuesta en las sentencias judiciales parecen estar supuestas a una especie de revisión, lo que se traduce claramente a manifestarse en contra de los supuestos contemplados por los ADR, y que en esta deficiencia, se refiere a una revalorización por otro tercero ajeno, de lo ya resuelto en una primera instancia.

Si lo anterior se analiza, desde la esencia consagrada en el derecho de seguridad jurídica, que asiste a las partes, pareciera que el mismo se encuentra vulnerado en el sistema judicial, por ser necesario, la aprobación jerarquizada de lo aseverado por el a quo en su sentencia.

Pero independientemente de lo anterior, no se trata de verificar si se corrompe o no los derechos fundamentales de las personas, sino de apreciar aquellos sistemas que bien reconocidos por los cuerpos normativos, exentas de esta doble resolución a un conflicto planteado.

Así, la autonomía e independencia de los métodos alternos de solución de controversias, ya sea porque la propias partes resuelven o porque un tercero neutral finalizará la contienda, se acentúa aún más: cuando ese tercero neutral investido y dotado de suficiente poder decisonal, pone fin a la misma, a través de

un laudo o resolución, siendo estos finales e inapelables, sin estar sujetos a revisión judicial, ni a una ratificación por otro medio.

Sin embargo, sí conviene aclarar, que la anterior regla resulta inaplicable, y por mandamiento legal se encuentra sujeto a la a la intervención judicial, en supuestos excepcionales como sería cuando, el árbitro se extralimita en sus funciones contractuales y extracontractuales, o se viola gravemente el debido proceso, o se transgrede el orden público, o por la inclusión de cláusulas patológicas,⁸⁵ entre otras; es entonces, cuando el juez puede anular la decisión arbitral, o cualquier otra resolución que revista los matices anteriormente precisados.⁸⁶

De esa manera, la sentencia y el acuerdo emitido en el uso de los ADR, persiguen un mismo resultado, que es poner fin a la contienda presentada por las partes, aún y que el mecanismo empleado sea distinto; por ello, y atendiendo a la legalidad que ha soportado el uso de los ADR por la mayoría de los países democráticos en su derecho interno, la verdadera preocupación no es ahora resolver el conflicto ya sea por la vía judicial o alterna, sino que dicha resolución tenga *el menor impacto posible entre las relaciones de las personas en pugna* y la sociedad que los rodea, al menos es el objetivo que precisamente se pretende justificar como consecuencia secundaria de esta investigación.

3. Naturaleza jurídica.

Las ponderaciones anteriormente precisadas, en beneficio de los ADR, no deben entenderse en detrimento del Poder Judicial, ya que se trata de naturalezas jurídicas distintas, sino que deben entenderse como complemento de aquel, con la

⁸⁵ Vid: Tema 3, Capítulo VII. Las Cláusulas Patológicas.

⁸⁶ Artículo 40 y 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

única intención de minimizar el exceso de trabajo del primero, que no permite que todos los individuos alcancen una solución a su conflicto plenamente satisfactoria.

En ese contexto, el plano de cooperación y complementación de que se habla, debe ser la partida inicial, para el apoyo en conjunto de ambos sistemas, en beneficio de los propios gobernados. De esa manera, se precisa entender que no todos los conflictos son candidatos a resolverse por los ADR, así como tampoco sería posible sostener que todos los conflictos necesariamente requieren de una decisión judicial para ser resueltos.

Con estas diferencias que acabamos de puntualizar, mismas que sin ser las únicas, sí se han considerado por los tratadistas como las que revisten mayor importancia de diferenciación de los procedimientos judiciales con los ADR.

Por ello, creemos que con el uso *adecuado y pertinente* de los ADR en una primera fase, existen pocas probabilidades de que el conflicto se manifieste en su máxima expresión, lo que coadyuva a reducir ese grado de hostilidad tan frecuente que normalmente caracteriza a las actuaciones judiciales y consecuentemente a ello, favorece, una vez arreglada la disputa, *la restauración y conservación de las relaciones interpersonales* en conflicto.

Lo anterior se considera así, en atención a que el uso proporcionado y coherente de los ADR, ajustado correctamente a la magnitud del conflicto a tratar, debe ser capaz de neutralizar sus efectos, y evitar el resurgimiento del mismo. En otras palabras, los distintos ADR que existen actualmente, y los demás que se pretende justificar, no pueden ser aplicados a discreción de los individuos, sino que debe buscar su adecuación a las pretensiones de las partes, en una lucha por conseguir los mejores resultados, en concordancia con los intereses realmente pretendidos por las partes.

IV. CONSIDERACIONES FINALES A LA PRIMERA PARTE

Aunque no se trata de un fenómeno novedoso, la multiplicación de las relaciones negociables, el notable incremento de su complejidad, la mayor información y concienciación de los ciudadanos sobre los derechos que les asisten, son algunos factores que han contribuido a que recientemente haya aumentado la litigiosidad dando lugar a una excesiva proliferación de procesos judiciales que ha acabado por colapsar una ya suficientemente congestionada Administración de Justicia.

El uso e implementación de los distintos métodos de solución de conflictos, como respuesta a lo anterior en la época moderna, fueron apareciendo e implementándose en el derecho, tratando de adecuarse cada uno de ellos a la situación específica de cada caso (conflicto); y siempre al margen de los límites fijados en el derecho, pero en la mayoría de los casos y como pudimos apreciarlos en este apartado, fueron insuficientes para lograr su cometido, ya que en distintas ocasiones aún y que aparentemente el conflicto era resuelto, este a través de los años resurgía, generando nuevas adversidades entre las partes.

De esa forma, el conflicto -desde la perspectiva de la convivencia del hombre en sociedad-, es inevitable y ha existido desde que, como mínimo, dos seres humanos interactúan. Dada su variabilidad y el elevado número de circunstancias que lo afectan, es muy posible que no puedan resolverse de un modo satisfactorio para todos, pero sí es posible ir conjugando día a día el conjunto de herramientas existentes y que van complementando al derecho, para buscar el resultado que más se acerque a los intereses de las partes en constante interacción conflictiva, y como consecuencia de esas interacciones, salvaguardar el interés de la sociedad, que es donde recae los resultados definidos por los individuos.

Así, independientemente del estilo de negociación que se emplee - entendida esta como mecanismo de composición de conflictos-, debemos tener claro que lo que se busca es llegar a un acuerdo que se ajuste a la mayoría de las perspectivas de los involucrados, siendo los condicionantes que se le deben pedir, en general, a un acuerdo para ser considerado “bueno”, probablemente serían los siguientes:⁸⁷

- *Que sea amplio*; es decir, que considere en la medida de lo posible, los intereses de cada parte y los intereses de todos como comunidad.
- *Que sea eficiente*, debe resolver los intereses en conflicto de una forma rápida, justa y posible.
- *Que sea duradero*, en el sentido que mantenga igual, o en su caso mejore, las relaciones entre las partes.
- *Que sea ejecutivo o ejecutable*, pues de nada sirve un acuerdo que no puede después materializarse.

Preestablecido lo anterior, una de las preguntas hipotéticas que sostienen el estudio de este trabajo es la siguiente: *¿existe verdaderamente un medio alternativo de solución de controversias, que cumpla cabalmente con las condicionantes propuestas para ser considerado bueno?*

Probablemente no, ya que en el paradigma actual de los ADR, todos presentan deficiencias que han sido debatidas por los estudiosos de este tema, sin dar solución eficiente a la problemática que actualmente se vive. Dicho lo anterior, es menester ir atendiendo aunado a la causa que origina el conflicto, mismo que como sucede hasta nuestros días, no ha sido posible solucionarlo de manera

⁸⁷ Steven Cohen, ob. cit. pp. 138-139.

permanente en cada uno de los escenarios en los que se presenta, siendo por ello necesario, la adaptación en la época moderna de *nuevas estrategias* que sigan limando asperezas en las relaciones individuales.

De esa manera, el haber entrado al estudio desde sus raíces de los ADR en la vida del ser humano, nos direcciona hacia un panorama claro para vislumbrar el verdadero objeto que ha perseguido el individuo en su afán de vivir en sociedad, y que es la permanencia de las buenas relaciones para que la propia sociedad siga aceptándolo dentro de ella.

Por ello, debe considerarse el uso apropiado de las herramientas que tienen a su alcance las partes contendientes para resolver sus adversidades, ya que el empleo desmedido y desproporcionado, sin lugar a dudas, puede provocar el rompimiento de las relaciones preexistentes. En ese sentido, y ante el fracaso de esa potestad concedida para la elección del foro de solución, es cuando sí se le puede facultar al Estado o a otro organismo heterocompositivo, para que aplique sus atribuciones que por mandamiento legal le corresponde, en aras de conservar el Estado de Derecho y mantener el orden del individuo en sociedad.

En otras palabras, que las partes agoten sus medios de resolver sus controversias pero de una manera proporcional a la magnitud del caso planteado, gozando del privilegio de utilizar sus propios canales de autocomposición de la situación adversarial con las demás partes; y ante la negación o el fracaso rotundo de lo anterior, sepan delegar esa potestad de solución a un tercero ajeno con características suficientes para ello.

Consecuentemente a todo lo vertido en este apartado, es menester seguir apoyando el proceso evolutivo en esta materia, que nos lleva en esa dirección de libre elección del foro que resolverá o coadyuvará de la mano con las partes a la solución pacífica y permanente del conflicto; y, en ese sentido, es donde las

personas, conscientes de su poder de resolución, abandonan la idea de que la solución a todos nuestros problemas la tienen los poderes públicos y demás organismos con herramientas coercitivas para obligarnos a cumplir con la obligación. Comenzando a pensar que, antes que todo, nos compete a nosotros mismos el arreglo de nuestras propias diferencias, de la forma, términos y mecanismos que más se adecuen a nuestra perspectiva de resolución.

Ello, atañe a la libertad de las partes de ser ellas mismas quienes resuelvan su conflicto de la manera que más les convenga, y sólo en el aislado caso que no les haya sido posible resolver sus diferencias por ellos mismos, exista una regulación vinculante y obligatoria que sea hasta ese momento procesal el que un tercero neutral (público o privado) totalmente independiente y ajeno a las causas de aquellos, emita una resolución que ponga fin al conflicto y al deterioro de las relaciones que lo padecen.

De esa forma, el arbitraje es formalmente el único mecanismo alternativo cuya resolución final (laudo) se asemeja a la sentencia judicial, por lo que, si lo que se busca es dotar a las partes de la tranquilidad de que el conflicto será resuelto pero que a la vez se le dará la oportunidad de que ellos mismos resuelvan sus diferencias en primera instancia, deberá implementarse en los resultados obtenidos hasta ahora con los ADR, una nueva idea que conjugue estos dos aspectos a que se hace referencia.

Logrando con esto, que el ambiente conciliador, el clima de armonía y de intereses comunes, que concurrían al iniciarse la relación entre las partes contratantes, se prolongue y continúe vigente una vez que haya surgido la controversia, se desarrolle y se resuelva la misma.

Bajo esta perspectiva, los juicios se muestran así como el último remedio a los que sólo se debe acudir cuando se han agotado las posibles vías de solución

de problemas. En otros casos, la resolución judicial de la controversia se pretende de modo precipitado instrumentalizándola al servicio de los intereses particulares de la parte que la promueve, sin considerar seriamente los inconvenientes que esta opción conlleva.⁸⁸

Por ello, nuestro afán de hacer un estudio sobre los procesos mixtos alternos y sus características que permiten tener un panorama actual sobre su implementación en los tiempos modernos, primordialmente en las relaciones comerciales.

Lo anterior se justifica, atendiendo a que la posible discrepancia, ya no se refiere a optar por alguno de dichos mecanismos de manera independiente, sino a tratar de salvaguardar los mejores elementos de cada uno de ellos, para propiciar a las partes contendientes el mejor resultado que pudiesen obtener de las diversas opciones, y no simplemente conformarse con los efectos que derivan de la aplicación aislada de cada uno de los ADR existentes.

De esa forma, el alcance es complementario, donde las partes integran en su planteamiento lo mejor de las alternativas existentes, que conjuntamente conformaren un sistema viable y que brindara la tranquilidad que necesitan las partes para continuar con su armonía en sus relaciones.

⁸⁸ Rafael Colina Garea, ob. cit. p. 156.

SEGUNDA PARTE

V. LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN SU APLICACIÓN CONJUNTA

1. Antecedentes

Hoy en día, en la mayoría de los contratos de índole internacional principalmente, contienen alguna cláusula compromisoria y/o de sumisión a algún mecanismo de resolución de conflictos ajeno al tradicional proceso judicial impuesto por el Estado; ello obedece, al ya sinnúmero de temas debatidos en relación a la globalización que nos atañe en la época actual y que involucra una readaptación de los Estados, a incorporarse al Derecho Internacional, a través de sistemas que garanticen la resolución temprana de los conflictos que surgen del comercio, y de ser posible evitarlos desde su aparición, en aras de evitar la imposición de un tribunal nacional.

Los entes tanto físicos y morales que participan en el comercio, cada vez son más reacios a sujetarse a las normas jurídicas internas de cada país donde mantienen relaciones comerciales; haciendo, que cada vez sea mas común el establecimiento de cláusulas compromisorias en los contratos, de resolución alterna de disputas, mismas que perfeccionan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, sin hacerse acreedoras a la sumisión tácita a los mecanismos judiciales o su equivalente en un determinado país, impuesto sin el consentimiento ni la voluntad expresa de las partes.

Entre los diversos beneficios que otorga la implementación de cláusulas compromisorias en los contratos entre las partes, podíamos precisar que la mayoría estriba en finalidades de tipo económico y psicológico, Susan B. Meek,⁸⁹ precisa otros factores que han resultado determinantes para alentar el uso de este tipo de cláusulas, en específico de arbitraje, no obstante, consideramos esas

⁸⁹ Susan B. Meek, *Alternative Dispute Resolution* (E.U.A.: Lawyers&Judges Publishing Co, 2010) 74-77.

virtudes desarrolladas por la investigadora, son posibles encontrarlas en la generalidad de ADR que conocemos:

- Deseo de privacidad y confidencialidad
- Habilidad de un árbitro experimentado y experto
- Evitación de la litigación y al sistema de la Corte
- Disminución de los costos de litigación
- Eficiencia del proceso
- Un resultado final sin la amenaza de la apelación

Como se ve, en el contexto de los ADR actuales, no se habla de otros beneficios como la satisfacción en el resultado obtenido por la totalidad de las partes, o de soluciones permanentes al conflicto, mucho menos la posibilidad de que las partes empleen las bondades de cada proceso en uno solo, etc.

En otras palabras, son muchos factores que han caracterizado el aumento en el uso de los ADR; sin embargo, en la actualidad, no han existido cambios importantes en esta materia, los individuos cada vez más, se encuentran sujetos a una constante multiplicación de conflictos y demasiado complejos, como para que se pretenda utilizar los mismos mecanismos que fueron implementados hace décadas. De esa forma, es necesario presentar una actualización de los mecanismos alternos, que sean capaces de resolver los conflictos actuales, y mejor aún, que puedan adecuarse a las necesidades de los usuarios de la época moderna.

Dicha actualización consiste, en fusionar procesos med-arb, como el objeto de estudio de esta investigación (mediación y arbitraje vinculados) y obtener mejores resultados, que la utilización aislada de cada mecanismos. Recordemos que no se trata de una innovación, sino de una adecuación e implementación a las

necesidades actuales. Para ello, analicemos los rasgos más distintivos por lo que se refiere a los procesos híbridos de resolución de conflictos.

a. Sus orígenes y desarrollo.

Los primeros hallazgos formales de este proceso mixto, data a principios del año 1940, cuando algunos árbitros abogaban por el uso de una mediación-arbitraje (med-arb),⁹⁰ citado como un mecanismo de resolución de disputas en el cual las partes disputantes y un tercero neutral, intentarían alcanzar un acuerdo voluntario a través de la mediación, y sólo ante el fracaso de esta última, el tercero neutral se movería al arbitraje.⁹¹

Los abogados seguidores de este mecanismo en esa época, creían que el verdadero papel del árbitro era asistir a las partes en disputa en completar sus *negociaciones*; y haciendo esto, la principal herramienta con la que contarían sería la mediación. Por otro lado, diferentes posturas se inclinaban a sostener que ambos mecanismos de control de conflictos eran independientes uno del otro, por los que los procesos y técnicas de los dos métodos eran fundamentalmente diferentes e incompatibles.

En ese mismo sentido, los críticos de este procedimiento que vinculaba a la mediación y al arbitraje, sostenían que no era ético para un árbitro intentar mediar alguna disputa, siendo que el deber de un árbitro era decidir sobre materias enteramente sobre las bases que estaban predispuestas a él, incluyendo el contrato que definía los derechos y obligaciones de las respectivas partes.⁹²

⁹¹ Megan Elizabeth Telford, *Med-arb: a viable dispute resolution alternative* (Canada: Queen's University, 2000) pp. 62-68.

⁹² Charles Killingsworth en Megan Elizabeth Telford, *ob. cit.* 1.

De esa manera, quedaba en tela de juicio, la libertad de las partes para externar su voluntad en la elección de este tipo de mecanismos combinados; por estar aparentemente viciados de origen y corromper los principios rectores de cada uno de sus elementos diferenciadores.

En 1970, la aplicación y utilización formal tanto de la mediación como del arbitraje, en uno proceso unificado (med-arb), había sido acreditado por el árbitro Sam Kagel,⁹³ quien hizo uso de esta complejidad para negociar una huelga de enfermeras en San Francisco, Estados Unidos de América.

En ese mismo año, los resultados obtenidos en el proceso de huelga, despertaron el interés del “Quebec Department of Labour” y el “Federal Department of Labour”, y el proceso med-arb, fue usado para resolver los conflictos en determinados asuntos de la industria de la construcción en Quebec, Canadá.

Es entonces, cuando la Federal Service Impasses Panel, de los Estados Unidos de América, por los buenos resultados obtenidos, siguió alentando su uso, y sus archivos arrojaron que el uso de procesos med-arb entre los años 1970 y 1975, fue aproximadamente en 20 ocasiones.⁹⁴

El predominio del uso de procesos med-arb aún novedoso y con cierto grado de incertidumbre en cuanto a los resultados que se pudieran obtener, continuó incrementándose en diversas localidades de los Estados Unidos de América, hasta que el Estado de Wisconsin, se convertiría en la primera jurisdicción en los Estados Unidos de América, en adoptar formalmente med-arb como un proceso de resolver controversias el 1 de enero de 1978.⁹⁵

⁹³ Sam Kagel, en Virginia K. Baillie y otros, *Effective Nursing Leadership. A practical guide* (E.U.A.: Aspen Publication, 1989) pp.18

⁹⁴ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 1.

⁹⁵ Ibid. p.14

Con tan marcados antecedentes benéficos en los Estados de Unidos de América y Canadá, durante los años ochentas, el uso de med-arb continuó incrementándose, así como la proliferación en su uso en distintos campos de diferentes tipo de disputas como de enfermeras, periodismo, utilidad pública, educación y comercio.

Así, un estudio elaborado en 1994,⁹⁶ de casos de alto perfil, reveló la continuación en el uso de med-arb a una variedad más amplia de disputas, que iban desde la ya conocida actividad comercial, hasta disputas relacionadas con el medio ambiente; estas formas concretas de aplicación de este nuevo proceso, se realizaban de manera eficiente y con resultados muy satisfactorios, originando su regulación en otras legislaciones norteamericanas.

2. Aspectos a considerar para justificar su vinculación

Como se sabe, no todos los conflictos tienen las mismas fuentes, ni buscan y obtienen los mismos resultados; Susan B. Meek,⁹⁷ hace un análisis de los puntos más significativos que son necesarios conocer, a la hora de determinar cuál es el ADR que mejor se adapta a la solución del caso concreto en conflicto, teniendo acceso a lo siguiente:

- Los beneficios, ventajas y desventajas de cada proceso, basadas sobre la base de toda la información, y del cliente.
- Las preferencias del cliente.
- De la persona que toma las decisiones.
- Las reglas.
- Como se relaciona con el proceso de litigación.

⁹⁶ McLaren y Sanderson, en Megan Elizabeth Telford, ob. cit. 6-29.

⁹⁷ Susan B. Meek, ob. cit. p.19.

- Como se resuelve la disputa.
- Velocidad.
- Costo.
- Consideraciones éticas.
- Proceso de apelación.
- Si es voluntario o no.
- Si están las partes representadas por un abogado.
- El tomador de decisiones es el cliente o una tercera persona.
- Formal vs. Informal.
- La decisión está basada en la ley o no.
- El acuerdo es legalmente ejecutable o no.

En atención a lo anterior, existen diversas definiciones y formas que han sido adoptadas por diversos precursores con el paso del tiempo, en su continuo afán de definir a los ADR, así como sus alcances y finalidades pretendidas.

Bajo esa premisa, el paradigma actual debe centrarse, en la adecuación de un sistema alternativo que continúe perfeccionando el verdadero espíritu de los ADR, que se traduce en la imperiosa necesidad de: solucionar la controversia de las partes, pero no cualquier tipo de solución, sino aquella que continúe fomentando la solución de manera pacífica de los conflictos, y que simultáneamente sea capaz de restaurar los verdaderos intereses de las partes que se consideran vulnerados, en ambos casos, respetando el fiel cumplimiento de las leyes y del orden público, con lo que se previene cualquier afectación a derechos de terceros.

De esa manera, cuando un sistema es incapaz de dar solución para lo que fue creado, resulta pertinente la formación de uno nuevo, el cual se vaya readaptando a las necesidades de la sociedad, pero sobre todo que sea capaz de neutralizar positivamente los efectos que ocasiona el conflicto.

Sobre el particular, la readaptación de nuevos sistemas de solución de conflictos, no solo deviene por la incapacidad de sus antecesores para el arreglo de las adversidades entre las partes, sino su conformación también se justifica, cuando existen datos suficientes que hacen suponer que se obtendrán mejores resultados para las partes, con su implementación.

La implementación de sistemas en los que se incluya la posibilidad de vincular distintos ADR en uno solo, pretende dar salida a la anterior problemática, enfatizada por supuesto, a las circunstancias específicas de la sociedad actual, misma que se ve intervenida en nuevos conflictos que cada día resulta ser más compleja su resolución.

De esa manera, y de acuerdo a las anteriores insuficiencias, una respuesta que debe ser considerada, es la incorporación formal de sistemas que permitan la vinculación en un solo procedimiento, de distintos métodos alternos de solución de conflictos. En atención a lo anterior, analicemos su viabilidad desde la perspectiva de la mediación y el arbitraje como procesos a unificar.

a. Características de los procesos

En primer término, hagamos hincapié en la negociación como la forma más común de resolución de disputas, misma que tiene la ventaja de permitir a las propias partes tener el control del proceso y la solución a la problemática que padecen; lo anterior, sin hacer incursiones extensivas en cuanto a conceptualizaciones formales, al igual en lo concerniente al proceso de mediación y arbitraje. Lo anterior, para no distraer al lector en temas ampliamente conocidos, pero sobre todo, con la intención de estar en aptitud de contemplar las características distintivas de cada proceso, como justificación del tema propuesto.

Previsto lo anterior, cuando las partes no pueden resolver el conflicto por ellas mismas, y continúan con la intención manifiesta de seguir manteniendo la optativa a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, pueden verse incitados en traer a la negociación a una tercera parte, cuya principales características distintivas es que es neutral, independiente y ajeno a la controversia.

La negociación entonces, es sucedida por procesos como la mediación y el arbitraje, cuales se suscitan, cuando los negociadores optan por solicitar ayuda de un tercero neutral en el proceso, aceptando la intervención de manera activa y/o pasiva, proponiéndoles algunas alternativas, o simplemente ayudando a mejorar los canales de comunicación.

Bajo esta dinámica, las partes disputantes ceden el control sobre el proceso así como la solución que se dé al mismo, variando en la proporción y medida en que el tercero neutral será investido de facultades y atribuciones en su actuar.

Por lo que, resultará ser un factor crítico que se abordará más adelante, la distinción entre simplemente asistir a los disputantes en lograr su propia solución al conflicto, o, buscar la intervención activa del tercero neutral, para que sea este el que conduzca y resuelva por las partes, sus controversias.

i. De la mediación.

Como segundo término, cuando el proceso de negociación es asistido por el auxilio de un tercero que facilita la comunicación, estamos propiamente -como es sabido-, ante una mediación,⁹⁸ concepto el anterior que en su forma más

⁹⁸ Exclusivamente se hace mención a la mediación y arbitraje, por ser estos el objeto de estudio de la presente investigación. Sin embargo, existen otros ADR que más adelante sin afán de desarrollarlos si se precisaron en su contexto más generalizado para tener la noción de al menos el papel que juegan dentro del universo de los ADR.

antigua era llamada adjudicación, si era realizada por una Corte o por un adjudicador privado conocido como árbitro.⁹⁹

Así, este proceso se caracteriza por la asistencia de las partes en conflicto a renegociar sus diferencias, partiendo de la idea de un trabajo conjunto y donde se respeten las participaciones individuales de las partes, buscando un acuerdo que sea mutuamente satisfactorio.¹⁰⁰

Bajo ese contexto, la mediación se caracteriza por ser un proceso noble en cuanto al respeto a la autonomía de las partes, ya que la caracterización del tercero interviniente en estas prácticas, es con la finalidad de facilitar la comunicación entre ellas, sin interferir objetivamente, en el resultado que se obtenga por su propio empeño y voluntad, como consecuencia de ese acercamiento logrado por aquél.

De la misma forma lo ha interpretado Smith,¹⁰¹ al considerar que la primera meta de la mediación es asistir a las partes en conflicto negociando sus propias disputas y trabajando en un acuerdo mutuamente satisfactorio. De esa manera, el mediador como tercera parte, actúa solamente como un facilitador del proceso de negociación, *sin autoridad* suficiente para tomar decisiones sobre los problemas puestos sobre la mesa de negociación.

Esa falta de autoridad que caracteriza a este mecanismo, es la que trasciende a la hora de velar por un resultado o un acuerdo que resuelva la contienda; ya que como es sabido, en este proceso alterno, si las partes por ellas mismas no llegan a un acuerdo consensado, puede decirse que la mediación fracasó, *dejando a salvo los derechos* de las partes para que los ejerciten por otra vía que sea concorde a sus pretensiones.

⁹⁹ Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, ob. Cit. p. 269.

¹⁰⁰ Smith, en Megan Elizabeth Telford, p. 3.

¹⁰¹ *Ibíd.* pp. 3-8

ii. Del arbitraje.

Finalmente, sabemos que si al tercero neutral se le dota de suficiente autoridad para emitir una decisión o poner la decisión en las manos de algún mecanismo de adjudicación decisional, el proceso se llama arbitraje. Entonces, al tercero neutral ahora árbitro, rinde una decisión final que puede ser obligatoria o no para las partes, la cual se encuentra basada *única y exclusivamente* en la evidencia presentada y las respectivas comunicaciones concedidas.

También se sabe que procedimientos heterocompositivos como el arbitraje, cuando el resultado está garantizado por un laudo vinculante, permite a las partes poder solucionar su disputa, de dos formas; por un lado, un arbitraje institucional, que al igual que el sistema judicial vela por la aplicación de las normas legales al caso concreto en estudio, objetivando sus resoluciones en base a los hechos expuestos por las partes en reconocimiento de un derecho que le asiste a una de las partes (arbitraje institucional).

Por otro lado, cuando el laudo es dictado en base al análisis de *los verdaderos intereses de las partes*, dejando a un lado cualquier derecho que les pudiere corresponder por mandamiento legal o contractual, estamos ante la presencia del denominado arbitraje ad hoc o convencional.

El arbitraje se distingue por ser un proceso adversarial y por no alentar los acuerdos voluntarios o negociados por las partes. Este enfoque arbitral de ganar-perder, es lo que incrementa la tendencia de las partes para tomar posiciones tan extremas de lo que verdaderamente buscan para satisfacer sus intereses; ello, por tener la convicción de que el árbitro encontrará el resultado de la contienda a su favor.

Dicho laudo arbitral, tendrá como precedente las manifestaciones vertidas por las partes, y los medios de convicción aportados durante el procedimiento, lo que con llevará de manera objetiva a que el árbitro emita una resolución que ponga fin a la contienda.

b. Deficiencias de los procesos vinculados en su aplicación aislada

Analizadas que fueron las peculiaridades más significativas de cada uno de los procesos de mediación y arbitraje, resulta pertinente establecer las carencias que se pretenden subsanar con la implementación del nuevo sistema vinculatorio.

i. De la mediación

En la mediación se distinguen dos supuestos que obstaculizan los buenos resultados que se pudiesen obtener de la mediación:

El primero de ellos, estriba en considerar las facultadas que se le otorgan al mediador para dirigir un buen proceso. Así, dadas las características que revisten a este proceso no adversarial adquiere especial importancia el exceso de autonomía que se le otorga a las partes disputantes, toda vez que al ostentar ellas todo el protagonismo, el tercer neutral interviniente se le minimiza su actuar y su poder decisorio.

En efecto, dicha tercera parte denominada mediador, actúa entonces como un simple facilitador, *sin tener autoridad suficiente para influir en las decisiones* que formarán el acuerdo de la mediación, salvo que las partes por voluntad

expresa decidan que la intervención del mediador tenga injerencia en la toma de decisiones o en la forma de desahogar el procedimiento.¹⁰²

En segundo lugar, y no menos importante, es la falta de obligatoriedad que someta a las partes para terminar forzosamente el proceso de mediación con una solución al conflicto. Este mecanismo lamentablemente no sujeta de manera obligatoria a las partes a que continúen con la secuela de la mediación hasta que se llegue a ese acuerdo buscado y no encontrado ante el fracaso de la misma, lo que sin lugar a dudas, se traduce en un menoscabo en la continuidad de las relaciones entre las partes. Lo anterior es así, porque ahora en afán de encontrar una solución al conflicto, velarán por algún otro mecanismo que lo solucione; pero ahora agregando al problema causante, el desgaste -en todo su contexto- que han sufrido las partes con las tramitaciones previas y no fructíferas, así como el impacto psicológico que representa, el fracaso de las anteriores negociaciones en búsqueda del acuerdo.

En otras palabras, la mediación no da solución a la incertidumbre de las partes que el conflicto será solucionado, lo que sucede, cuando se presenta uno de los siguientes supuestos:

- Cuando ocurre un impasse o una situación de bloqueo o no avance, en el proceso y;
- cuando la mediación produce un efecto negativo como es el propio fracaso de un posible acuerdo.

En ese mismo sentido y como complemento a lo anterior, existe el supuesto de que el acuerdo final del proceso de mediación, en el que se haya conseguido o

¹⁰² En algunos países, la mediación se confunde con la conciliación, atendiendo a las funciones del tercero neutral que las partes consignan en su acuerdo contractual, lo cual para los efectos de esta tesis, resulta intrascendente la denominación que se le dé, siempre y cuando se le clasifique distinto al arbitraje.

no la finalidad de la contienda, este carece de suficiente fuerza vinculante, para obligar a las partes a cumplir con los acuerdos alcanzados.¹⁰³

De igual manera, ante el fracaso rotundo de la misma, la mediación también carece de fuerza para obligar a las partes a que forzosamente busquen un acuerdo antes de abandonar el conflicto.

Para ejemplificar lo anterior, analicemos el caso cuando la ruptura se debe al *incumplimiento de mala fe* por alguna de las partes; en esta situación se plantea un serio obstáculo para la mediación, ya que la misma puede hacerse ineficaz por acciones ajenas al procedimiento, ya que en el presente caso, previamente no existe una buena disposición por una de las partes para tratar de subsanar los incumplimientos contractuales que dieron origen al conflicto.

Ante esta mala fe de una de las partes en el proceso de mediación, no existe un antídoto legal o contractual que sancione dicha mala fe presentada por las partes, lo que claramente se traduce en un perjuicio insalvable para las partes que sí obraron de buena fe y con la mejor disposición de solventar la controversia que padecían.

Es por ello, que ante estos casos de mala fe entre algunos de los usuarios y operadores, existe el temor fundado que la mediación carezca de suficiente veracidad para ser usada, incluso suponga un obstáculo agregado para la resolución oportuna de la controversia, toda vez que la parte que actúa de mala fe, o sea el presunto incumplidor, tiene la pretensión manifiesta de aprovecharse de

¹⁰³ No siendo el caso de España, ya que mediante la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su artículo 23.3, el acuerdo alcanzado en mediación es vinculante, y de obligatorio cumplimiento para las partes. La misma prevención existe en el artículo 48 y 49.2, del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se Regula el Sistema Arbitral de Consumo, al permitir que los acuerdos a que lleguen las partes que pongan fin al conflicto, se adoptarán en el laudo.

las bondades de la mediación para su propio beneficio particular, a través de tácticas dilatorias para el cumplimiento de una obligación contraída.

No es óbice a lo anterior, el hecho de que esas estrategias mal empleadas por alguna de las partes con fines de dilatar la mediación, puedan ser subsanada o minimizada por el propio mediador, dentro de sus facultades disciplinarias, ya que la función del mediador estriba en poner fin de inmediato al proceso de mediación, lo que en obvio de repeticiones repercutiría en perjuicio de las partes que optaron por este proceso.

Como corolario de lo anterior, nótese que sin lugar a dudas, aún con esta potestad que tienen los mediadores para dar por concluida una mediación, las partes que actuaron de buena fe, ya se encuentran sufriendo los estragos que precisa la apertura y cierre de una instancia como lo es mediación, que dados los matices de defraudación que presenta, se traduce en un menoscabo en los intereses de las partes involucradas.

De esa manera, las anteriores deficiencias del sistema de mediación, se potencializan cuando la imposibilidad del acuerdo en esta instancia, se acreditan a la mala fe o la propia voluntad de incumplir lo acordado por alguna de las partes, suponiendo fehacientemente una limitante para la verdadera eficacia de la mediación.

ii. Del arbitraje.

Por otro lado, sí bien es cierto que el arbitraje enmienda esta nota vulnerable de la mediación, de no incluir en sus postulados la emisión de una resolución que se dicte de manera obligatoria para las partes, este mecanismo alternativo de control de conflictos, *niega* a las partes la posibilidad de atender sus diferencias de manera voluntaria y considerando la buena fe guardada.

Lo anterior es así, toda vez que el árbitro dictará una resolución de carácter obligatorio¹⁰⁴ para las partes, única y exclusivamente con el material del que tiene conocimiento, sin considerar el carácter subjetivo con que se presentan las partes en ese momento en particular, mucho menos la consideración de la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo beneficioso, sino con la única intención contractualmente fundada, de salvaguardar un derecho de alguna de las partes.

En base a la anterior atribución, como es bien sabido, el papel de las partes ante este proceso, es situarse como *contrincantes*, quienes buscan a través de los diversos mecanismos de prueba, ilustrar al árbitro para convencerlo de quien tiene la razón, o le asiste algún derecho; siendo que el arbitraje por sus características ya comentadas, tiene la percepción hacia las partes de configurarse como una negociación con el enfoque tipo ganador-perdedor.¹⁰⁵

Posteriormente, atendiendo a las peculiaridades de cada arbitraje (ad hoc o de derecho), el árbitro emitirá un laudo, cuya principal nota diferenciadora con la mediación es que será obligatorio para las partes su cumplimiento.

Véase entonces, que la finalidad del arbitraje es muy similar a las ya criticadas sentencias judiciales, en el sentido de que ambos mecanismos imponen una decisión final y vinculante al conflicto que se les presenta, en análisis de la evidencia presentada por las partes, y donde claramente queda afuera de su competencia el fomento del acuerdo o el arreglo voluntario de las partes.

Entonces, lo que diferencia al arbitraje esencialmente de la justicia propuesta por el Estado, es que en el caso particular del que hablamos, el arbitraje se desenvuelve en un ambiente privado y con especialistas, y sobre todo, en un entorno que no se encuentra sobrecargado de trabajo y donde su nota

¹⁰⁴ Para que la vinculación de la mediación y el arbitraje funcione, en el supuesto que pretendemos demostrar, el laudo emitido en el arbitraje tiene que ser obligatorio para las partes.

¹⁰⁵ Vid: Capítulo I, Tema 4 “La negociación como forma básica caracterizadora de los ADR”

característica es la rapidez, confidencialidad y bajo costo como se persigue con todos los ADR en general.

No obstante lo anterior, carece de esa sensibilidad que arroja y perfecciona a la mediación, para tener ese acercamiento con las partes para no solo solucionar el conflicto, sin haber encontrado la raíz de los problemas, y poder evitarlos en el futuro, por haberse resuelto conforme a las pretensiones que las partes consideraban importantes para ellos.

3. Resultados que se convalidan con la vinculación

Por lo que se refiere a la mediación, se proponen las siguientes consideraciones para ser subsanadas con la vinculación:

- La mediación no obliga al acuerdo, con lo que consideramos que se irrumpe con los principios rectores de los ADR, que es precisamente la *solución* alterna de los conflictos. Ese sería principalmente el matiz que incentiva la fusión de este mecanismo con el arbitraje, la incertidumbre de las partes de no conocer a ciencia cierta, si su problemática puesta sobre la mesa de discusión a través de una mediación, será resuelta de manera definitiva.
- La mediación por lo tanto, es un proceso de negociación estructurada, mediante el cual un tercero neutral, trabaja muy cercanamente con las partes para tratar de alcanzar ese acuerdo que sea aceptado de manera consensual por ellas mismas, sobre la disputa objeto de la mediación; es entonces donde nace esa necesidad de complementar este mecanismo en cuanto al resultado que se busca, que es resolver el conflicto que aqueja a las partes.

- Una de las arduas tareas entendidas del proceso de mediación y es donde deviene su utilidad, es concientizar a las partes sobre su obligación contractual y las consecuencias a que se harían acreedoras las partes, en caso de verificarse un incumplimiento sobre lo pactado. En otras palabras, podría decirse que la falta de acuerdo en el proceso de mediación, se traduce en tiempo perdido para las partes que actuaron de buena fe en la misma, y por obvias razones para las partes que actuaron de mala fe, se traduce en un beneficio cuantificable en tiempo y dinero, por seguir evadiendo el cumplimiento de sus obligaciones a través de maquinaciones en detrimento y desprestigio de los ADR.

- Esta situación de aspecto negativo de que hablamos, deja en “un estado incompleto” al proceso de mediación, lo que le resta credibilidad al proceso ante sus precursores, por carecer de mecanismos de coacción suficientes, ante la temerosidad de las partes que no tienen al menos, la convicción de intentar resolver sus diferencias con las demás partes involucradas, por este tipo de mecanismos.

- El estado incompleto del que se habla, ocasiona que la mediación pudiera durar mucho tiempo y nunca ser resuelta por no ponerse de acuerdo las partes. Lo anterior, reviste de especial relevancia para las partes que actuaron de mala fe, ya que dilatarían el reconocimiento de un derecho a la otra parte que sí actuaron de buena fe, o el cumplimiento de una obligación a cargo de aquellos que no lo hicieron.

De esta forma, la dilación en la búsqueda de la razón o de un acuerdo negociado, se encuentra en suspenso, a lo que no existe formalmente una penalidad u obligación de conseguirlo mediante este proceso de mediación, mucho menos la existencia de una salida que permita someterlo

inmediatamente a una decisión pero en esta ocasión que sea vinculante para las partes.

Por lo que se refiere al arbitraje, las acciones medulares que se modificarían con su conjugación con la mediación, serían las siguientes:

- Por lo que se refiere a la función que desempeña el tercero neutral en el arbitraje, el árbitro es esperado para hacer una decisión final y vinculante basada en la evidencia presentada y las respectivas comunicaciones de las partes; por ello se dice, que el arbitraje es un proceso adversarial.

- Aquí el desprestigio, por llamarse así, *no es en perjuicio del método empleado, sino en la falta de oportunidad* de las partes, de que se les permita *a priori, resolver* auto compositivamente a sus obligaciones contractuales en caso de haber sido incumplidas, o malamente interpretadas.

En la hipótesis anterior, no todo está perdido, ya que las partes al menos cuentan con la tranquilidad que se les concedió la oportunidad de que fueran ellas mismas las que resolvieran su propia contienda, lo que ayudó a que se sintieran cómodas con las otras partes, ya que todos tuvieron la oportunidad de explorar sus propios y verdaderos intereses, y tener la oportunidad de conocer los de las otras partes. Se insiste en lo anterior, ya que el arbitraje carece de esas bondades, tan es así, que un arbitraje impuesto difícilmente conservara las buenas relaciones entre las partes. En el mismo sentido, se ha manifestado Garea¹⁰⁶ al respecto, al considerar que: *“...parece una exageración de imposible realización afirmar que el procedimiento arbitral permite hacer justicia conservando la amistad...”*.

¹⁰⁶ Rafael Colina Garea, ob. cit. p.155

- Posteriormente, y en caso del fracaso de la mediación, ya no es insensible la vinculación inmediata de un oportuno arbitraje, ya que las consecuencias que deriven de su utilización, están plenamente fundamentadas ante la negativa de cualquiera de las partes de no ceder en la mediación previa. Esto, a la luz de la cordialidad institucional como internacional que debe prevalecer en las relaciones comerciales, como un ejemplo de la intención de salvaguardar por encima de todo las relaciones con los demás entes.
- Entonces, la principal diferencia con el proceso de mediación previamente analizado, es que el arbitraje se caracteriza por “obligar” a las partes a someterse al laudo arbitral; sin más limitantes a que el mismo se haya cumplido de acuerdo a las estipulaciones contractuales de las partes y en estricto apego al derecho aplicable de donde emana; lo que como es bien sabido, no acontece con la mediación.
- De la misma intensidad, conviene precisar el alto costo que representa ventilar dos procesos de manera aislada e independiente, lo que se traduce en gastos innecesarios por no haber considerado la brevedad que supone el accionar de dos mecanismos alternos en una misma instancia procesal. Así, tiempo y dinero demandan la búsqueda de un mecanismo de resolución de disputas que sea más rápido y menos costoso.

Con esto, los métodos mixtos de que hablamos, podrían contar con el potencial necesario, para mitigar las caídas sufridas en los procedimientos de mediación, ya que forzosamente ante el fracaso de la primera, med-arb garantizaría la finalidad pretendida a través de arbitraje con la sensibilidad abarcada de la mediación.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Karen L. Henry, Med-arb: An alternative to interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes, (E.U.A., 3 Ohio St. J. on Dispute Resolution, 1988) 385-390

VI. LA VINCULACIÓN DE PROCESOS MED-ARB A TRAVÉS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

1. Justificación del sistema

a. Causas que originan su implementación

El origen de las disputas, es el conflicto, pero que podemos hacer para resolverlos satisfactoriamente? En una disputa particular, puedes ser capaz de intervenir y personalmente tratar de negociarlo, como lo hemos argumentado en la primera parte de esta investigación.

Pero incluso, cuando se tiene éxito, es probable que el subyacente conflicto de intereses que generó la disputa permanezca, por no haber subsanado todas las intenciones de las partes al recurrir al método escogido de solución de su disputa, en consecuencia de ello, es probable el surgimiento de nuevas disputas, y las partes regresen de nueva cuenta a tratar de resolverlas. Entonces, el reto es desarrollar o readaptar nuevos sistemas con los existentes, que las partes puedan usar para resolver más satisfactoriamente sus controversias, y a costos más bajos.

Dentro de las pretensiones que persiguen las partes al buscar resolver una disputa, podríamos acogerlas en la siguiente clasificación:¹⁰⁸

- Costos de transacción
- Satisfacción de los resultados
- Efectos sobre la relación
- Recurrencia de disputas

¹⁰⁸ William L. Ury y otros, *Getting Disputes Resolved. Designing systems to cut the costs of conflict* (New York: Jossey-Bass Editorial, 1988) 11

Siendo que los anteriores criterios se encuentran relacionados entre sí, la insatisfacción con el resultado puede producir tensión sobre la relación, lo que contribuye a la recurrencia de las disputas, la cual a la vez sucesivamente incrementa los costos de las transacciones (se engloba los anteriores criterios y no solamente percepciones de tiempo y dinero).¹⁰⁹

De esa manera, la implementación de un nuevo sistema, debe justificar en la medida posible, el cumplimiento de los anteriores criterios, para efectos de considerar su implementación dentro de los procesos actuales. Para ello, analicemos la clasificación de los sistemas existentes.

b. Los sistemas autocompositivos y heterocompositivos

Ahora bien, dentro de los sistemas autorizados por nuestro derecho para resolver los conflictos, podríamos clasificarlos de dos maneras:

- De auto tutela, categorizada por la defensa personal que hace un individuo través de un método pactado, de aquello que considera le pertenece o sobre lo cual tiene la razón. Son excepción de aquellos casos que por mandamiento constitucional, el Estado se reserva su intervención, como el estado de necesidad, la legítima defensa, responsabilidades que nacen de las relaciones familiares, entre otras. El entendimiento queda claro, se trata de materias que el Estado permite al particular la autocomposición.

- De hetero tutela, que contrario al auto compositivo, y en obviedad de no ser repetitivo, se refiere al derecho potestativo o impositivo, para que sea un tercero investido de autoridad legal o contractual, sea quien resuelva

¹⁰⁹ Ibíd. pp. 13-15

el conflicto entre las personas. Ese tercero generalmente es el juez a través del proceso judicial.¹¹⁰

Con lo anterior, queda evidenciado que la permisibilidad otorgada por el Estado a través de sus sistemas, tiende a presumir que la solución a los conflictos interpersonales, no requieren forzosamente de la decisión impuesta por un tercero. Sino que se entiende, que aquella puede ser resuelta del *modo mas conveniente para las partes*, con o sin la ayuda de aquél.

En base a lo anterior, las partes pueden prever con carácter voluntario o necesario, la realización de actos previos de avenencia ante determinados órganos. Empero, a diferencia de los anteriores sistemas, no se tiene la obligación o deber de dar una solución al conflicto, por así estar estipulado por las partes. En este sistema aparece la mediación.

Ahora bien, esta potestad de que los ciudadanos acudan al proceso judicial como forma única de resolución de conflictos, como es conocido por la sociedad moderna, se encuentra superada.¹¹¹ Los tribunales están cada vez más colapsados, los asuntos carecen de la debida atención y van acumulándose en los juzgados sin resolverse, la sentencia carece de la debida atención de proceso por lo que algunas veces resulta ser injusta y carente de derecho, dándose el supuesto de parecer tribunales de legalidad y no de justicia.

Aunado a lo anterior, las sentencias en atención al lenguaje utilizado, son propensas a crear confusión en la sociedad, por no entenderlas ni justificarlas; tan es así, que los mismos al desconfiar de los tribunales, dificulta el cumplimiento voluntario de los obligados por ella, creando la necesaria vía de ejecución de las

¹¹⁰ Constitución Española, artículo 117.

¹¹¹ M.^a Isabel González Cano, El proceso mediatorio, Capítulo 8, en Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, coords. Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga (España: Editorial Tecnos, 2007) 131-157.

sentencias, misma que, dada la forma en que se lleva a cabo, no cumple con las finalidades pretendidas al resolver el conflicto.

Con lo anterior se pone de relieve, no la desconfiguración del poder judicial para conocer y solucionar los conflictos, sino su falta de capacidad para brindar el tiempo necesario a cada una de las cuestiones que –a juicio de los particulares y de acuerdo al llamado constitucional del proceso judicial- son demandadas por los individuos, lo que se traduce en una completa ineficacia de la autoridad judicial.

Consecuente con lo anterior, se da el análisis integral de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en un interés urgente de complementar al ya decrecido sistema judicial, y motivar la reconciliación de las relaciones humanas, mismas que, como lo hemos estudiado a través de la historia, son tendencialmente conflictivas y propensas a revivir problemas aparentemente que han sido resueltos.

Entonces, cuando se ha podido avenir las relaciones humanas a través de estos mecanismos alternativos, siempre como complemento del sistema judicial y no como sustituto, se precisa el interés de que éstos sean capaces de evolucionar a las necesidades actuales de una sociedad cambiante, cuyos conflictos ahora son más complejos y trascendentales para las relaciones económica de un mundo globalizado.

Con lo anterior, no se pretende argumentar que los actuales ADR están fallando para cumplir con el objetivo para el que fueron creados, sino por el contrario, lo que se pretende evitar en un futuro, es que los mismos en atención a las realidades actuales, puedan situarse en el lugar de los emprobleados sistemas judiciales, por carecer también de resultados eficientes, creando desconfianza entre las personas y poco a poco ir perdiendo esa credibilidad que mucho a costado conseguir.

Lo importante entonces, es entender los conflictos actuales que se viven y en caso de ser necesario, readaptar las herramientas de solución que se tienen, para seguir neutralizando los efectos del conflicto, y salvaguardar la integridad de las personas, a través de procedimientos de bajo costo, de relaciones que perduren y de conflictos que no resurjan.

De esa manera, se debe fabricar un mecanismo que embone con las peculiaridades del conflicto, y no buscar solucionarlo con los métodos existentes, lo que conllevaría a la insatisfacción de las pretensiones y seguridades de las partes. En otra palabras, como acertadamente lo ha sugerido John Blankenship,¹¹² argumentando que el proceso debería ser confeccionado para adaptarse a la disputa, en lugar de que la disputa se adapte al proceso.

c. Aportaciones a los sistemas actuales de mediación y arbitraje

Un nuevo sistema se perfecciona al ser capaz de aportar como valor añadido a los sistemas actuales lo siguiente:

- Ser un procedimiento más simple y con menos grado de formalidad,
- Asegurar un proceso con menor coste (low-cost), vinculando la autocomposición y heterocomposición en la solución del conflicto
- Reducir al máximo las consecuencias psicológicas negativas del conflicto
- Contribuir a la eficiente resolución de los conflictos
- Minimizar los tiempos de actuación, con resultados para las partes,

¹¹² John Blankenship en Brian A. Pappas, Ph. D., Med-Arb and the legalization of alternative dispute resolution, (E.U.A.: Harvard Negotiation L. Rev, 2015) 190

Si bien es cierto, que tanto la mediación como el arbitraje cumplen cabalmente con las anteriores proposiciones, no lo hacen de manera conjunta, y ni a través de mismo sistema, mientras uno emplea la autocomposición para el logro de sus fines (mediación), el otro decanta por la utilización de la heterocomposición (arbitraje)

Al resolver una disputa, las partes pueden escoger de acuerdo a la libertad constitucional que hemos matizado en líneas anteriores, enfocar su atención en uno o más de los siguientes factores:¹¹³

- Reconciliar sus intereses subyacentes
- Determinación de quien está en lo correcto (reconocimiento de derechos)
- Determinar quién es el más poderoso

El objetivo del nuevo sistema en carencia de los anteriores, es la posibilidad de sustituir el “escoger” uno de los anteriores factores, por la utilización de todos y cada uno de ellos *en el mismo proceso*, para la reducción de los *altos costos (high costs)*¹¹⁴ que trae consigo la solución del conflicto.

Lo que se pretende es minimizar los costos del individuo, entendidos estos en su máxima expresión, de acuerdo a los ya precisados criterios que se deben de considerar para la resolución eficiente de los conflictos. No obstante, cuando lo anterior se ignora, y se tiene la capacidad y la voluntad de optar por otras formas de resolución con diferencia intención que esta, el sistema puede quedar sin efecto por lo que a su implementación concierne.

La manera que se precisa para lograr lo anterior, es a través de procesos que *combinan* enfoques basados en los interés y enfoques basados en derechos.

¹¹³ William L. Ury y otros, *Getting Disputes Resolved. Designing systems to cut the costs of conflict* (E.U.A.: Jossey-Bass Editorial, 1988) 3

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 171

Donde las partes adversariales prefieren los beneficios de procesos basados en los intereses, pero a la vez la finalidad de un proceso basado en los derechos, intentando lo anterior a través de un proyecto que facilite la exploración de intereses, y si los disputantes después no pueden consensualmente resolver la disputa, se proporcione una resolución vinculante.¹¹⁵

La cuestión es que a veces los derechos y el poder son usados cuando no son necesarios. La meta entonces, es un sistema de resolución de disputas que aparezcan en forma de pirámide,¹¹⁶ la base de la misma es donde la mayoría de los disputas se resuelven conciliando intereses (mediación), subiendo por la misma y en su intermedio haciéndose más estrecha, determinando quien tiene la razón (arbitraje), y finalmente en su acantilado superior totalmente angosto, determinando quien es más poderoso (tribunales de impartición de legalidad), malamente denominados de justicia).

De esta forma, las partes aprenden de los resultados de sus disputas a prevenir adversidades similares en el futuro, apreciadas bajo la estructura escalonada del proceso med-arb.

d. Diseño del sistema

En la materia que nos ocupa, un sistema de resolución de disputas es designado para reducir los costos de manejo de disputas y producir resoluciones más satisfactorias y duraderas.

Como en cualquier materia, un diseñador de sistemas, tiene un papel de actuación solamente cuando de la estructura existente para la resolución de esas

¹¹⁵ Alan J. Stitt, *Alternative dispute resolution for organizations. How to design a system for effective conflict resolution* (Canada: John Wiley & Sons Canada Limited: 1998) 133

¹¹⁶ William L. Ury y otros, *ob. cit.* p. 11

disputas, percibe que no cumple cabalmente con las exigencias de los usuarios, o sin existir esta percepción, no existe dentro del sistema algo que proporcione lo buscado por las partes.

De esa forma, las seguridades del sistema se asientan a través de dos sistemas mancomunados que tienen como objetivo solucionar un conflicto, pero esto lo harán bajo la base de que al fallar el primero para solucionarlo, el segundo sin declaratoria alguna de su procedibilidad esta esperando para solucionar el conflicto insatisfecho.

De esa manera, el diseño de un nuevo sistema de solución de disputas, nace por esa insatisfacción con el existente proceso y florece cuando una estructura nueva de resolución de disputes ofrece la promesa por cumplir más estrechamente las metas de los usuarios.¹¹⁷

La doctrina se ha manifestado en ese mismo orden de ideas, así Goldberg,¹¹⁸ también ha precisado los 6 principios básicos de un sistema de disputas:

- Prevención
- Enfocarse en los intereses
- Construir ciclos de retorno a la negociación
- Proporcionar derechos de bajo costo y respaldos de poder
- Arreglar procedimientos en una secuencia de bajo a alto
- Proporcionar la motivación necesaria, destrezas, recursos y ambiente

¹¹⁷ Stephen B. Goldberg, y otros., *Dispute Resolution. Negotiation, mediation and other process*. 5°ed. (E.U.A.: Aspen Publishers, 2007) pp. 301-305

¹¹⁸ Stephen Goldberg y otros, *Disputants' perspectives on the differences between mediation and arbitration*, ob. cit. p. 455.

Lo anterior nos sirve para recapitular sobre los ideales de la negociación basada en objetivos, misma que se caracteriza en:

- Satisfacer una necesidad,
- Resolver un problema,
- Añadir valor.

En efecto, y continuando con los comentarios de Goldberg, algunas veces el diseñador planea nuevos sistemas para los tribunales, las tareas entonces son similares:

- Determinar las metas para el sistema de disputa,
- Establecer prioridades entre las metas,
- Desarrollar un nuevo sistema de disputas mejor adecuado a las metas,
- Consultas a lo largo del proceso de planeación con clientes y otros afectados por el sistema de disputas,
- Anticipar y planear para los problemas potenciales con el nuevo sistema, y,
- Ayudar a implementar y revalorar el nuevo sistema.

Con ello, el diseño de los sistemas de disputas son usados en dos diferentes situaciones: 1) Las partes cuando están involucradas en relaciones largas, como joint venture, etc., diseñan un sistema de resolución de disputas antes de que estas ocurran, y 2) Los diseñadores empiezan un diagnóstico cuando ya existe una situación existente, el diagnóstico es esencial, porque ellos responden a las necesidades que han causado el problema.

Precisado que fue lo anterior, a la luz de nuestros tiempos, en la actualidad tenemos distintos mecanismos de solución de controversias que, o dan la oportunidad a las partes de explorar sus propios intereses previamente antes de que se les juzgue sobre quien tiene la razón, tales mecanismos se engloban sobre

las dimensiones del proceso conocido como mediación. O, por otro lado, facultan a un tercero a que sin explorar esos intereses de las partes, dictamine en atención a los hechos sucedidos y las argumentaciones expuestas, quien tiene la razón.

Dichos mecanismos heterocompositivos, se concentran en que las partes tengan la certeza jurídica de que un tercero -conociendo las peculiaridades del conflicto-, resolverá la controversia imponiendo de forma obligatoria un laudo que las partes deberán acatar; éstos procesos son los denominados procesos de arbitraje o más generalizados, de vinculación forzosa.

Pero, ¿qué sucede cuando las partes desean un mecanismo que en primera instancia les permita resolver por ellos mismos su problemática? Y ¿qué sucede, solo en el caso de ser incapaces independientemente del motivo, se les permita también que dicha problemática que ha salido de su alcance, sea resuelta por un tercero imparcial con conocimientos bastos sobre el tema, que garantice la emisión de una resolución que cumpla con las expectativas de las partes?

“Med-arb”, es la contracción de “mediación-arbitraje”, siendo este un proceso de resolución de dos pasos para la resolución de una disputa. Las partes en una primera instancia intentan resolver su disputa en un proceso de mediación y, si no se llega a la resolución de parte o de todos los puntos en pugna, los puntos restantes y no resueltos, se someten vinculadamente a un proceso de arbitraje. En palabras de Fullerton,¹¹⁹ el acuerdo med-arb hace del arbitraje el último paso de un proceso de ADR de dos pasos, para evitar la litigación en Corte.

En otras palabras, es una combinación de ambos procedimientos y constituye una opción para que los contendientes consientan la mediación, con la

¹¹⁹ Richard Fullerton, “The ethics of mediation-arbitration”, (E.U.A., AAA Dispute Resolution Journal, 2010) 55-60

cláusula adicional de que, si la mediación no produce un acuerdo, automáticamente será seguido el arbitraje.

Esta combinación de los dos procesos puede ser estipulada por las partes en una Cláusula Med-Arb, o según las circunstancias del caso, aceptado en algún otro momento que decidan las partes.

Bajo esta perspectiva, el proceso de mediación tiene la gracia de permitir resoluciones mejor que las decisiones, y el arbitraje tiene la ventaja de garantizar que la materia será terminada cuando el procedimiento termine. Med-arb es una combinación de los dos que intenta capturar los beneficios de ambos.

De esa manera, la virtud más significativa de med-arb es su eficiencia respecto de tiempo y costo. El tiempo es guardado porque, típicamente durante las negociaciones med-arb la porción de mediación del proceso, las partes son traídas muy cerca, conviven juntas a través de ofertas y contraofertas, minimizando en un grado suficiente la existencia de la totalidad de diferencias que discutir, pudiendo dejar aquellas que causen problemas más serios a que se atiendan en el arbitraje, las diferencias entre las posiciones son frecuentemente mínimas.

La estrategia más seductora de este mecanismo mixto, es la continua amenaza de la aparición de un arbitraje ante el fracaso de la mediación tradicional. Desde que las partes están conscientes que su inhabilidad para resolver la disputa, traerá como consecuencia inmediata una resolución impuesta por un tercero ajeno, y posiblemente un resultado desfavorable a sus interés, propiciando un incentivo mayor para alcanzar un acuerdo negociado.

En un estudio de 1995, las partes estuvieron substancialmente mejor motivadas para negociar su disputa bajo procesos tipo med-arb, porque sabían

que esa tercera parte podría eventualmente arbitrar el asunto, y substancialmente perder el control sobre sus destinos.¹²⁰

De esa manera, el procedimiento med-arb apuesta por el cumplimiento estricto bajo el axioma de que el mejor acuerdo es un acuerdo que las propias partes alcanzan en una primera instancia, y posteriormente, y solo ante el fracaso de la primera, proceder vinculadamente a un proceso de arbitraje.¹²¹

Aunado a que la investigación realizada hasta ahora, sugiere que un acuerdo alcanzado en mediación es más probable ser cumplido que cuando un acuerdo es alcanzado vía adjudicación.¹²²

2. Generalidades del proceso

Analicemos en primer término, el campo semántico generalizado, de donde emanan los procedimientos compuestos como el que nos ocupa en el presente caso, referido a la vinculación de mediación y arbitraje.

Las cláusulas híbridas o mixtas (en inglés hybrid dispute resolution clauses), se conocen como aquellos pactos de solución de disputas en los que una o ambas partes, tienen la facultad para decidir cuál de los foros de sumisión pactados, es el más adecuado para resolver una disputa.¹²³

¹²⁰ Dean G. Pruitt, Process and outcome in community mediation, (E.U.A., Negotiation Journal 11, 1995) 367-377

¹²¹ Sam Kagel en Megan Elizabeth Telford, ob. cit. 186

¹²² Kenneth Kressel y Dean G. Pruitt, Mediation research: the process and effectiveness of third party intervention, (E.U.A., Jossey-Bass, 1989) p.p. 457.

¹²³ Álvaro López de Argumedo Piñeiro y Constanza Balmaseda, La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid. N.d. Visible en:

http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3975/documento/Art_UM.pdf?id=4923

De esa forma, una característica de las cláusulas híbridas es que las partes tienen libertad de actuación para elegir entre recurrir a los tribunales de determinada jurisdicción, o en su caso, a cualquier ADR que hubiera sido previamente acordado.

Considerando lo anterior, existen diferentes tipos de cláusulas híbridas, incluyéndose en dicha clasificación, aquellas que disponen que las partes se encuentran facultadas para recurrir a dos jurisdicciones distintas. Dentro de este gran grupo de cláusulas mixtas, también se incluyen las cláusulas escalonadas (en inglés multi-steps clauses), que se refieren a la inclusión de otros métodos de solución de disputas, como puede ser la mediación y el arbitraje.

En atención a lo anterior, nos referiremos exclusivamente a las cláusulas med-arb, por ser estas la materia de estudio en la presente compilación exploratoria; misma que, independientemente de la denominación que se les atribuya, se refieren a la inclusión en un solo proceso de dos fases vinculadas, mediación y arbitraje, congeniados en una sola herramienta de control de disputas.

Esta combinación de procesos (mediación y arbitraje), se presenta en distintas modalidades, siendo frecuente que se inicie por un proceso de autocomposición que podría ser la mediación, y posteriormente la conjunción de un proceso heterocompositivo como podría ser el arbitraje, y viceversa, que en palabras de Schneider (2004),¹²⁴ se entiende como un arbitraje puro, donde en algún momento del proceso se convertirá en una negociación o un acuerdo de mediación abiertamente determinado entre las partes disputantes.

¹²⁴ Michael E. Schneider, Combining arbitration with conciliation, (E.U.A., Transnational Dispute Management I, 2004) pp. 1.

Sin embargo, esta combinación de procesos no descansa aquí, los ADR se presentan en su ilimitada esfera de actuación, con un amplio número de diferentes procesos, estrategias y aproximaciones, en donde la pretensión buscada, es intentar encontrar la combinación más efectiva y benéfica para resolver el conflicto, en aras de conseguir un mejor acuerdo combinando lo mejor de cada proceso, que lo que se conseguiría al utilizar un solo proceso de manera aislada e independiente.

3. Definiciones y formas

Analizados brevemente que fueron los extremos de los ADR, surge un proceso aparentemente nuevo, cuyos alcances y consecuencias carecen de una regulación extensiva en la sociedad actual, denominado “med-arb”, siendo su principal característica determinante -como lo hemos precisado-, la combinación de la mediación y el arbitraje en un solo procedimiento, en el que se busca una mayor flexibilidad para las partes, donde se les permita –haciendo uso de su voluntad- agotar todas las medidas posibles para solucionar sus diferencias, pero a la vez rígido en cuanto al resultado, al dotar a las partes con la tranquilidad de que el conflicto de una u otra manera será resuelto.

Calcaterra,¹²⁵ en sus estudios de mediación estratégica, ha propuesto la siguiente definición para referirse a la unificación de ambos procesos:

“Med-arb. Conocida como mediación obligatoria, es una fórmula para asegurar que haya un resultado. Si no hay acuerdo en mediación lo habrá por arbitraje posterior. Para evitar el recelo de revelar información ante el mediador, se implementa una variante de esta, la med-arb (dif), en la cual el árbitro no es la misma persona del mediador, a diferencia de la med-arb (igual)”

¹²⁵ Rubén A. Calcaterra, Rubén, Mediación Estratégica, (España, Editorial Gedisa, 2009) 306

En continuidad con lo anterior, se ha manifestado Conlon,¹²⁶ quien ha considerado la siguiente definición para conceptualizar al proceso vinculado:¹²⁷

“es un término abreviado que destaca un proceso de dos etapas consistente de una mediación seguida por un arbitraje. En la primera etapa de este proceso, las partes confrontantes trabajan con una tercera parte quien actúa como un facilitador para asistir a los disputantes para encontrar una resolución mutuamente agradable. Si una resolución es obtenida en la primera etapa entonces el proceso es terminado y las partes no continúan con la siguiente etapa. Cuando las partes han fracasado en alcanzar un acuerdo durante la mediación, las partes entonces se mueven hacia la segunda etapa del proceso mixto, que es el arbitraje.”

Así, la variedad de conceptualizaciones puede ser muy amplia, difiriendo única y exclusivamente en la terminología empleada, ya que la finalidad que se persigue con este nuevo sistema independientemente de cómo se le designe, es la creación de un ADR, caracterizado por ser un proceso híbrido en el cual las partes acuerdan primero, resolver el conflicto a través de una mediación, y posteriormente recurrir al arbitraje sobre las cuestiones sin resolver, utilizando para ambos casos el mismo neutral, como mediador y subsecuentemente como un árbitro vinculante.¹²⁸ Siendo que lo que interesa, es precisamente los efectos y consecuencias que pueden derivar de su utilización.

4. Particularidades de la cláusula med-arb

Este proceso se caracteriza, por la necesaria utilización de mediación y arbitraje en una misma faceta, donde una tercera parte neutral, podrá desempeñar el carácter de mediador y posteriormente de árbitro.

¹²⁶ Conlon, NG y Moon en Trevor Jason Sones, Choosing between med-arb and arb-med: a exploratory study. E.U.A., VDM Verlag Dr. Müller, 2009) 26

¹²⁷ En el mismo sentido, vid: Colorado Bar Association- El proceso med-arb por el cual una tercera parte neutral e imparcial, facilita la comunicación entre las partes negociantes y si no hay acuerdo, recibe la evidencia y testimonio proporcionado por las partes y emite una decisión vinculante.

¹²⁸ Douglas H. Yarn, Dictionary of Conflict Resolution, (E.U.A., Ediciones Joss-Bass, 1999) 268-270

En primera instancia, trabajará con las partes disputantes hacia un primer acuerdo usando las técnicas de la mediación. Posteriormente, si se fracasa en la aplicación de estas técnicas mediadores o los acuerdos se alcanzan parcialmente, existirá la obligación procesal, de finalizar la mediación y posteriormente adecuar el proceso pendiente dentro de la configuración de un arbitraje, donde el tercero neutral actuará como árbitro o en su defecto, existirá la obligación de nombrar uno.

Nótese con lo anterior, que la esencia de este proceso, es la obligación de culminar forzosamente el conflicto, a través de la resolución determinada por el tercero neutral escogido, ya sea de manera voluntaria u obligatoria, dependiendo de la fase que se consiga. Entendiéndose entonces con lo anterior, que si el acuerdo se consiguió en la etapa de mediación, la decisión tuvo el carácter de autocompositiva, porque las partes en uso de esa autonomía de la voluntad que caracteriza este proceso, allegaron a resultados suficientes y consensuados, para dirimir sus adversidades.

Por el contrario, cuando las partes carecieron de esa funcionalidad en el desempeño de la mediación, se encuentran concientizadas que a través de una resolución de efectos vinculantes, el tercero nombrado para ello, y atendiendo a las facultades otorgadas, resolverá sobre la contienda que les acoge.

Siendo entonces, que esa concientización consagra que, previamente al desarrollo de los procesos med-arb, las partes voluntariamente aceptaron el sometimiento expreso de este proceso, haciéndose acreedoras a los supuestos procesales que eso implica, y que en el presente caso es, salvaguardar la esencia del procedimiento, consistente en una facultad obligacional de acatar de manera espontánea lo que se resuelva en el procedimientos.

De esta forma, y atendiendo a las anteriores apreciaciones, los mecanismos mixtos o compuestos fusionados plenamente, tienen como peculiaridad las siguientes pretensiones, vistas como finalidad de estos mecanismos:

- La oportunidad para determinar el resultado del conflicto por ellos mismos, a través de la mediación, por lo que se obtiene una solución voluntaria del conflicto,
- La certidumbre que una decisión final y vinculante será proveída, finalizando la disputa, si se requiere a través del arbitraje, por lo que se exige una solución obligatoria al conflicto.

5. Finalidad pretendida

La discrepancia existente entre ambos procesos, y que estriba en que, si bien la mediación *sí permite y exhorta al acuerdo* por las propias partes, carece de la seguridad de emisión de una resolución definitiva. Y el arbitraje, si bien dentro de sus cometidos contempla la emisión de una resolución que ponga fin al procedimiento, no permite ni exhorta al acuerdo por las propias partes.

De esa manera, ante el fracaso en primera instancia de la mediación, posiciona a las partes en la misma posición que se encontraban una vez surgido el conflicto, sin la obtención de beneficio alguno; lo que gravemente se traduce en perjuicios para las partes, en atención a los recursos invertidos para concretar el proceso de mediación.

En el otro extremo, la obtención de una resolución final (laudo) se encuentra establecida dentro de la esfera procedimental del arbitraje; en otras palabras, para que el proceso de arbitraje se pueda desempeñar como tal, su culminación requiere la existencia de un laudo que ponga fin al conflicto; característica la

anterior, como lo hemos en repetidas ocasiones puntualizado, no se verifica como requisito de procedencia de la mediación.

Entonces, esa disfunción que existe en ambos procedimientos, es la que se pretende articular mediante la implementación de un puente denominado med-arb. Por ello, ha de buscarse aquella combinación que reúna lo más benéfico de cada proceso que se tiene al alcance, hablamos de la adaptabilidad en el sistema actual, de un proceso mixto, que contenga la permisión a las partes de beneficiarse de las ventajas de ambos procedimientos de solución de disputas, estando en posibilidad de poder resolver la contienda en base a las exigencias que precise el conflicto presentado.

Al conjugarse la mediación y el arbitraje en un proceso unificado (med-arb), resulta ser más eficiente que si se optara por la mediación y el arbitraje separadamente. Ello es así, principalmente, porque si las partes no resuelven sus diferencias teniendo como auxiliar a la mediación, y decidiesen optar ahora por solucionar su controversia con un arbitraje, el ahora árbitro elegido de nueva cuenta tendría que ventilar todo un nuevo procedimiento de arbitraje hasta la culminación del mismo.

De manera afín, lo ha estimado Redfern y Hunter,¹²⁹ al precisar que la cuestión crítica de tiempo y dinero, demanda la búsqueda de un mecanismo de resolución de disputas, que sea más rápido y no muy costoso, y en segundo lugar, que se realice con un enfoque no adversarial, resolviendo las disputas sin confrontación, siendo esto una importante consideración para las partes que buscan mantener las relaciones amigablemente y asegurar unas relaciones de comercio potencialmente rentables.

¹²⁹ Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3ª ed. California: Edición Sweet & Maxwell, 1999. 41-42.

De esta manera, el desarrollo de dos procesos ventilados en instancias diferentes y tramitados uno al concluir el otro, sin estar ligados como sería en una cláusula med-arb, en obviedad de razones, deviene en un transcurso de tiempo superior, que si ambos procesos hubiesen sido tramitados de manera simultánea en el mismo proceso desarrollado.

Lo mismo ocurre con el enfoque no adversarial con que aparece anunciado, que no es otra cosa que resolver las disputas sin confrontación, pues a las partes se les da la oportunidad –como se viene precisando–, de que sean ellas mismas las que subsanen sus diferencias primeramente en un acuerdo de mediación, y posteriormente de ser necesario, a través de un laudo arbitral.

Sirve de apoyo a lo anteriormente argumentado, lo sostenido por Touzard,¹³⁰ para la utilización del proceso de med-arb:

“... La naturaleza del proceso protege la relación entre las partes porque independientemente de que etapa del proceso está resuelta ambas partes se han dado a ellas mismas la oportunidad de resolver el problema. Esto tiene enormes implicaciones para la relación. La naturaleza del proceso protege la relación comercial en el largo plazo porque la mediación es por adelantado. La relación de las partes es frecuentemente muy importante y la importancia de la relación es frecuentemente la principal variable que lleva a las partes en conflicto a escoger el proceso med-arb.”

Así, se busca que las partes se sienten mas conformes con el resultado alcanzado por ellas, o por el laudo impuesto por el árbitro, ya que se les dio en primera instancia, la oportunidad de ser ellas mismas las encargadas de velar por sus intereses y los de las demás partes, hasta consensarlos y encausarlos por el mismo camino, y de la misma forma, se les brindó la tranquilidad que ante la ausencia de voluntad para conseguir lo anterior, el tercero neutral elegido, o sea el

¹³⁰ Hubert Touzard, ob. cit. p. 199

árbitro, rescatará a través de un laudo, todo lo que se haya invertido en el proceso, porque a final del trabajo arduo es lo que interesa, resolver la controversia de la forma más pacífica posible, respetando la buena fe y la voluntariedad de las partes, como ejes centrales de los ADR.

a. Objetiva

i. Solución voluntaria del conflicto.

Para la ejemplificación de cómo se perfecciona la solución voluntaria de un conflicto analicemos en que consiste la voluntad, según el Diccionario de la Real Academia Española, en sus múltiples acepciones, la voluntad del latín voluntas, -*ātis*), 1. f., se define como la facultad de decidir y ordenar la propia conducta.

De esa manera y respecto al tema que nos ocupa, entendemos la voluntad como aquella potestad de las personas de decidir sobre hechos y actos que entrañan precisamente a esa conducta propia.

Dentro de los ADR, la mediación surte ese supuesto de respetar esa oportunidad que tienen las partes de ser ellas mismas las que resuelvan sus diferencias. Con lo anterior, se fortalece la premisa de favorecer los acuerdos voluntarios.

En la misma inteligencia, la Colorado Bar Association,¹³¹ ha determinado que la mediación es un proceso por el cual:

- Una tercera parte neutral e imparcial (el mediador);
- Facilita la comunicación entre las partes negociantes quien;

¹³¹ Colorado Bar Association disponible en <http://www.cobar.org>

- Puede ser capaz de ayudar a las partes a alcanzar **acuerdos voluntarios**

(énfasis añadido)

Por ello, en contraste con otros procesos, la mediación ofrece una alternativa menos costosa, remedios flexibles para ambas partes, procesos más rápidos y contextos más informales que facilitan la conexión y avenencia de las partes, así como una solución en la que todos los participantes estén de acuerdo, lo cual es mejor que una solución que ha sido impuesta por un tercero.¹³²

Entonces, la mediación debe ser sugerida y recomendada, como un camino para que las partes eviten la litigación y todos los procesos aún no judiciales que tienen como característica, enfrentar una determinación oficial y legítima coercitiva.

Nótese que los matices que reviste esta apreciación de la mediación, es que la participación del tercero neutral es con la intención de rehabilitar primeramente los canales de la comunicación, negándosele cualquier intervención influyente, que pudiese afectar la voluntad de las partes de atender directamente su conflicto.

Una posible explicación de porqué la mediación es frecuentemente preferida primeramente que el arbitraje, en adición para ser percibido como más justo, podría relacionarse a la autonomía de las partes. Ross y Conlon,¹³³ sugieren que las partes disputantes desean mantener el control de ambos procesos de resolución de disputas y el resultado del proceso.

¹³² Nos referimos a tercero, a cualquier parte extraña ya sea de índole pública o privada que impone una decisión vinculante para las partes, aún en contra de su voluntad.

¹³³ Conlon, NG y Moon en Trevor Jason Sones, ob. cit. 30.

ii. Solución obligatoria del conflicto.

Lo que se pretende con la inclusión del arbitraje en el nuevo sistema med-arb, es eficientizar el proceso, existiendo el compromiso que una solución *obligatoria* será exigida.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, obligatorio del latín *obligatorius*, se define como dicho de una cosa: *que obliga a su cumplimiento y ejecución*.

Por su parte, la Colorado Bar Association,¹³⁴ ha definido al arbitraje como un proceso por el cual:

- Uno o más expertos neutrales e imparciales son tercera parte;
- Escuchan y consideran la evidencia y testimonios proporcionados por los disputantes y;
- Emiten una *decisión vinculante o no vinculante*

Haciendo un razonamiento deductivo de los anteriores conceptos, despréndase entonces que la obligatoriedad se entiende, como aquella situación en la que de manera coactiva se requiere su cumplimiento. Entonces, aplicando dicha conceptualización al arbitraje, entendemos que éste cumple con la exigencia del proceso med-arb, para imponer una resolución al conflicto planteado.

Las partes entonces, se convierten en contendientes en busca de lograr un laudo que favorezca sus intereses, donde previamente, se han considerado los intereses de las demás partes. No obstante, a menudo es frecuente que los intereses de las partes, se encuentran opacados por posicionamientos subjetivos y

¹³⁴ Colorado Bar Association web site: <http://www.cobar.org>

que se alejan de la realidad, que no fueron analizados y atendidos previamente antes de recurrir al arbitraje.

De esta manera, el arbitraje es en esencia, el único ADR que cuenta con la característica determinante de solventar la contienda de las partes al dictar un laudo.

Por lo tanto, queda por demás de manifiesto, que esa pretensión buscada por las partes de que el conflicto llegará a su fin, ya sea en principio por la propia disposición de ellas, o en su defecto, por la previa autorización otorgado a un tercero para que, ante el fracaso de las negociaciones sostenidas en el proceso de mediación, automáticamente se involucre a las partes a someterse al proceso arbitral, ese involucramiento automático, es lo que viene a fundamentar esta temática que nos ocupa.

Así, con la finalidad pretendida en med-arb, aun cuando el proceso de mediación no arroje resultados positivos en una disputa, la pretensión de las partes ya no se encuentra insatisfecha, ya que med-arb garantizará a falta de un acuerdo negociado de mediación, la obligatoriedad de recurrir a un arbitraje vinculante.

En el mismo sentido, se han manifestado Redfern y Hunter,¹³⁵ al sostener que ésta obligatoriedad de la que hablamos, de recurrir al arbitraje, ante el fracaso de la mediación, permite garantizar a las partes y respetar el compromiso hecho en la mediación, el cual falla cuando en primer término, se trata de resolver ciertas disputas comerciales que no pueden y no deberían ser comprometidas en este proceso.

¹³⁵ Alan Redfern y Martin Hunter, ob. cit. pp. 41-42.

Por ello, y solo en el caso de que las partes no hubieren llegado a un acuerdo en la mediación pre-señalada, las partes continuarían su disputa obligatoriamente ante el arbitraje, como una segunda etapa o fase dentro del mismo proceso y sólo ante el fracaso de la primera, para arreglar sus diferencias de manera definitiva.

b. Subjetiva

i. La certidumbre en la resolución del conflicto basada en los intereses

Dentro de las grandes bondades que caracterizan a los ADR, encontramos a la voluntad de las partes para someterse de manera libre y sin imposiciones al mecanismo alternativo que ellas mismas elijan. Robustece lo anterior, *sine qua non* de los ADR, la buena fe guardada que se deben las partes, siendo esta última la nota diferenciadora de esa benevolencia que presumen las partes al someterse a estos mecanismos.

Finalmente, la confidencialidad es el eslabón que une a estas características, en su afán motivador hacia las partes, que lo debatido en cada medio alternativo, será completamente ajeno al conocimiento de terceras personas.

Por cuestión de método, analicemos primeramente esa buena fe guardada de que hablamos anteriormente. La buena fe, al ser un término compuesto, se presume como el comportamiento adecuado y honesto a las expectativas de la otra parte en las relaciones bilaterales.¹³⁶

¹³⁶ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

Dicho lo anterior, existe la posibilidad que dicha conceptualización, no se desarrolle por igual por las partes que se encuentran ya sometidas al ADR's escogido; siendo así, que se presenten mal formaciones en la concepción que cada una de las personas tienen sobre ese concepto.

Tan es así, que en la mediación pura y tradicional como procedimiento aislado, también puede fomentar la injusticia en aquellas situaciones donde una de las partes se encuentra actuando de buena fe y honestidad, y la otra carece de estos atributos, o simplemente existe la temerosidad de que su actuación se realice con dolo de actuación o mala fe en la relación contractual guardada, en su afán de retardar el cumplimiento de las obligaciones que claro está, se encuentra obligado a cumplimentar alguna de esas partes.

En consecuencia de ello, la utilización de tácticas de retraso en la mediación, pueden rápidamente dar lugar a que el proceso desarrollado se convierta en una pérdida de tiempo y dinero; y por obvias razones, en desprestigio del proceso de mediación.

Lo anterior adquiere sustento, si consideramos que el proceso de mediación, solo persigue avenir a las partes, su esencia estriba en proporcionar herramientas nuevas a las partes en un continuo afán de que consigan colaborativamente resolver eso que precisamente les aqueja; sin embargo, recordemos que el proceso de mediación no se encuentra investido con la potestad suficiente de exigir u obligar a las partes a que forzosamente consigan un acuerdo en el proceso que han desarrollado por ellas mismas. Por ello, en asuntos donde las partes requieren que exista una solución a sus disputas con otras personas, resulta conveniente alistar alguna salida que subsane estas deficiencias del sistema.

Enfatizamos las deficiencias del sistema, en el entendido de considerar los tiempos actuales, donde las empresas comerciales son mas propensas a conseguir acuerdos negociados, en base a las exigencias del mercado. No siendo propicio para ellas, desde el punto de vista del fenómeno de la economía, continuar en negociaciones como la mediación de que hablamos, donde existe un riesgo inminente que el conflicto no sea solucionado, y su actividad comercial se vea retrasada o atrasado por ello.

De esa manera, la tranquilidad de las partes se allega, cuando tienen la convicción de que el mecanismo elegido para dirimir el conflicto, se encuentra dotado de suficiente fuerza para ser cumplido por las partes.

De esa manera, los supuestos intereses de las partes puestos en la mesa de debate, trascienden sobre la disposición que las mismas tendrán para tener al menos la intención de verdaderamente solucionar el conflicto. Lo anterior es así, ya que en numerosas ocasiones se tiene a mal interpretar los verdaderos intereses de las personas negociantes con falsos posicionamientos y especulaciones marginadas de la realidad; en atención a ello, analicemos sus principales notas diferenciadoras.

ii. Intereses y posiciones

El conocimiento oportuno de los intereses y posiciones de las partes sujetas a un conflicto, es un área de estudio trascendental para el caso de analizar profundamente, las verdaderas intenciones que persiguen las partes en una negociación, y estar en aras de disponer si verdaderamente consideran en su actuar la resolución pacífica y perdurable del conflicto.

Lo anterior se complementa, con la oportunidad de concientizarse sobre las verdaderas intenciones que realmente subsanarían el deterioro que han sufrido o

están propensas a sufrir por la existencia del conflicto, en aspectos como lo económico, psicológico, emocional, físico, entre otras.

De esa forma, puede decirse que no todos los intereses que persiguen las partes en el inicio de una negociación, tendrán los efectos reivindicativos que ellos desean con la solución del conflicto, pero mínimo éstos ya han sido individualmente identificados, lo que ayuda a conseguir acuerdos más satisfactorios.

En el caso de las posiciones, éstas pudiesen estar justificadas o no, cuando se carece del total conocimiento de las necesidades y personalidad de las demás partes, aspectos los anteriores, que en la mayoría de las veces no quieren ser observados por las partes que se sienten perjudicadas por el nacimiento del conflicto, en caso de que hayan sido esas personas las que lo provocaron.

Por ello, es fragmento medular en las negociaciones en general, que las partes independientemente del tipo de negociación de que se trate, tengan la habilidad de conocer, en primer término, sus verdaderos intereses que se encuentran disfrazados de posicionamientos banales, y a su vez; tengan la gentileza de darse a la tarea de conocer los de los demás participantes; que en el fondo de todo, tienen un mismo interés, que el conflicto cese de la mejor manera para ellos, y con las menores repercusiones negativas para su entorno.

Dicho lo anterior, cabe decirse que con el descubrimiento de esos intereses, aparece la verdadera luz que guía a las partes a encontrar el mejor camino para negociar sus diferencias en formas no hostiles.

Por ello, se insiste en considerar como primer proemio, procedimientos no adversariales que pretenden esforzarse en descubrir las diferentes formas en que se manifiestan las partes, y encontrar el camino que más se adecúe a sus

verdaderas intenciones, y donde las partes tengan esta capacidad y oportunidad de someterse en primera instancia a mecanismos que provean esta facultad.

Por tanto, distinguir entre intereses y posiciones es un primer encuentro para entender el comportamiento de las partes y como buscan desenvolverse en cada mecanismo conocidos como ADR. Con lo anterior, se pretende respetar los intereses de las partes entre las distintas variaciones que existen entre la mediación y el arbitraje, para estar en la situación de analizarlas en su conjunto.

En conclusión de lo anterior, usar los intereses como punto de partida en lugar de las posiciones para alcanzar un acuerdo, resulta ser más flexible a la hora de tomar decisiones. Así, la posición es un punto de vista que excluye la posibilidad de cualquier otra postura:

- es tangible,
- lo que las personas dicen que quieren.

En sentido informal, vendría a significar la respuesta final a la pregunta “¿qué es lo que quiere?”; por lo tanto, el sujetarse a una posición trae consigo un riesgo que se tendrá que asumir, en el entendido de que si se adopta una posición de la que no está dispuesto a moverse, se puede salir en desventaja si más adelante tiene que rectificarla, en atención a los propios intereses.

Por lo tanto, recordemos que una posición reduce el número de posibilidades que puede manejar una de las partes. El adoptar una posición significa, que no podemos cambiar de opinión sin arriesgarnos a perder nuestra credibilidad; es por ello, que la persistencia en la adopción de una posición, no suele ser buena forma de negociar.

Por su parte analicemos el concepto de interés, entendiéndose por tal, aquella fuerza motivadora que impulsa a las personas a mantenerse en una determinada postura y a tomar una decisión, misma que:

- Suele ser tangible,
- Lo que las personas verdaderamente quieren.

En atención a ello, claramente se observa la diferencia entre posición e interés; pudiendo decirse que las posturas o posiciones es la apariencia de lo que se quiere, mientras que los intereses manifiestan realmente lo que se necesita; sin embargo, la confusión entre las mismas existe a menudo, y pueden verse inmiscuidas en cualquier tipo de negociación, aún y que en la teoría se encuentra totalmente aclarado que, lo que realmente conquista a las partes es la obtención de sus verdaderos intereses.

Y esos intereses pueden ser objetivos, los que uno puede expresar en forma tangible, incluyéndose cosas como el efectivo, la renta medible, los títulos valores, los bienes personales, los bienes raíces, los equipos, los datos o la información valiosa y la seguridad física; o pueden ser subjetivos, aquellos que requieren el juicio humano para su evaluación, como la buena salud, la propiedad intelectual y las marcas registradas, los derechos para el uso de las identidades de marca, el buen nombre, la tranquilidad de espíritu, la preservación de la reputación y la capacidad de evitar riesgos financieros, entre otros.

Dicho lo anterior, las partes están en libertad de seleccionar el mecanismo o estilo de negociación que más se adecue a sus pretensiones e intereses, siendo oportuno precisar aquellos que más relevancia tiene sobre el tema que nos ocupa.

La negociación como se ha definido en la primera parte de este trabajo, independientemente del significado que se le dé, o el concepto que se le imponga,

siempre vela por conseguir los mayores beneficios para cada una de las partes; las personas negocian con la intención de colocarse en una situación mejor que aquella en la que estaban antes de negociar (satisfacer una necesidad, cumplir una obligación, establecer algún derecho, mejorar su actividad económica, financiera, social, de mercado, jurídica, etc.).

En ese contexto, siguiendo las consideraciones de la guía “Negociación”, desarrollada por la escuela de Harvard,¹³⁷ cualquier negociación de éxito debe tener un marco fundamental basado en conocer lo siguiente:

- La alternativa a la negociación,
- El umbral mínimo para un acuerdo negociado,
- Hasta dónde está dispuesta a ser flexible una parte y qué concesiones está dispuesta a hacer.

Para comprender lo anterior, resulta imprescindible citar tres conceptos que en cualquier negociación resultan totalmente importantes que se encuentren satisfechos:

- BATNA (la mejor alternativa a un acuerdo negociado-MAAN)
- El precio de reserva, y,
- ZOPA (zona de posible acuerdo)

° BATNA.

La BATNA es un concepto desarrollado por Roger Fisher y William Ury,¹³⁸ la cual, como se ha apuntado anteriormente, representa la mejor alternativa a un acuerdo negociado (en inglés, *best alternative to a negotiated agreement*).

¹³⁷ Harvard Business Essentials, ob. cit. 16

Ahora bien, para la correcta aplicación del BATNA en la negociación, es indispensable conocer en todo momento cuál es nuestra mejor alternativa antes de entrar en las negociaciones; de no ser así, no sabríamos cuando resultaría rentable a nuestros intereses el continuar o no con la negociación; es decir, nunca sería de nuestro correcto conocimiento si un determinado acuerdo es beneficioso para nuestros ideales o no lo es.

Por ello, la *mejor alternativa a un acuerdo negociado (BATNA)*, determina el punto en el que podemos decir que no a una propuesta desfavorable. Ahora bien, si esa BATNA es fuerte, se puede negociar para poder conseguir términos más favorables a nuestros propios intereses, ya que como se ha mencionado, se tiene algo mejor a lo que recurrir en caso de que no se llegue a un acuerdo en esta negociación. En sentido contrario, resulta oportuno precisar que, con una BATNA débil, estaríamos en el extremo opuesto, teniendo como consecuencia una posición negociadora también débil.

Así las cosas, es necesario puntualizar tal y como se precisa en Negociación de Harvard Business Essentials, una BATNA débil no es el fin de la negociación, ni mucho menos el fracaso de la misma; por lo que, independientemente de la situación en que se encuentra ésta, existen tres enfoques potenciales para reforzar su posición:

- Mejorar su BATNA,
- Identificar la BATNA de la parte contraria, y,
- Debilitar la BATNA de la parte contraria.

¹³⁸ Roger Fisher y otros, ob. cit. pp. 75-77. El término BATNA fue acuñado en los años setenta por la facultad de derecho de Harvard y constituye una referencia clave en la enseñanza de la negociación.

Es necesario, el correcto establecimiento del propio BATNA en una negociación, pues resulta claramente indispensable para poder conseguir resultados favorables y apegados a nuestros intereses.

De esta forma, la parte sin alternativa se le denomina *deal taker* (tiene que aceptar el acuerdo); en cambio, la parte que sí tiene una alternativa aceptable, se le puede denominar *deal maker* (creador del acuerdo).¹³⁹

° Precio de reserva

*El precio de reserva (conocido como punto de alejamiento), nos sirve para comprender cual es el punto menos favorable en el que se está dispuesto a aceptar un acuerdo.*¹⁴⁰ Para una mejor comprensión de lo anterior, me permito citar el siguiente ejemplo:

Actualmente usted paga 50 euros por metro cuadrado de oficina. La ubicación es satisfactoria y usted piensa que el precio es justo, pero no le importaría pagar un poco más para estar más cerca de los clientes que tiene en el centro de la ciudad. Cuando se prepara para negociar con un propietario de oficinas de alquiler en un edificio céntrico, decide que no pagará más de 80 euros por metro cuadrado. Ese será su precio de reserva. Si el propietario insiste en un precio más alto, usted puede abandonar la negociación y tratar de alquilar oficinas en otro edificio o quedarse donde está (su BATNA).

Al final de una larga sesión negociadora, el propietario declara que no aceptará menos de 90 euros por metro cuadrado y no cede ni un ápice. Educadamente, usted da por acabadas las negociaciones y se va sin llegar a un acuerdo.

¹³⁹ HARVARD Business Essentials. ob. cit. p. 24.

¹⁴⁰ Ibid., p. 90

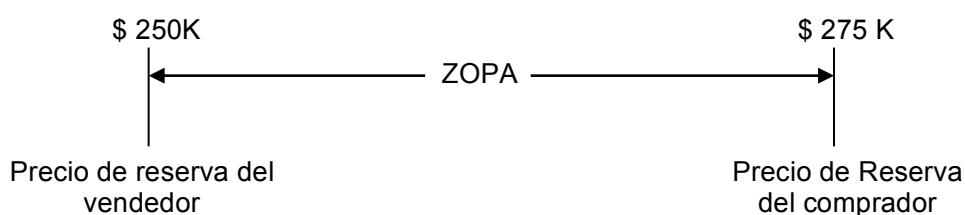
Así, el hecho que el propietario no quiera aceptar menos de 90 euros por metro cuadrado, sugiere que ese es su “precio de reserva”.

° ZOPA

La *zona de posible acuerdo* (en inglés, *zone of posible agreement*), se define como el conjunto de acuerdos que potencialmente puede satisfacer a ambas partes.¹⁴¹

El precio de reserva de cada una de las partes, determina los extremos de la ZOPA. La ZOPA en sí existe (si es que existe) en la superposición entre estos límites alto y bajo, o sea, entre los precios de reserva de las partes.

Tabla 1. Zona de posible



Fuente:¹⁴²

De esa manera, ante las múltiples situaciones conflictivas en la época actual, las pretensiones de los ADR deben de ser más consistentes en cuanto a los resultados que se obtengan como en la forma de conseguirlos. Así, la confabulación de los anteriores factores, se complica al tratar de contraponerlo con el método elegido, de ahí donde nace el estudio de la posibilidad de creación de un nuevo sistema complejo, que permita a las partes la verdadera identificación de los factores ejemplificados, y logren los beneficios que la aplicación de cada uno de ellos persigue.

¹⁴¹ Harvard Business Essentials, ob. cit. p. 94

¹⁴² Ibid., p. 96

De esta manera, los presupuestos de BATNA, precio de reserva y ZOPA, pudieran verse alineados positivamente con el proceso med-arb, bajo la premisa de que las partes con la certeza de que el conflicto se solucionará sin permitirse el abandono del mismo, las incentiva claramente a reformular sus intereses y orientarlos dentro de los límites permitidos, ya que con certeza conocen que el aspecto crucial del proceso med-arb, independientemente de los logros conseguidos en negociaciones previa, es la solución improrrogable e ineludible del conflicto.

6. Vinculación inter-partes.

La vinculación entre las partes, en el derecho privado, se estipula simple y sencillamente por las cláusulas contractuales pactadas, incluyéndose en este contexto, todo aquello que las partes de común acuerdo, decidan en el contrato respectivo, con la salvedad, que no podrán contraer derechos o definir obligaciones, en todo aquello que esté expresamente prohibido por las leyes respectivas.

Por lo que respecta a la cláusula med-arb, reviste oportuno precisar que sus efectos se producen únicamente entre los sujetos que los celebraron o aprobaron, en contraposición con las normas de derecho que tienen aplicabilidad erga omnes, que su aplicabilidad trasciende a toda la generalidad de sujetos, las hayan o no pactado estos últimos.

De esa forma, para que las estipulaciones contenidas en un contrato celebrado inter partes sean oponibles o convalidadas ante terceros, es necesario que se cumpla con ciertas formalidades, mismas que normalmente se refieren a la intervención de un fedatario público o que se cumplan con los fines publicitarios, como lo sería que cumpla con su inscripción en un registro público que se tenga para tal efecto.

Precisado que fue lo anterior, y toda vez que en el presente caso se trata de la aplicación de mecanismos alternos cuyo contenido y aplicabilidad esta sujeto en primera instancia a la propia voluntad de las partes, es esta última la que permite dicha vinculación contractual en pleno ejercicio de los derechos protegidos por el derecho interno de cada país, y ratificado propiamente por el derecho internacional, cuya permisibilidad se cumple al ser aplicados y ratificados por los países a través de la suscripción de los tratados internacionales correspondientes.

De esa manera, la voluntad de las partes en la validez de este tipo de clausulado contractual, deviene ser insustituible, bajo la permisiva de que las partes tienen el control absoluto de todo aquello que decidan incluir en sus contrataciones.

Se sostiene lo anterior, en el entendido de que la aplicabilidad y éxito de los ADR, presuponen la existencia de las partes de al menos la intención de no recurrir a las vías judiciales que correspondan, lo que permite –aunque sea mínima- la existencia de una previa relación entre las partes, que es lo que faculta la implementación y éxito de los ADR en general.

En el caso de los procedimientos mixtos, esta vinculación se da entre las partes por su necesidad de incluir con su voluntad contractual un mecanismo que integre los beneficios que interesan de cada uno de los ADR`s existentes, para que se reúnan en un nuevo procedimiento que sea consecuencia directa de esa voluntad de que hablamos, y de dos herramientas independientes que fueron puestas a su disposición, como lo es la mediación y el arbitraje en un solo proceso.

Como hemos visto, la satisfacción que ofrece la mediación vinculada en este nuevo proceso, es que el resultado de la misma sea una resolución de las partes y no una decisión impuesta por un tercero.

En efecto, en el caso de la resolución buscada en el proceso de mediación, la misma deviene de la puesta en marcha de un sinnúmero de estrategias propuestas a las partes para lograr ese acercamiento del que hablábamos de sus verdaderos intereses, insistiendo en el abandono de las posiciones iniciales que reclamaban, teniendo como consecuencia la búsqueda oportuna de soluciones elaboradas por ellos mismos y de forma independiente del arreglo del conflicto que los acechaba.

Esta astucia brindada por el proceso de mediación, es el resultado del no intervencionismo decisorio de aquél tercero neutral, que como sucede en el caso del arbitraje, sí intervendría en la emisión de una decisión, la cual negaría, esta oportunidad de darle a las partes ese beneficio de la autocomposición, sin mas intención que salvaguardar la relación y vinculación entre las partes contratantes.

La consecuencia a lo anterior, es conseguir esa armonía y paz social que al menos es la intención de los ADR desde sus orígenes, evitando en la medida de lo posible la confrontación, y suavizando los matices subjetivos de las partes viciados para negociar.

En apoyo a lo anterior, Zalusky¹⁴³ ha sostenido que: *“En relaciones maduras, los derechos eventualmente dan caminos de intereses, metas mutuas, y una relación viva, con lo que el procedimiento se convierte menos vinculante y los estándares de conducta y de justicia se convierten en supremos”*

En vista de lo anterior, la cultura de paz propuesta por los ADR, debe considerar estándares que tracen caminos basados en intereses pero de manera mancomunada con metas mutuas que elijan procedimientos cada vez menos vinculantes, con la intención de preservar las relaciones y por obvias razones la convivencia en sociedad.

¹⁴³ Zalusky en Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 6

No obstante, lo anterior no se encuentra garantizado, por lo que se requieren medidas de seguridad como las que brinda el arbitraje, para que las partes se sientan cómodas pero a la vez comprometidas a conseguir acuerdos en la primera etapa, ya que de antemano saben que si no lo hacen, la actuación de ese tercero interventor, tendrá una caracterización más activa, en la que innegablemente la solución llegara en vías de cumplimiento a su labor como árbitro.

Consecuentemente, esa vinculación de que hablamos, no se encuentra fragmentada por procesos que son atendidos en diferentes instancias, sino que son abordadas en un proceso complejo, donde son analizadas todas y cada una de las exigencias de las partes, para que sean resueltas en los distintos niveles de composición que presenta este proceso, empezando por hacer uso de herramientas nobles y sensibilizadoras, para posteriormente ir incrementando la potestad del tercero neutral, hasta convertirse en un árbitro a final de la escala de mediación, que dictara el laudo correspondiente.

De esa manera la forma natural de la cláusula med-arb, como proceso unificador de dos mecanismos contemplados como ADR (mediación y arbitraje), es benevolente y atractivo en su aplicabilidad en los contratos que celebren las partes; siendo verdaderamente importante que sea ajustado al marco normativo vigente tanto en el derecho interno como en el internacional, y para ello, resulta conveniente el análisis formal de la cláusula contractual que configure su implementación, así como las variaciones que derivan de la misma, considerando las patologías que en el sustanciamiento de las mismas, pueden acontecer.

VII. CONSIDERACIONES FINALES A LA SEGUNDA PARTE

La mediación puede figurar como una mejor alternativa, atendiendo a la génesis de la voluntariedad de las partes; no obstante, es una solución imperfecta para el problema, por la ausencia de control para exigir el cumplimiento de los acuerdos a que las partes se sometieron en el proceso; y, ante la falta de estos, exigir la resolución del conflicto.

Por ello, la mediación requiere una adecuación que permita llenar esos vacíos inalcanzables como lo es un resultado solucionador al conflicto. Empero, no se trata entonces de una sustitución de proceso, sino simplemente de adicionar las ventajas de otro mecanismo de resolución alterna de conflictos, que sujete a las partes a concluir las negociaciones iniciadas en el proceso de mediación.

Con esto, el objeto perseguido es doble, ya que por un lado se tiene la certeza de que el conflicto llegará hasta sus últimas consecuencias de solución; y por el otro lado, se presume que las partes se conducirán con la buena fe debida en todas y cada una de las etapas que se desarrollen hasta la culminación del proceso, esto, porque saben –contractualmente hablando- que de un proceso auto compositivo oportuno, continuaran impositivamente por otro de naturaleza heterocompositivo.

Bajo esta perspectiva, es que se perfecciona la validez al menos -por lo que se refiere a su justificación de aplicación-, de que la mediación aun sería más productiva si se complementa de esta forma, ya que las partes aún manteniendo esa voluntad, han encontrado otros beneficios inexplorados con la utilización unitaria de procesos separados.

De esa forma, *rescatar la voluntad de las partes y la buena fe debida*, para que sean ellas mismas las que sin coacción externa, tengan esa oportunidad de

dirimir, o al menos tratar de resolver por ellos mismos su contienda; y se insiste, y solo en el caso que se fracase en esta primera etapa, independientemente de los factores que la originaron, esté prevista la utilización de otro ADR, pero en este caso, uno que sí tenga contemplado la emisión por el tercero neutral de un acuerdo vinculante y obligatorio, como en el presente caso sería a través de un laudo emitido por el propio árbitro.

1. Med-Arb sobre otras combinaciones de procesos

Como en toda disputa que se resuelve a la luz de los ADR, la principal pretensión que buscan las partes, es alejarse de las instancias judiciales que principalmente, carecen de la oportuna celeridad, debido a la alta cantidad de casos que tienen bajo su jurisdicción.

Es evidente la necesidad de encontrar soluciones rápidas y amistosas, que procuren la continuidad de las relaciones comerciales y también personales; y a la vez, que se mantenga la discrecionalidad entre las partes involucradas. El propósito de estas variantes de solución es encontrar una solución directa y asistida, respetando los lineamientos fijados por las partes.

El tiempo, el dinero y la confidencialidad, reiteran la necesidad de las partes que tienen un conflicto, por buscar otras alternativas que garanticen y conserven los recursos antes mencionados. En efecto, aún y que los ADR minimizan y compensan esos deterioros que sufren los ahora colapsados sistemas judiciales, su finalidad también es la solución pacífica de los conflictos de las personas, basándose de todas las herramientas con las que cuentan para cumplir con esa correcta pretensión.

Como resultado, el objetivo último de la mediación y el arbitraje es: *“representar una solución real al conflicto de la impetración de la justicia, aportando elementos suficientes para la generación de un cultura conciliar a diferencia del sistema adversarial [...]”*¹⁴⁴

La solución real al conflicto, en análisis a la hipótesis presentada en esta investigación, al uso de las mejores virtudes de cada proceso (mediación y arbitraje), mismas que ya han sido claramente desglosadas previamente, y que se permita conjugarlas en uno solo, no solo a la luz de las disposiciones existentes a nivel nacional e internacional, sino dentro de los parámetros de factibilidad de las exigencias comerciales de los involucrados en esta materia.

Si esto se produce de manera contigua e inseparable, puede sostenerse con suficientes argumentos, que la eficacia del acuerdo será máxima y absoluta, los compromisos pactados cumplidos e intocables, y la fisonomía del procedimiento, atendiendo a las ventajas y desventajas que se ventilarán más adelante, casi perfecta.

Por ello, una cláusula simple de mediación en los tiempos actuales aparejados a la realidad cambiante en que vivimos, *no asegura* cabalmente un proceso de mediación sano y alejados de vicios de la voluntad, por lo que aún y que el contrato se encuentre dotado de una cláusula de sometimiento previo a la vía de la mediación, con las anteriores deficiencias que mencionamos, las partes acabarían recurriendo a los tribunales del Estado, para resolver el problema, recayendo de nueva cuenta en tribunales colapsados y frustrados por el exceso de trabajo, fastidiando el progreso de la sociedad dentro de la justicia rápida y expedita.

¹⁴⁴ Francisco Javier Gorjón Gómez, Metodología y justificación de la mediación y arbitraje, en Arbitraje y Mediación en las Américas, (coords.) Juan Enrique Vargas Viancos y Francisco Javier Gorjón Gómez (Chile, CEJA, 2007) 26-28.

Bajo esta perspectiva, las cláusulas de mediación complementadas y no aisladas, fomentan el desempeño de un proceso más justo en atención a que se fortifica con las fortalezas de otros procesos, para el efecto de conseguir sus fines: solucionar el conflicto.

En lo que concierne al arbitraje, no busca el advenimiento consensado de las partes en pugna, sino simplemente resolver a través de un laudo, una situación de manera momentánea, ya que sin lugar a dudas, la confrontación se presentará en futuras ocasiones, o lo que es peor, servirá de antecedente para la ruptura definitiva de las relaciones, estando en juego los beneficios económicos que se dejen de percibir, fomentando precedentes en relación a la reputación de las partes al resolver sus compromisos.

Por eso se dice, que el arbitraje tiene como misión resolver las controversias que surjan entre las partes con ocasión del cumplimiento de una determinada relación jurídica, siendo absolutamente irrelevante que ésta se establezca entre amigos o entre perfectos desconocidos, por lo que deviene complicado que el arbitraje sirva para conservar las relaciones previamente vigentes entre las partes; porque, con independencia de cuál sea su naturaleza jurídica, lo que realmente subyace en todas ellas es la presencia de una diferencia, de un desacuerdo.

Por ello, consideramos que el arbitraje debe de ser la última instancia dentro de los ADR, utilizada por las partes, ya que sus efectos de implementarse en una relación de conflicto en primera instancia, podría propiciar un rompimiento de las relaciones.

De igual manera, parece complicado asimilar que a una persona le simpatice que le impongan las cosas, y más aún, cuando anterior a esa exigencia,

no se le consideró otra opción de realización auto compositiva para el cumplimiento de su obligación.

Precisado que fue lo anterior, en el actuar conjunto de ambos mecanismos (mediación y arbitraje), se observa un *efecto adicional* del que pudiera podido observarse, si hubieren operado independientemente.

Med-arb, tiene la ventaja de ofrecer para las partes en conflicto las posibilidades de resolución por su propia cuenta en un acuerdo, y fallando tal acuerdo, la certeza de resolución por una decisión vinculante del árbitro (el laudo). La intención entonces de este eslabón que se crea, es garantizar a las partes que, de un modo u otro el conflicto será resuelto; de esta forma, el imperativo es el siguiente: “O se llega a un acuerdo en la mediación, o se llega a un laudo en el arbitraje”.

Estos procesos mixtos tienen un potencial todavía desconocido y ni sus fuerzas ni debilidades han sido completamente evaluadas y analizadas por los organismos internacionales operadores de los métodos alternos de solución de controversias.

El objeto de análisis de estos nuevos procesos, es la identificación beneficiosa de un nuevo conjunto de conocimientos y entendimientos en el campo de los ADR, que se aplican para cuestionar la oportunidad de identificar nuevas alternativas que sean más eficaces a la hora de tratar de resolver un conflicto.

Med-arb es para dar a las partes una oportunidad para llevar a cabo el proceso de negociación, donde med-arb difiere de la mediación ortodoxa es que el mediador ortodoxo, como tal, no tiene ningún “muscle”¹⁴⁵ para obligar al acuerdo.

¹⁴⁵ John T. Blankenship, Developing your ADR attitude (E.U.A., Tennessee Bar Journal, Vol. 42 Issue 11, 2006) 28

Y el árbitro ortodoxo, carece de potestad contractual para incentivar a las partes para que ellas mismas solucionen su contienda, y las partes son temerosas de poner su destino en las manos de este tercero neutral.

Cuando las partes acuerdan med-arb, ellas tienen que acordar por adelantado que todas las decisiones, fueran alcanzadas en mediación o arbitraje, formarán parte del laudo del med-árbitro y que son finales y vinculantes.

Bajo esta hipótesis, ahora el mediador ortodoxo se complementa con ese “muscle” que no tenía antes, ya que estando en la etapa de arbitraje, si las partes consideran oportuno regresar a la etapa de mediación, pueden hacerlo, pero ahora a sabiendas de la personalidad del tercero neutral que trabaja con ellos, así el juego de solución se perfecciona, al reconocer las partes al mediador con una potestad de árbitro.

Este mecanismo integrado denominado med-arb, ha sido utilizado en sus diferentes acepciones, por una amplia variedad de países avanzados,¹⁴⁶ quienes lo han adoptado por la eficacia que ha demostrado, no se duda entonces que la aplicación de estos procesos siga extendiéndose en nuestro país cuando se afiance y se perfeccione lo suficiente.

En este mecanismo, se prevé que para el supuesto de que la mediación no resuelva toda la controversia suscitada entre las partes, existirá un sometimiento vinculado a un posterior arbitraje.

Algunas de las ventajas que algunos tratadistas han descubierto con este mecanismo mixto son las siguientes:

¹⁴⁶ Principalmente países anglosajones como el Reino Unido, Inglaterra, Irlanda.

- Si en el presente caso existiera un contratante que tuviera la intención dolosa de incumplir con sus obligaciones, y se da cuenta de que tras el proceso de mediación que insiste en retardar no se genera un acuerdo satisfactorio para las partes, se iniciará un proceso de arbitraje que al cabo de las fechas estipuladas, tendrá como consecuencia un laudo ejecutivo y su correspondiente condena en gastos y costas; de esta manera las partes con esta forma de actuar encuentran desincentivadas para imponer su voluntad dolosa de incumplimiento.

- Independientemente de lo doloso que pudiera ser la actividad de las partes en el proceso de mediación para retardar el proceso, ante la renuencia de las partes de seguir intentando llegar a un acuerdo consensado por ellos mismos con arreglo a sus necesidades y a sus intereses compartidos, se percatarán que será un tercero (el árbitro ahora) el que resolverá la contienda, perdiendo el control de la solución.

Una posición más controversial es que med-arb fomenta mejores decisiones arbitrales. Algunos partidarios de med-arb, sostienen que se conocen todos los méritos del caso, incluyendo información confidencial obtenida en caucus privados, lo que pudiera influir para que el med-árbitro tome una decisión que se asemeje a las verdaderas necesidades e intereses de las partes.¹⁴⁷

- Las partes pueden haber alcanzado un acuerdo en algunos de los conflictos durante la etapa de mediación, pero no en su totalidad, dejando entonces menos diferencias que resolver en la etapa de arbitraje.

¹⁴⁷ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 5

Entonces, la esencia de este procedimiento estriba en que, ya sea por una o por otra de las etapas de med-arb, el conflicto tiene que quedar resuelto en su totalidad.

Sin embargo, incluso cuando la mediación falla para producir algún acuerdo en parte o en todos los puntos puestos en la mesa de negociación, las diferencias entre las partes mientras se muevan al arbitraje, frecuentemente se han reducido considerablemente. Por lo que, independientemente de lo anterior, y en el caso que no aconteciera de esa forma, med-arb no es el único camino correcto para corregir el problema, pero es un camino.¹⁴⁸

- Como la comprensión y la confianza durante el neutral en la primera fase cuando las partes han alcanzado acuerdos parciales durante la mediación, las partes prefieren que el mismo neutral que les ayudó a alcanzar sus acuerdos parciales debería decidir las cuestiones pendientes. Si el mediador ha ganado su confianza, las partes pueden preferir que sea el propio mediador ahora en su calidad de árbitro el que decida las cuestiones pendientes por encima de otro neutral.¹⁴⁹

- Lo que se anhela en el último de los casos, es que aún y que los anteriores labores incentivas no funcionasen, las partes que comparten la idea de participar en procesos de mediación, ahora tienen también la certeza que con el arbitraje se evitarán los graves inconvenientes del proceso judicial.

¹⁴⁸ Simkin y Fidandis en Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 9

¹⁴⁹ Thomas J. Brewer y Lawrence R. Mills, Combining mediation and arbitration (E.U.A., Dispute Resolution Journal, 1999) 22-30.

Con las anteriores conjeturas propuestas, los efectos de estas cláusulas son muy positivos, ya que prevén la estimulación permanente para el cumplimiento de los contratos; evitando con ello, que surjan controversias futuras en relación con la misma problemática del caso, sirviendo también como antecedente para futuras acciones repetitivas con las mismas partes. Incluso, cuando estas últimas aparecen, permite a las partes que las resuelvan de la mejor manera para ellos, atendiendo primeramente una negociación integrativa a través del proceso de mediación.

Algunos partidarios afirman que med-arb es más exitoso resolviendo intereses, negociaciones contractuales, disputas.¹⁵⁰ Ellos sugieren que para incrementar los acuerdos negociados, med-arb debería ser usado como una extensión de la negociación, como si fuese un procedimiento separado; lo anterior, en atención a que este procedimiento se percibe más consensual, como un enfoque no contencioso.

2. Opinión de expertos

- La primera crítica de med-arb, es que el proceso podría tornarse injusto, atendiendo a que el med-árbitro está armado con mucha información que ha sido recibida en la etapa de mediación y por lo tanto es demasiado poderoso.

Ello, ya que el tercero neutral, conoce información confidencial acerca no solo de los hechos del caso, sino de los intereses de las partes,¹⁵¹ de esa manera él no podría ser imparcial si la situación resulta en arbitraje.

¹⁵⁰ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p.10-11

¹⁵¹ La AAA no aboga por med-arb “excepto en circunstancias inusuales porque eso podría inhibir los principios los cuales deberían caracterizar el proceso de mediación y podría transmitir evidencia, puntos legales o posiciones de acuerdo que inapropiadamente influirían en el árbitro. Sin embargo, si las partes

Entonces, árbitros y mediadores creen que mezclando mediación y arbitraje es herético e incluso no ético y que los árbitros nunca deberían ni incluso sugerir a las partes que ellos consideren usar la mediación, incluso cuando el mediador sea otra persona.

- La segunda crítica de mayor relevancia, enfocada en la misma dirección que la primera, precisa que el mismo neutral nunca debería ser implementado para funcionar en ambos procesos porque durante la mediación, los participantes podrían estar más consternados por la integridad del neutral y la comprensión de las cuestiones que se le plantean, y por esa razón descuidar el objeto propio de la misma mediación; y en consecuencia, se solicitaría otro neutral para llevar a cabo el resto de la med-arb.

Esas preocupaciones, frecuentemente alcanzan la sospecha de los participantes de que el mediador no utilizará correctamente la información confidencial con la que está armado.

Con esto, se teme que el uso del mismo med-árbitro también animará el uso de “tácticas pesadas de presión” para alcanzar una solución como un mediador, haciendo así la parte del arbitraje como una conclusión inevitable.

- Otras críticas de med-arb, estriban en hacer hincapié en que las partes serán reacias para ser honestas -como sea posible- en la mediación,

indican un deseo para utilizar med-arb, la AAA gestionará el caso con ese proceso. **Nota.** De esta definición se colige que lo que dogma el med-arb es la voluntad de las partes como forma contractual independientemente que esta postura sea o no apoyada por las distintas asociaciones especializadas en med-arb, la verdadera hipótesis se centra entonces en el planteamiento de una cláusula completa de med-arb que no se encuentre viciada de origen.

debido a la preocupación de que la exposición de sus posiciones los debilitará en el arbitraje.

- Finalmente, otra de las críticas más experimentadas en la actualidad, es la relativa a la voluntariedad de las personas para que se les imponga este procedimiento. Muchos críticos han argumentado que med-arb nunca debería ser forzado sobre las partes, sosteniendo la postura que med-arb es apropiado solamente para ciertos tipos de disputas.

Similarmente, med-arb puede no ser apropiado cuando las partes necesitan una interpretación o quieren sentar un precedente (set a precedent).¹⁵²

Antedicho lo anterior, me permito citar algunas opiniones de operadores que han participado en el tema sobre la apreciación del mismo:

- **Tom Arnold**¹⁵³

“... En mi opinión, el mismo neutral med-arb es el más flexible de todos los procesos ADR e mixtos. Permiten a las partes moverse de mediación al arbitraje cuando se requiera y entonces interrumpir el arbitraje y regresar a la mediación otra vez, si eso es deseable. Yo creo que eso motiva a las partes a trabajar más duro porque ellos quieren evitar tener que arbitrar. Si el arbitraje se vuelve necesario, eso garantiza que al final un laudo vinculante será publicado con mayor rapidez.

Usando un diferente neutral por cada fase de med-arb ni es eficiente ni es económico. Eso requiere que las partes escojan una persona sin conocimiento de

¹⁵² Sherry Landry, “Med-arb: mediation with a bite and an effective ADR Model” (E.U.A., Def. Couns. J. 1996) 263-265.

¹⁵³ Tom Arnold en K. L. Henry, Med-arb: an alternative to interest arbitration in the resolution of contract negotiation disputes (E.U.A., Ohio State Journal of Dispute Resolution Vol. 3 Issue:2, 1988) 385-398

los hechos pertinentes, mejor que una persona quien ya conoce a ellos y en las cual las partes han desarrollado verdad y confianza.

Curiosamente, yo encontré que el comportamiento de las partes es mejor durante el proceso de med-arb que en la mediación clásica. Eso es probable porque ellos no quieren enajenar el arbitraje potencial. Mi experiencia como neutral en el mismo neutral med-arb ha sido muy positiva. Este proceso es muy flexible, permitiendo la creatividad total de mediación. Para decidir cualquier problema no resuelto en el procedimiento de arbitraje. El mismo neutral med-arb satisface Dean Pound's caution para evitar reglas mecánicas y poner los "factores humanos en el lugar central". Eso puede dar a las partes lo que ellas desean y requieren. Yo creo que las ventajas de el mismo neutral en med-arb superan cualquier desventaja teórica. John F. Kerry: "whether a idea is good or bad depends on whether it Works out." Cuando las partes usas el neutral correcto en el mismo neutral med-arb, ellos deberían encontrar que eso resuelve muy exitosamente."

➤ **Gerald F. Phillips**¹⁵⁴

"...Un neutral de Filadelfia Judith Meyer, miembro también de la CCA, respondió: ... in a very close industry that requires neutrals from within the industry, med-arb may be apropiate, conducted by the same person, especially where there are only a few respected neutrals within the industry...

...

...Los abogados de med-arb creen que el real rol de los árbitros en disputas de interés fue asistir a las partes disputantes completamente en sus negociaciones y haciéndolas, su primer herramienta debería ser mediación. Otros argumentan que el proceso y técnicas de los dos métodos fue fundamentalmente diferentes e incompatibles.

...

¹⁵⁴ Gerald F. Phillips, Same-neutral med-arb: what does the future hold? (E.U.A., Dispute Resolution Journal, 2005) 26-27

Críticos of med-arb pensaron que eso fue no ético para un árbitro intentar mediar alguna disputa y que era el deber del árbitro decidir enteramente sobre la materia sobre la base del resultado formal puesto frente a él...

... Una disputa es para ser resuelta conjuntamente, no para ser ganada

... 'El mismo neutral med-arb', un proceso que creo que será muy importante en el futuro..."

Tom Arnold

➤ **Lawrence R. Mills**¹⁵⁵

Fundador de Mills Meyers Swartking in Seattle y uno de los primeros neutrales en apreciar los beneficios de med-arb, comentó: *"...yo pienso que el mismo neutral med-arb entre bien asesorados adultos que consienten pueden ser un valorado y efectivo proceso de resolución de conflictos."*

➤ **Eugene Ginsberg**¹⁵⁶

"Esto no significa que este proceso debería ser usado en todos los conflictos pero si ser considerado, y discutido por los asesores con sus clientes. Med-arb no es una cuestión ética si las partes y asesores dan su consentimiento informado. Si se trata de su proceso, eso es usado...

Med-arb no presenta problemas éticos, si las partes y sus abogados han dado su consentimiento informado...

Si el árbitro no desea ser el neutral en el proceso med-arb, él o ella deberían recusarse antes que denegar a las partes el uso del proceso med-arb.

¹⁵⁵ Thomas J. Brewer y Lawrence R. Mills, ob. cit. 32-39.

¹⁵⁶ Eugene S. Ginsberg, "A med-arb variant: binding mediation an oxymoron? Yes but doable" (E.U.A., NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, 2009) pp. 68-72

Si el caso no es resuelto en la mediación, las partes, por su solicitud, están indicando que ellos confían en la integridad mediador /árbitro, tener confianza que el neutral sirviendo como árbitro decidirá justamente sobre el conflicto.

...

➤ **Robert Holtzman**¹⁵⁷

“...para mi el riesgo es que el neutral, usando el sombrero de árbitro, sera influenciado o incluso controlado en la decision final por alguna cosa dicha con carácter de confidencialidad o en una sesión de caucus por una de las partes, la cual la otra no tuvo oportunidad de responderla...”

Hoy, med-arb es altamente respetado por muchos árbitros – pero ciertamente no es aceptado por todos.

➤ **William Quinby**¹⁵⁸

“...med-arb es el proceso de las propias partes”.

➤ **Jay W. Elston**¹⁵⁹

Un practicante de Houston, adjunto a su repetición “Rules of Med-Arb”, él escribió:

“...(1) Med-arb es aplicable solamente en disputas industrials especializadas, donde la relación es continuada por las partes es mas importante que `la decision

¹⁵⁷ Eugene Ginsberg y Jay W. Elstein, Rules of med-arb. Binding mediation and oxímoron (E.U.A., International Institute for Conflict Prevention & Resolution Vol. 26, 2008)

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

correcta de la disputa en particular; (2) Med-arb debería ser conducido solamente por una persona con gran experiencia en la industria aplicable con una buena reputación de integridad y conocimiento de las costumbres y prácticas de la industria... Esta es quizás la regla más importante. (3) Med-arb debe llevarse a cabo solo para las partes que son sofisticadas, conscientes de los elementos coercitivos del proceso y que conscientemente aceptan el riesgo”.

➤ **Megan Elizabeth Telford**¹⁶⁰

“... Costo y eficiencia. Med-arb según sus defensores, minimiza los problemas de tiempo y gasto porque:

...

Solamente una tercera parte neutral es involucrada; si la disputa procede a arbitraje, la tercera parte ya se encuentra familiarizada con el problema y los argumentos; y Muy pocos casos en med-arb actualmente proceden a arbitraje (Hill 1997, 107)

...”

➤ **Martin Teplitsky**¹⁶¹

“Es imposible para un mediador-árbitro hiperactivo mantener la apariencia de neutralidad en cualquier disputa particular (1992, 130)”

➤ **Edward J. Costello**¹⁶²

“... Med-arb es controversial y sus críticas incluso han afirmado cuando se mezclan, que los procesos cada uno individual es menos útil para sus participantes. Una crítica sugiere que algunos árbitros y mediadores creen que mezclando

¹⁶⁰ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. pp. 2-6.

¹⁶¹ Martin Teplitsky, Making a deal: The art of negotiating (Canadá, Lancaster House, 1992)

¹⁶² Yolanda Vorys, The best of both words: The use of med-arb for resolving will disputes (E.U.A., Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2007) 871-874

mediación y arbitraje es herético e incluso no ético...” De esa manera mezclando efectivamente ambos se minimiza cada conjunto de valores. Dos críticas con respecto a med-arb son que le med-arbíter es muy poderoso y que med-arb no alenta a las partes a ser honestas acerca de la situación actual.

➤ **Richard Chernick**¹⁶³

“... Si uno adopta la perspectiva que las partes deberían estar permitido elaborar su propio proceso, no debería de haber prohibiciones en contra de un neutral actuando como mediador y como árbitro en el mismo caso a pesar de los riesgos potenciales, mientras haya una comprensión completa de esos riesgos...”

➤ **Thomas J. Brewer and Lawrence R. Mills**¹⁶⁴

“... En nuestro punto de vista cuando los adultos consienten con entendimiento y comprensión de los pros y contras y las posibles desventajas del proceso med-arb, ellos deberían ser libres para contratar el proceso para la resolución de sus disputas aquel que miren mejor para ellos...”

...

*En mi opinión, el mismo neutral med-arb es el proceso más flexible de los ADR y de los mixtos. Esto permite a las partes obtener el beneficio de las ventajas de ambos procesos y obtener beneficios que no se obtienen solamente de uno de los dos procesos. Yo pienso que eso motiva a las partes para trabajar más fuerte **porque ellas quieren evitar llegar al arbitraje**. Además. Si el arbitraje se hace necesario, eso garantiza un laudo final y vinculante que se emitirá rápidamente.*

Usando un neutral diferente en med-arb para cada fase de med-arb es menos eficiente y no económico. Eso requiere que las partes escojan una persona sin conocimiento de los hechos pertinentes.

¹⁶³ Gerald F. Phillips, ob. cit. 30-31

¹⁶⁴ Thomas J. Brewer y Lawrence R. Mills, ob. cit. 32-39.

Curiosamente, yo encontré que el comportamiento de las partes es mejor durante med-arb con el mismo neutral que una mediación clásica. Sobre todo, el mismo neutral es más eficiente y menos costoso que cualquier otro proceso de ADR. Eso da al neutral mayor influencia durante la fase de mediación porque las partes conocen que un laudo les será impuesto si no llegan a un acuerdo que encuentren aceptable.

Mi experiencia como neutral en med-arb ha sido muy positiva. El proceso es muy flexible. Puede dar a las partes lo que ellas desean y requieren. Creo que las ventajas del mismo neutral de med-arb superan las desventajas teóricas.

...

➤ **Opiniones de la GSB¹⁶⁵**

La mayoría de los árbitros de esta organización, precisaron que ellos no proponen soluciones a las partes; mientras ellos estuvieron activamente involucrados en la mediación, ellos vieron sus roles como los de un facilitador del procedimiento, ayudando con formularios y ofreciendo ofertas entre las partes, asistiéndolas en el descubrimiento de problemas y preocupaciones subyacentes, y participar en la solución creativa de los problemas puestos sobre la mesa.

De acuerdo con los árbitros de la GSB, los med-árbitros tienen poca probabilidad de que sean muy contundentes acerca de las soluciones propuestas. No hay indicadores de que los med-árbitros de la GSB usen la amenaza del arbitraje de una manera abusiva para provocar un acuerdo negociado. Tampoco hay ninguna indicación de que el med-árbitro proceda a arbitraje después de solamente unos minutos de la mediación.

¹⁶⁵ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. 12-14

Los med-árbitros en la GSB, no utilizan la amenaza de un acuerdo forzado de una manera negativa, sino por el contrario, la única intención es asistir a las partes en obtener un acuerdo, más bien que intentando forzosamente llevar a las partes a un acuerdo negociado a una decisión impuesta, como lo sería con el arbitraje.

Todas y cada una de las críticas consultadas en la GSB, pueden ser homologadas sobre el siguiente comentario de uno de sus árbitros:

“...En el modelo teórico propuesto, usualmente la gente que no ha usado este proceso anteriormente, está muy temerosa de emplearlo. En realidad, eso carece de sentido, especialmente con todas las variaciones que existen de la propuesta principal de med-arb y su flexibilidad, por lo que no hay una razón real para no intentarlo”

TERCERA PARTE

IX. CLÁUSULA MODELO PARA SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS COMERCIALES

La elaboración de una cláusula modelo que prevea la utilización de cualquier mecanismo alternativo (mediación, arbitraje, med-arb, etc.), para la resolución de conflictos, plantea diversas dificultades a la hora de determinar los alcances que tendrá la misma en los diversos supuestos que se pueden presentar en la relación entre las partes.

Ello es así, en atención a que las partes antes de que el conflicto surja, carecen de la información suficiente sobre sus efectos así como las magnitudes que alcanzará el mismo, lo que claramente dificulta la elaboración de una cláusula de solución de controversias perfecta, o que sea capaz de prever el universo de posibles desavenencias que puedan tener las partes en el transcurso de la contratación a que están sujetas.

No obstante, lo que sí parece posible, es la prevención de la mayoría de los riesgos que han sido analizados por diversas instituciones a nivel internacional y nacional, que velan por minimizar este tipo de deficiencias en los ADR. Siendo necesario tratar de adaptarlos a las necesidades específicas de cada contratación, y por obvias razones, evitar futuras prácticas dilatorias por las partes que actúan de mala fe, con la intención de retardar de manera dolosa el cumplimiento de alguna obligación a su cargo. Tiene aplicación sobre este aspecto, los comentarios de Moses,¹⁶⁶ al considerar que cuando una cláusula de arbitraje es claramente válida y eficiente, *las partes se encuentran menos incentivadas para recurrir a tácticas dilatorias a través de las Cortes*, y más incentivadas para evitar el litigio.

¹⁶⁶ Margaret L. Moses, *The principles and practice of international commercial arbitration*, (E.U.A., Cambridge Edition, 2004) 58

Hoy sin duda, las organizaciones internacionales debido al auge de los ADR y los constantes cambios en la forma de atender al conflicto, han propuesto algunos modelos de cláusulas de métodos alternos de solución de controversias, variando únicamente sobre la plataforma o el ambiente donde se someterá su cumplimiento.

Si bien no existe una cláusula “perfecta” aplicable a todo tipo de conflictos y sus circunstancias especiales, algunas organizaciones han desarrollado cláusulas modelo que ayudan a evitar mal interpretaciones de los alcances del mecanismo elegido, así como los efectos que pueden producir.

No obstante, por lo que se refiere a la elaboración de cláusulas compuestas o integradas por varios ADR (cláusulas híbridas de dos o más procesos en uno solo), ha sido básica y muy generalizada; sin embargo, en la composición de cada una de las cláusulas que prevén la solución de conflictos a través de un medio alternativo, precisan la salvedad de evitar que las mismas atendiendo a su patología, se vuelvan dañinas para la solución del conflicto y a la vez para la relación de las propias partes.

En atención a lo anterior, las partes deben de ser conscientes del papel que conlleva el sometimiento a determinaciones contractuales, a través de la correcta redacción del convenio. Así, cuestiones como el lenguaje, la ley aplicable al fondo, el procedimiento o mecanismo que regirá la controversia, la institución encargada de administrar el proceso, entre otros elementos esenciales, dependen de lo que las partes decidieron precisamente en el convenio respectivo.

En atención a esas consideraciones, el punto de partida para analizar lo anterior será el principio de autonomía de la voluntad de las partes, como eje universal del derecho que protege la actividad privada de los particulares y todo lo que emane de esa potestad, como las cláusulas de sometimiento alterno a la

jurisdicción del Estado, alcanzando la verdadera libertad, para dirimir las controversias entre partes como ellas mismas decidan.

1. Las cláusulas Med-Arb como un proceso mixto

Entre los daños que genera la intervención judicial o un arbitraje “puro” y sin mayor flexibilidad, es el impacto que genera en la relación comercial existente, así como la pérdida de futuras relaciones con la parte en conflicto. Lo cual perjudica, por más mínima que sea, la estabilidad de la empresa atendiendo a su actividad comercial que desempeña.

Considero oportuno puntualizar, que esa deficiencia también se nutre, de la continua evitación de las partes para solucionar el conflicto, eludiendo ese desgaste que representa el saber que se busca obtener algo en perjuicio del otro y viceversa. Pues bien, ese desgaste es prevenible cuando se intenta –al menos- que las diferencias entre las partes se transformen en oportunidades de mejora continua de las relaciones de que hablamos, atraídos por la confianza y la buena fe de las partes.

De esa manera, nace la idea de elaborar una cláusula que prevea un mecanismo que oriente a las partes al respecto sobre las consecuencias futuras que se ocasionará con el conflicto que ahora las confronta, en caso de insistir con la idea de continuar por esa vía y no darse la oportunidad de ser ellos mismos los que encaminen la posible solución a su problema.

El esquema se centra en la generación de una cláusula contractual, que contemple un proceso mixto aparentemente válido -por voluntad de las partes-, en el que se establezca la solución del conflicto a través de la mediación, seguido de

un arbitraje, que contemple su funcionabilidad al estar unificados dos procesos de características y finalidades distintas.

Dicho lo anterior, y de forma algebraica, ante la carencia de patologías en una cláusula simple de mediación y de arbitraje, la suma de sus elementos en uno solo, se traduce como un mejor proceso compuesto, sumando bondades de cada uno de ellos en uno solo, agregándose factores positivos, restando necesariamente las deficiencias que cada uno de ellos posee, ya que las mismas son previsibles en la redacción de la propia cláusula, evitando cualquier insuficiencia en su posible ejecución.

Como consecuencia de ser un proceso mixto, también se busca la unificación de los terceros neutrales que participan en cada uno de los procesos, en una sola persona. Para ello, las funciones del neutral se manifiestan; primero, como un mediador, ayudando a las partes a llegar a un resultado mutuamente aceptable, y ante la mediación fallida, el mismo neutral, entonces sirve como un árbitro, emitiendo una decisión final y vinculante.

En efecto, el mediador en la primera etapa del proceso, pudo no ser capaz de advenir un posible acuerdo entre las partes, siendo necesaria una apreciación de los hechos del caso, complementada con evidencia adicional o argumentos más legitimados por las partes. De esa forma, al complementar lo que ya ha sido logrado en el proceso de mediación, con el continuo arbitraje, resulta ser más eficiente que empezar de nuevo todo el proceso con otro neutral y educarlo desde cero.¹⁶⁷

De esa manera, la principal ventaja que se persigue con un proceso mixto como med-arb, es la eficiencia, ya que este procedimiento unifica a que sea un

¹⁶⁷ Stephen B. Goldberg, y otros, *Dispute Resolution. Negotiation, mediation and other process*. ob. cit. p. 307.

solo tercero neutral el que participe con las partes, con la ventaja de la vinculación a que las cuestiones se ventilen en un solo proceso de dos etapas.

En términos de la eficiencia de que se habla, no se está prejuzgando sobre lo positivo o negativo de esta proposición, sino simplemente se hace mención de las virtudes que poseen los procesos mixtos o híbridos.

Se ha sostenido la idea de que el proceso med-arb, es superior a la mediación pura sobre la base que una resolución vinculante es asegurada, donde el neutral tiene el poder decisonal. El esfuerzo primario de cada parte será entonces, persuadir al neutral de lo que es correcto y lo que no lo es, siendo también superior al arbitraje, porque se agota la instancia de autocomposición en lugar de la imposición directa de un tercero ajeno a la relación.

Para las partes con una relación continua, es más importante aprender cómo alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable, sin la asistencia externa que es tener un particular; así, la mediación es preferible que med-arb en el contexto de una relación continua.¹⁶⁸

a. Ventajas

Sobre las ventajas más significativas del proceso, acordes con los postulados que fomenta la cláusula med-arb, Tom Arnold,¹⁶⁹ ha caracterizado las siguientes:

- No hay necesidad para las partes de revisar las calificaciones de los árbitros potenciales si no hay acuerdo alcanzado en la mediación, porque

¹⁶⁸ Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, ob. cit. 263

¹⁶⁹ Tom Arnold en Gerald F. Phillips, Same-neutral med-arb: what does the future hold? (E.U.A., Dispute Resolution Journal, 2005) p.27.

el mismo neutral será el que arbitre la disputa. Seleccionando un nuevo árbitro se traduce normalmente en consumo de tiempo.

- Poco tiempo es necesario al final de una mediación fracasada (sea esta parcialmente exitosa) para comenzar una fase de arbitraje por el mismo neutral en med-arb.
- El proceso es flexible y permite a las partes reanudar la mediación después de que la fase de arbitraje ha comenzado. El caso puede acordarse durante el segundo esfuerzo de la mediación.
- Los remedios no disponibles en el arbitraje puro, pueden ser trabajados en la mediación. Por ejemplo, las partes pueden mutuamente rescribir sus acuerdos comerciales o incluso terminarlos con un acuerdo divisorio de activos. Algunos acuerdos no son posibles en arbitraje.
- La disputa puede ser resuelta más rápidamente porque el árbitro ya está familiarizado con los hechos del caso. Lo que permite que las partes regresen a sus negocios más rápidamente, esto no sería el caso si un nuevo árbitro es seleccionado. De hecho, con la misma persona como árbitro, incluso no hay necesidad de nuevas audiencias. Si las partes están de acuerdo, el árbitro puede hacer un laudo basado en los hechos recién presentados en la mediación.
- Una atmósfera más conducente para acordar es creada por el mismo neutral med-arb. James P. Groton of Sutherland, Asbill & Brennan,¹⁷⁰ en Atlanta, Georgia, han establecido: *“incuestionablemente el conocimiento que una decisión vinculante sería prontamente impuesta si las partes no*

¹⁷⁰ Gerald F. Phillips , ob. cit. p. 37

acuerdan sobre una resolución siempre ayuda para impulsar a las partes hacia una resolución”

- Cuando el mediador será el árbitro la inminencia de un laudo vinculante parece más a la mano.
- La relación comercial de las partes, es más probable que continúe después de que el mismo neutral med-arb, desde el inicio de la disputa pueda conciliar a las partes para resolver el conflicto o parte de ellos en mediación.
- El mismo neutral med-arb, elimina el problema de los abogados pensando que lo que sugiere la mediación o la discusión del acuerdo es un signo de debilidad. Si el acuerdo de las partes llama a arbitraje solamente, el abogado puede sugerir med-arb al árbitro.

Considerando lo anterior, se maximiza lo proactivo de un proceso mixto que minimiza los tiempos de dos procesos independientes en uno solo, dando cumplimiento a los principios rectores de los ADR.

En efecto, la cláusula contractual, deberá ser suficiente que reglamente esa voluntad de las partes de optar por dos procesos, en donde se prevea la autocomposición a través de la mediación, y se formalice que ante el fracaso de esta, se sometan a la decisión de un tercero ajeno, para que sea éste el que, en atención a las consideraciones expuestas por las partes, dicte un laudo en que se resuelva la disputa.

Así, primeramente, se faculta a las partes para que en uso de su autonomía resuelvan el conflicto, dotándolas de las herramientas que son accesibles única y exclusivamente a través de la mediación. Con esto, las partes hacen uso

extensivo de su autonomía para resolver el conflicto, validando con cada acuerdo en particular, los alcances fijados por sus intereses.

Posteriormente, y al no haber sido suficiente la autonomía de las partes para resolver la contienda, independientemente de los factores que la motiven, se establezca contractualmente la solución definitiva al conflicto, pero ahora abordada por un tercero ajeno, que puede o no puede haber tenido conocimiento del caos desde que este se inició.

No es óbice a lo anterior, el considerar que esta certeza ya se justifica con el procedimiento arbitral puro, ya que como reiteradamente se ha sostenido, el proceso de arbitraje no da por sí solo, la oportunidad a las partes de resolver su contienda por ellos mismos, lo que se equipara de acuerdo a su naturaleza, a un procedimiento judicial, ya que una decisión será impuesta por un tercero ajeno, sin antes haber oído a las partes pero con carácter subjetivo y atendiendo a sus intereses y no a derechos.

Sobre el particular recordemos, que la mediación ayuda a las partes a reconocer sus verdaderos intereses, y alejarse a la vez de sus posiciones. Por ello, cuando todas estas preposiciones se encuentran confusas, las partes son más propensas a buscar el alivio de todas y cada una de ellas, sin atender a lo que verdaderamente satisface su afán de resolver el conflicto.

Por lo que, de optarse por el resultado puro, el árbitro resolverá en general sobre las peticiones planteadas, sean o no sean intereses o posiciones, porque ese fue el derecho de pedir de las partes, a través de su convalidación contractual.

Por eso, analizando fielmente este apartado bajo esas argumentaciones, la protección que brindara med-arb, nunca será subsanable por ninguno de los ADR conocidos a manera individual, ya que como es sabido, la integridad de factores

benéficos, siempre será mejor que la distribución de los mismos. Lo anterior, a la luz de una sociedad armónicamente integrada y donde la solidaridad es sinónimo de crecimiento.

b. Desventajas

Como todo proceso de reciente creación, se le pueden atribuir ciertos inconvenientes en comparación con los sistemas existentes, los que los caracteriza como deficientes, y puede provocar la negación de las partes para recurrir a ellos.

Inicialmente, las partes disputantes que conocen que el mediador también tiene autoridad de decisión, serán menos propensas a ser sinceros que como serían en la mediación pura; se dice que las partes no estarán dispuestas a ser sinceras acerca del asunto, porque tienen el temor fundado que si no llegan a algún acuerdo, el mediador se convertirá en árbitro y usará sus revelaciones en contra de ellos.

De igual manera, si las partes decidiesen ser sinceras en la mediación, pero al final de la misma no han alcanzado un acuerdo, se presume que el mediador se convertirá en árbitro y poseerá información que pudiese influir en el laudo, que no hubiera sido adquirida en el papel de un árbitro puro.

En ambos supuestos, la integridad de los terceros neutrales es puesta en riesgo cuando la misma persona sirve en ambos roles, como mediador y árbitro,¹⁷¹

¹⁷¹ John L. Fuller, Collective bargaining and the arbitrator (E.U.A., Fifteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators, 1962)

desprendiéndose las siguientes desventajas que pudieran acontecer en su implementación:¹⁷²

- Los árbitros deberán atenerse al arbitraje y quedarse afuera de la mediación.
- El rol del mediador es inconsistente con el del árbitro
- El laudo puede ser injusto debido a lo que fue comunicado previamente al mediador en “private caucus”.
- Los asesores pueden intentar voltear hacia los mediadores del lado del cliente en preparación por el arbitraje.
- El neutral tiene mucho poder, del cual se puede abusar.
- Consciente o inconscientemente, el neutral puede usar como amenaza de un acuerdo vinculante (laudo) para coaccionar a las partes durante la etapa de la mediación.
- El neutral seleccionado puede tener dificultad para ser un solucionador de problemas (mediación) al pasar a ser un tomador de decisiones (arbitraje)

Por su parte, la AAA ha precisado las siguientes desventajas en el empleo de estos mecanismos:¹⁷³

- La disposición de las partes de compartir información con franqueza durante la fase de mediación puede ser inhibida.

¹⁷² Gerald F. Phillips, ob. cit. 27-30.

¹⁷³ Thomas J. Brewer y Lawrence R. Mills, ob. cit. p.36-44.

- La conducción del mediador en la fase de mediación puede ser inhibida. Si el mediador conoce que se convertirá en árbitro para resolver la disputa de las partes si no hay acuerdo entre ellas, podrá el mediador ser disuadido que conducía la mediación con su vigor usual?
- La información confidencial obtenida durante la fase de mediación podría ser usada , o influir al neutral durante sus deliberaciones como árbitro?. La mayoría de las reglas gubernamentales imponen ciertas limitantes a los mediadores con la información que le es compartida.

Siendo oportuno puntualizar, que las anteriores deficiencias encontradas en su aplicación, se refieren a consideraciones éticas que pudieran suscitarse con la participación del tercero neutral en el proceso, mismas que se agravan cuando funge con ambas personalidades. Esa factible vulneración a dicha neutralidad, es la que encapricha la creación y análisis de este apartado.

En efecto, la decisión del árbitro pueda verse influenciada por información confidencial aprendida durante las reuniones privadas con cada uno de los mediados (private caucuses); o sin precisarse estas, por cualquier tipo de información que haya sido proporcionada por las partes en la etapa de mediación. La verdadera esencia que busca enfatizarse con el estudio de la ética de esta cláusula, es en el sentido de considerar la viabilidad y legalidad de que el árbitro pueda utilizar esta información en la etapa de arbitraje, y más aun a la hora de emitir su laudo.

La cuestión ética entonces, juega un rol fundamental cuyo análisis deviene apropiado, ya que si estas consideraciones éticas pueden ser superadas con la armonía necesaria en la elaboración de la cláusula med-arb, su implementación en el sistema legal resulta oportuno, readaptando todo el sistema con prácticas alternas que provean mejores resultados para las partes.

Consideramos que esto es plenamente subsanable a través de la actividad contractual que en su momento vayan a elaborar las partes; aunado a que, la actividad que realiza un mediador en el proceso de mediación es meramente a consideraciones subjetivas de las partes, no hay mayor actividad del mediador que acercar a las partes para que ellas mismas solucionen su contienda.

En otras palabras, la función del mediador, no siempre se desenvuelve sobre el conocimiento del fondo del asunto y las causas que dieron origen al mismo, situación la anterior que no debiera importarle conocer al mediador, ya que la respuesta a los verdaderos intereses de las partes se puede dar por una falta de comunicación o mal entendimiento. Bien lo ha entendido Robert A. Baruch,¹⁷⁴ al consensuar que el rol del mediador es guiar y facilitar el proceso, pero ciertamente no determinar o incluso influenciar el resultado.

Ahora bien, por lo que respecta al arbitraje, este reviste matices más objetivos y planteamientos más formales que la simple mediación; tan es así, que el arbitraje es formalizado como un procedimiento judicial, así lo ha manifestado el Tribunal Supremo Español, en diversas sentencias,¹⁷⁵ situación que no acontece propiamente en la mediación.

Por ello, se insiste en que la mediación (naturaleza subjetiva y de apreciación) y el arbitraje (naturaleza completamente objetiva y formalizada), no deben entenderse como mecanismos contradictorios, sino opciones complementadas, donde se busca el perfeccionamiento de un ADR, que no se conforme con críticas negativas, sino que se vaya adaptando a las necesidades cambiantes de la sociedad.

¹⁷⁴ Robert A. Baruch Bush, Substituting mediation for arbitration: the growing market for evaluative mediation, and what it means for the ADR field (E.U.A., Pepperdine Dispute Resolution Law Journal Vol. 3 Issue 1, 2002) 115.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre. Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre.

De esa forma, si las partes han considerado las ventajas y desventajas del tercero neutral actuando como mediador y como árbitro en el mismo proceso, sabemos por obviedad de razones que el proceso puede ser ventajoso, sobre todo por lo que se refiere a una mayor eficacia en la solución del conflicto.

Bajo esas circunstancias, donde las partes han evaluado las ventajas y desventajas, no existe formalmente una disposición o criterio válido para impedir que las partes conjuntamente nombren a dicha persona como mediador/árbitro.

2. Elaboración de la Cláusula Med-Arb.

a. Redacción de la cláusula med-arb.

Al ser escasas desde el punto de vista formal, las organizaciones internacionales que ya han incorporado en sus ordenanzas, este tipo de mecanismos mixtos que ahora pretendemos justificar, me permito citar algunas de las cláusulas med-arb que han sido propuestas por algunos de sus precursores:

El grupo The California Practice Guide on Alternative Dispute Resolution (California ADR Practice Guide) ofrece y propone la siguiente cláusula de med-arb:

“Todas las disputas no resueltas en mediación, se determinarán por arbitraje administrado por [Proveedor de ADR] de acuerdo con sus reglas aplicables. El mediador servirá como árbitro, a menos que las partes acuerden seleccionar una persona diferente como árbitro.”

Continuando con las aportaciones de Phillips,¹⁷⁶ se cita una cláusula utilizada por él misma en su carácter de med-árbitro:

“...cualquier y todas las disputas que surjan del acuerdo entre las partes será resuelto por mediación y luego por arbitraje. El árbitro (quien será Gerald F. Phillips) también servirá como mediador...”.

En relación con las participaciones de Phillips, la anterior cláusula, fue desarrollada bajo las siguientes estipulaciones contractuales:

Las partes presentes reconocen, entiende, acuerdan y estipulan lo siguiente:

- Las partes presentes han acordado y han preguntado a Gerald F. Phillips, para primero esforzarse para asistir a las partes para resolver su controversia y para actuar como mediador,

- Si la controversia no es resuelta durante la mediación las partes han acordado que (el autor) pueda proceder como árbitro y hacer un laudo ejecutable, final y vinculante.

- Las partes reconocen que el autor les ha aconsejado que durante el proceso de mediación ellos y su counsel, pueden revelarle a él, actuando como el mediador, su respectiva posición de resolución, sus teorías del caso, sus fortalezas y debilidades alegadas de sus posiciones respectivas y cuestiones cuales no serán admisibles durante el arbitraje.

- Las partes están de acuerdo que el autor tomará el rol de mediador/árbitro, quienes renuncian y abandonan al igual que sus abogados cualquier reclamo u objeción de su servicio en sus dos capacidades.

- Las partes acuerdan que ellas no desafiarán la determinación, resultado y decisión que emita el árbitro sobre la base que ellos han solicitado que el árbitro actúe como ambos personajes, árbitro y mediador en este asunto.

¹⁷⁶ Gerald F. Phillips, ob. cit. pp. 30-31.

Por su parte, el Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje, proponen la siguiente cláusula:

“En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de solucionar dicha controversia mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación Internacional. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional”¹⁷⁷

La Cámara de Comercio Internacional, mediante el Reglamento de Mediación de la CCI, permite que se pueda usar el arbitraje *después* de un intento de solución por otros medios como la mediación.

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

De igual manera la Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación, en su Reglamento de Mediación, se refiere a “cláusula escalonada”, mediante la cual se permite que las partes convengan en combinar la mediación con el arbitraje:

¹⁷⁷ Vid: <http://www.icdr.org>

"Cualquier controversia civil o mercantil que haya surgido o pueda surgir entre las partes se resolverá mediante mediación administrada por el Servicio de Mediación de la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, de acuerdo con su Reglamento y demás normativa aplicable, al que se le encomienda la administración y desarrollo de la mediación. Así mismo, las partes intervinientes acuerdan que, para el caso de finalizar la mediación sin alcanzar un acuerdo, la controversia objeto de la presente mediación se resuelva definitivamente mediante arbitraje (), en el marco de la Corte Aragonesa de Arbitraje de la Asociación Aragonesa de Arbitraje a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o árbitros de acuerdo con su Reglamento. Así mismo, las partes intervinientes en el arbitraje se comprometen a realizar en el momento en que sean requeridas para ello las provisiones de fondos fijadas por la Corte."*

* «de equidad» o «de derecho».

Otra propuesta interesante, es la desarrollada por la Fundación Notarial Signum, creada en el año 2011 por el Colegio Notarial de Madrid, para la promoción y el fomento de la mediación y arbitraje institucionales:

Cláusula escalonada (mediación + arbitraje):

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 en primer lugar a mediación. La mediación será administrada por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

Si la mediación resultare infructuosa, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de derecho/equidad], administrado por la Fundación Notarial Signum de Resolución Alternativa de Conflictos.

La designación de [árbitro/árbitros] y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Fundación vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación.

En atención a lo anteriormente expuesto, una cláusula de med-arb por compleja que parezca, deberá ser capaz de incluir en su redacción la aplicación

de mediación y arbitraje de manera vinculada, uno después del otro, con la peculiaridad que lo que se busca es respetar la autocomposición seguida de la heterocomposición, en la solución de un conflicto dado.

b. Posibles objeciones

La postura de Brewer,¹⁷⁸ sobre el caso en particular, deviene en forma de recomendaciones para las partes, cuando verdaderamente instan por este procedimiento, previamente que hayan sido advertidas sobre las características del mismo:

“...Cualquier controversia o queja relacionada con este acuerdo, será resuelta por el siguiente proceso: Las partes negociarán de buena fe por el período de 15 días a partir de la notificación por escrito de una disputa. Si la disputa no es resuelta dentro del período de los 15 días, cualquiera de las partes puede demandar arbitraje presentando una demanda de arbitraje en la AAA. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad por las Reglas de Arbitraje Comercial de la AAA; proveyendo, sin embargo, que en no menos de 60 días antes de la fecha de audiencia de arbitraje, las partes podrán participar, de buena fe, en una mediación llevada a cabo por las Reglas de Mediación Comercial (Commercial Mediation Rules) de la AAA. Si las partes acuerdan antes de que la mediación empiece, la mediación y el arbitraje pueden llevarse a cabo en secuencia inmediata por el mismo neutral en virtud de un protocolo escrito de acuerdo de las partes y el neutro por adelantado. En tal procedimiento, the Commercial Arbitration Rules y Commercial Mediation Rules of the AAA serán sujetos tal acuerdo con el acuerdo de las partes para emplear dichos procedimientos, y nada de esas reglas impedirá o prevendrá al neutral por los servicios acordados con las partes.”

¹⁷⁸ Thomas J. Brewer y Lawrence R. Mills, ob. cit. pp. 39-42.

Siendo recomendable según Brewer,¹⁷⁹ un protocolo de med-arb totalmente detallado que especifique claramente lo que se deba seguir:

Las partes presentes reconocen, comprenden, acuerdan y estipulan lo siguiente:

1. *Estamos de acuerdo en usar med-arb y hemos pedido al C._____ quien ha sido designado como el árbitro en esta materia, de acuerdo con las reglas del "Proveedor de ADR", primero asistiéndonos en negociar esta controversia y actuando como mediador.*
2. *El mediador servirá imparcial, intermediario neutral quien nos asistirá en alcanzar nuestros propios acuerdos de la controversia. El mediador no puede imponer un acuerdo pero asistirá a las partes hacia el logro de su propio acuerdo.*
3. *El mediador es una tercera parte neutral y no es abogado de ninguna de las partes. El mediador no dará consejo legal alguno y ningún tipo de relación abogado-cliente será creada entre alguna de las partes y el mediador por razón de su servicio como mediador de las partes en la controversia.*
4. *Cualquier acuerdo negociado alcanzado en la mediación será admisible en cualquier procedimiento subsecuente.*
5. *El "nombre del neutral" no incurrirá en alguna responsabilidad por algún acto u omisión que surja de o en conexión con su servicio como mediador en la controversia de las partes.*
6. *Si fuera necesario arbitrar algunas cuestiones no resueltas en la mediación, el "nombre del neutral" actuará como el árbitro, quien escuchará el testimonio y hacer un ejecutable, final y vinculante laudo.*
7. *Si "el nombre del neutral" se compromete con el rol de ambos mediador y arbitraje, no reclamar o desafiar a el arbitraje o cualquier laudo será hecho por cualquiera de las partes sobre la base de los servicios del "nombre del neutral" de ambas capacidades, o de la recepción de la comunicación confidencial en la mediación. Por la presente siempre renunciamos: a) cualquier y todas las reclamaciones u objeciones para "el nombre del neutral" sirviendo como mediador y árbitro en esta disputa; b) cualquiera o todas las reclamaciones u objeciones a las cuestiones relativas al laudo arbitral por el "nombre del neutral" como resultado de su servicio como mediador en esta disputa; and d) cualquier derecho para desafiar la*

¹⁷⁹ Thomas J. Brewer y Lawrence R. Mills, ob. cit. p.43

determinación, resultado o decisión del árbitro habiendo servido como mediador en esta disputa.

Nótese del anterior protocolo propuesto, que la finalidad es en todo momento salvaguardar la potestad del árbitro que ha sido plenamente otorgada *por voluntad de las partes*, al manifestar su consentimiento informado, el cual se refuerza con la debida discusión de las limitaciones y riesgos de med-arb,¹⁸⁰ incrementando la legalidad, y así manifestándolo en el acuerdo. No obstante, el anterior formulismo no regula la confidencialidad de la información para su correcto uso, lo que en caso de no decirse nada al respecto, podría configurarse como una patología que obstaculice la cláusula med-arb.

Para subsanar lo anterior, la Corte de Ohio,¹⁸¹ sí se ha manifestado en considerar necesario estipular el uso confidencial de la información recibida, para ello, precisa que el acuerdo debe incluir lo siguiente:

- Evidencia clara que las partes estuvieron de acuerdo con el proceso med-arb.
- Evidencia que las partes fueron prevenidas que el mediador funcionaría como árbitro si la mediación fracasaba
- Una estipulación escrita sobre el método acordado de someter las cuestiones de hecho disputadas al árbitro.
- Evidencia de si las partes están de acuerdo en renunciar a los requerimientos de la confidencialidad, impuestos por las leyes de Ohio en el caso de que la disputa se turne posteriormente a un árbitro.

¹⁸⁰ Brian A. Pappas, Med-arb and the legalization of alternative dispute resolution (E.U.A.: Harvard Negotiation L. Rev., 2015) 196

¹⁸¹ American Arbitration Association. Commercial med-arb. (E.U.A., Dispute Resolution Journal. *Bowden v. Wekkert*, 2003) 91.

Con lo anterior, se subsana cualquier irregularidad que pudiera presentarse por el uso o no de la información recibida por el tercero neutral, y el grado de confidencialidad con que aquella se encuentra protegida contractualmente.

De esa forma, en tratándose de la elaboración de cláusulas med-arb, para que el pacto de sumisión cumpla su función y no se convierta en un obstáculo para la resolución del conflicto, se argumenta que la claridad en la redacción de la cláusula es esencial. Siendo este aspecto decisivo, con independencia de la ley aplicable que se elija, pues incluso las jurisdicciones más abiertas a la admisión de las cláusulas híbridas en cualquiera de sus formas tienden a condicionar su validez y eficacia a que sus efectos y consecuencias se especifiquen de forma clara.¹⁸²

3. Las Cláusulas Patológicas

Las causas que entorpecen la implementación de los ADR en nuestra sociedad, como herramienta complementaria a los sistemas judiciales tradicionales, y no propiamente contradictorios como se ha pretendido por algunos tratadistas,¹⁸³ son complejas y abundantes; pues, aunque algunas de ellas tienen una clara identidad jurídica, otras muchas se sitúan en un plano meta jurídico y a menudo tienen que ver con factores psicológicos, sociológicos y culturales.

Ese tipo de identidad jurídica de que hablamos, en algunas de las ocasiones no es posible plasmarla como se quisiera en la redacción de los contratos, ocasionando ciertas situaciones difíciles de previsionarlas en el momento de firma del acuerdo contractual, lo que conlleva a futuros defectos jurídicos de difícil reparación.

¹⁸² Álvaro López de Argumedo Piñeiro y Constanza Balmaseda, op. cit. pp. 2-5

¹⁸³ Vid. Luis Muñoz Sabaté, *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje* (España, Wolters Kluwer, 2011)

Existen muchos tipos de situaciones presentes o futuras, determinadas o indeterminadas, que pueden hacer que una cláusula por sencilla que parezca, revista de matices patológicos. Para Heisemann,¹⁸⁴ toda cláusula que no produzca efectos obligatorios para las partes; puede considerarse, *sic et simpliciter*, patológica.

En materia de ADR, la primera vez que se usó esa terminología, fue para referirse al término “acuerdos arbitrales patológicos”, acuerdos de arbitraje que detentan defectos capaces de generar inconvenientes en el normal desarrollo de un procedimiento arbitral.¹⁸⁵

De esa forma, si se generan inadecuaciones de forma en un procedimiento arbitral, es porque existen esas deficiencias de que hablamos en la redacción de la cláusula. Ahora bien, en materia de med-arb y de acuerdo a las especulaciones estudiadas en esta proposición, los principales defectos que pueden suscitarse son en relación a:

- la posible inoperancia de la cláusula,
- falta de certeza en el objeto que persigue, y,
- confusión en el establecimiento de optatividad (cláusulas híbridas o escalonadas).¹⁸⁶

En el primero de los supuestos, ha de referirse cuando la vigencia del contrato ha expirado, o haciéndose referencia a algún término dentro del mismo, este ha caducado, o cuando se realizan cláusulas muy pormenorizadas que obstaculizan su ejecución, por citar unos ejemplos.

¹⁸⁴ Heisemann en Marco de Benito Llopis-Llombart, El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria (España, Editorial Aranzadi, 2010) 252. El término fue originariamente acuñado por el mismo en 1974, siendo Secretario honorario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

¹⁸⁵ Heisemann en Emmanuel Gaillard y John Savage, Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration, (Francia, Kluwer Law International, 1999) pp. 262-263

¹⁸⁶ Alan Redfern y Martin Hunter, ob. cit. p. 165

En el segundo de los supuestos se entenderá, cuando erróneamente se usa el nombre de alguna institución o sus reglas, cuando aquellas o estas resultan inaplicables o inexistentes; o puede hacer referencia al supuesto de que las partes en conflicto, no se hayan determinado correctamente sus facultades y deberes de cada una de ellas, de igual manera cuando expresamente no se ha establecido los ADR que fungirán como mecanismo de solución, como su respectivo orden de aparición.

Y, finalmente, cuando en la legislación vigente, no se encuentra contemplada la utilización de cláusulas híbridas o escalonadas, como las que se defienden en el presente ensayo.

Ante tales defectos y una vez surgido el conflicto, el detrimento de los ADR ante la obscuridad de la cláusula estampada en el contrato se hace palpable; tan es así, que una vez surgida la disputa será muy difícil que las partes se pongan de acuerdo sobre la elección de las personas y de las instituciones que serán las encargadas de administrar y resolver la controversia, ya que cada una de las partes defenderá “su postura” en afán de evitar una disminución en su esfera patrimonial, lo que trae como consecuencia también, la ruptura de la relación.

Por lo que, ante esta postura *-en principio justificada-* y ante el detrimento notorio de los anteriores métodos alternos, por los defectos en su formación en el contrato principal, la consecuencia natural y por todos sabida, será que las partes retornen lo que desde un principio se quiso evitar y es tener que acudir a los Tribunales del Estado para subsanar estas deficiencias del contrato; y en el segundo plano, que resuelva el fondo del negocio cuando así corresponda, traduciéndose en un fracaso en los logros de los ADR.

En el tema en particular, dentro de los extremos todavía discutibles que presentan las cláusulas med-arb, las cuestiones de forma, independientemente del

método alternativo que se elija, aún resultan negativamente fulminantes si las mismas no se elaboran con las precauciones y especificaciones debidas, siendo entonces necesaria la neutralización de estos síntomas patológicos que conforman la gran cadena de los ADR en general.

a. Identificación de los síntomas patológicos

Como se observa, las razones que pueden ocasionar la ineficacia del contenido de una cláusula contractual que prevea la solución alterna del conflicto a través de los ADR, es muy amplia y variada.

Las más debatidas se refieren a cuestiones en relación al tiempo e importancia que se le dedicó a la elaboración de la cláusula de interés, donde la cláusula frecuentemente y como los estudios lo han identificado, es dejada al último de la negociación contractual, ya que las partes al confeccionar los términos de un contrato, están más enfocados en los logros que se consignan en el mismo, que en los mecanismos que se incluirán para resolver los conflictos que surjan ante el incumplimiento de algunas de las partes; es decir, después que las cuestiones principales han sido resueltas.

El recurso humano también es característico de estas deficiencias, las personas encargadas de elaborar las cláusulas de solución de conflictos (normalmente los abogados de las partes), tienden a hacer abogados transaccionales y abogados de impacto; es decir, abogados de juzgados, que tienen un conocimiento normalmente restringido sobre los mecanismos alternos de solución de conflictos o del significado de las cláusulas del mismo tema; y, en tratándose de mecanismos complejos o mixtos, el desconocimiento se agudiza.

Lo anterior es así, ya que como bien se comentaba, las partes contratantes como sucede en el acto jurídico del matrimonio, jamás tienen la intención de divorciarse; en primera instancia, se encuentran completamente enfocados con los buenos resultados que obtendrán con el negocio jurídico que pretenden formalizar, y no propiamente el conocimiento del futuro conflicto y el mecanismo perfecto para su solución.

Ante la falta de esta asesoría especializada sobre los mecanismos alternativos, las partes carecen de la suficiente información al respecto, por lo que este apartado del conjunto de cláusulas que se integran al contrato para solucionar el conflicto, devienen insatisfactorios y poco interesantes. Aunado al el costo que representa este tipo de asesoría, lo que también deviene en una erogación que las partes desean evitar.

De esa manera, las partes -como en la mayoría de las contrataciones a las que se someten- no creen o no han asimilado la posibilidad de futuras disputas; o en su caso, que éstas vayan a ser de tal magnitud que amerite una atención especial (tiempo y dinero), por lo que su previsión en atención a lo anterior, y atendiendo al momento en tiempo en que se encuentran las partes, pareciera ser infructuosa.

Por ello, como acertadamente lo manifiesta Margaret Moses,¹⁸⁷ una cláusula bien redactada tiene un impacto significativo en como las partes resuelven su disputa. Siguiendo esta idea, es la previsión adecuada del conflicto, el que termina con eficiencia esta patología que presentan los ADR en su conformación contractual.

¹⁸⁷ Margaret L. Moses, ob. cit. 43.

Ahora bien, en el caso de las cláusulas compuestas como med-arb, la situación deviene más compleja, pero no por eso más complicada, ya que el supuesto normativo encuadra la posibilidad de establecimiento regulatorio de dos procesos bajo la figura de uno solo, lo que en apariencia, presenta matices de mayor problemática a la hora de elaborar una cláusula que cumpla fielmente con lo que las partes en el momento de su creación quisieron realmente estampar en el acuerdo previsorio de alguna alternativa.

La consideración al respecto, es la verdadera esencia de estas cláusulas complejas, que la misma cumpla cabalmente con las especificaciones que tanto la cláusula de mediación como de arbitraje demanden en su individualidad, considerando entonces, los puntos iniciales de debate establecidos en la segunda parte de esta exploración, por lo que respecta a la deficiencia que presentan los mecanismos en comento en su aplicación independiente.

Con lo anterior, y considerando la situación actual de los med-arb, por lo que se refiere a su falta de regulación en los ordenamientos legales, patologías sobre el tema parecen ser meros supuestos fácticos, o en relación a procesos vistos desde su nomenclatura aislada, ya que no se puede hablar de patología propiamente, si se carece previamente de un diseño legal o normativo, que prevenga las deficiencias de un sistema.

Por ejemplo, se presenta un acuerdo de “arbitraje” que estipula “las controversias serán resueltas de manera definitiva por el mediador”; provocando así la duda si las partes quisieron una mediación o un arbitraje. En este caso hipotético, la definición del arbitraje permite calificar el proceso previsto en la cláusula compromisoria (patológica) como un procedimiento arbitral y no una mediación.¹⁸⁸ Pero, cuando se trata de un acuerdo med-arb, el problema es más

¹⁸⁸ Vid. Gorjón Gómez, Francisco Javier, Metodología y justificación de la mediación y el arbitraje en Arbitraje Comercial y Mediación en las Américas, Chile, CEJA, 2007.

complejo, ya que en este suceso, se encuentran identificados ambos neutrales en un proceso integrado de dos técnicas, mediación y arbitraje; por lo que su próspera regulación deviene fundada.

En el caso de la ejecutabilidad del convenio med-arb, al ser ésta una cláusula escalonada, las partes están de acuerdo en acudir a mecanismos auto compositivos para solucionar la controversia antes de acudir a la imposición compositiva como sería el laudo arbitral. Este paso previo se traduce en obligatorio, antes de proceder al arbitraje, y su inobservancia acarrearía la inejecutabilidad del convenio de med-arb pactado.

Se trata entonces de una combinación secuencial de la que surgen complicaciones a raíz de una mala interpretación de la cláusula; otro ejemplo sería, el caso cuando no se fijan las condiciones claras en cuanto al alcance de la mediación previa, ya que el impasse en la misma se traduce en un estancamiento del proceso, lo que dificulta su posterior conclusión a través del arbitraje. De esta forma, el arbitraje resulta inalcanzable por una vaga redacción de su cláusula.

Como se desprende de lo anterior, esas patologías pueden ser utilizadas por cualquiera de las partes con fines totalmente obstaculizadores de retardar la imposición de un resultado para las partes.

No obstante, queda claro que las cláusulas escalonadas, imponen mecanismos autocompositivos de manera “*a priori*” con carácter obligatorio, en otras palabras, constituyen la llave de acceso al arbitraje.¹⁸⁹ De lo anterior se confirma, que a la luz de este nuevo sistema, forzosamente resulta indispensable que se desahoguen ambas instancias, en el orden previamente acordado por las partes (arb-med o med—arb); y que posteriormente quede *definido* el tiempo que

¹⁸⁹ Brian Haderspock, Reflexiones en torno a las cláusulas escalonadas, Revista ADR News. Acuerdo Justo Editorial. Alicante, España, 2015. p. 35

durará cada una de las etapas, en un afán de no caer en patologías indeterminadas de manera objetiva de tiempo y espacio.

Conforme a lo anterior, no debemos restar importancia a las patologías del conflicto,¹⁹⁰ donde ciertos grupos o personas no existen más que en oposición sistemática a otro grupo o persona, afirmando su identidad en una confrontación, la negación y aun el nihilismo. Lo anterior se contrapone, a cuestiones como lo son la mala fe de las personas, para independientemente de la salvedad existente para resolver el conflicto, insisten en que el mismo no sea resuelto, por ser dicha resolución contraria en la mayoría de las ocasiones a sus *posiciones*.

De esa manera, independientemente de lo perfectible que pueda ser la cláusula de resolución de disputas, el conflicto de una u otra manera presentará efectos deteriorantes y permanentes. He ahí, donde la labor constante de los precursores de ADR, deben actuar implementando nuevas rutas que den cabida a conflictos más difíciles donde los mecanismos actuales no son suficientes para cumplir con su cometido de solucionarlos.

A mi entender, el conflicto es una parábola que nace, tiende a crecer, pero en afán de salvaguardar la convivencia en sociedad y el estado de Derecho, debe morir. Si bien es cierto que el conflicto es inevitable como ya lo mencionaba Sáez de Heredia,¹⁹¹ existen situaciones donde el conflicto resulta ser la columna vertebral de ciertas sociedades y de personas en particular, al considerar que la perpetuación del conflicto se convierte en su razón de ser.¹⁹²

¹⁹⁰ Alain Pekar Lemereur y otros., Método de mediación. En el corazón de la mediación (México: Grupo Editorial Patria, 2010) 36

¹⁹¹ Ramón Alzate Sáez de Heredia, La dinámica del conflicto Capítulo 1, en Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente, coords. Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga (España: Editorial Tecnos, 2007) 43-52.

¹⁹² En el mismo sentido vid: René Girard en Alain Pekar Lemereur y otros, op. cit. p. 38.

Esto es igual a considerar, -sin que se trate propiamente de una patología-, cuando una de las partes en conflicto sólo pretende que se tomen en consideración para la resolución del conflicto sus deseos o justificaciones, sin prestar atención a los de la otra parte, estén o no estén fundados en derecho u otra facultad que le corresponda.

Por ello, tal y como lo ha indicado Moses,¹⁹³ los extensos escritos sobresalientes de las cláusulas patológicas, sugieren que incluso las cláusulas más clásicas siempre pueden ir por mal camino, en cada caso planteado.

En relación a lo anteriormente expuesto, las cláusulas patológicas existen, en la medida que las partes ignoran o no consideran a los mecanismos de resolución de conflictos en la misma proporción o magnitud que las demás cláusulas contractuales que ordenan el fondo de la transacción.

Como corolario de lo anterior, en la proporción que en las negociaciones contractuales, precisamente en las cláusulas referidas a los métodos que servirán para resolver los conflictos que se presenten, se considere oportuno invertir factores determinantes como tiempo, dinero, calidad de asesores, etc., en la misma proporción de recursos que se hace con las demás cláusulas del contrato, en esa medida bajarán los defectos patológicos de que hablamos.

b. Algunos ejemplos de cláusulas patológicas

En atención a las anteriores consideraciones que afectan la buena redacción de las cláusulas de sometimiento a un mecanismo alterno de solución de controversias, considérense las siguientes como las mas frecuentes:

¹⁹³ Margaret L. Moses, ob. cit. 45.

- Falta de intención clara de someterse a un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Establecer expresamente que las partes desean en primera instancia, someterse a la mediación, y ante la ausencia total o parcial de la controversia, se someten automáticamente al arbitraje.

- Como lo hemos enfatizado en líneas anteriores, cuando existe error al establecer la institución administradora.

En el caso de med-arb, recordemos que son pocas las organizaciones que han incluido en sus estatutos, la factibilidad de utilización de mecanismos establecidos en cláusulas escalonadas. Lo mismo ocurre, en las legislaciones internas de cada país, considérese que no todos los países contemplan la posibilidad de inclusión de este tipo de cláusulas en sus contratos. De la misma forma, el problema persiste cuando se establece una institución administradora del proceso, y esta no tiene contemplado tutelar este tipo de mecanismos. Cuestiones de tiempo y operan en la misma magnitud bajo este concepto.

- Establecimiento de requisitos muy especializados o requisitos excesivos para el tercero neutral que fungirá como mediador-árbitro.

El supuesto puede darse cuando se establece una experiencia mínima para fungir como tercero neutral, pero en el momento que se presenta el conflicto, no existe individuo u organización que cumpla con este requisito. De igual forma, el establecimiento forzoso de plazos mínimos o máximos, para cumplimentar cada proceso, acarrea respuestas a preguntas como: ¿qué sucede si no se respetan los tiempos establecidos, independientemente que sea por error de alguna de las partes? O en su

caso, existe la obligación de pagar honorarios? La nulidad de la cláusula la deja sin efectos para futuras contiendas?, entre otras.

- Cumplimiento de requisitos de forma para que sean eficaces a través de los Tratados Internacionales.

Recordemos que tratados internacionales como la Convención de Nueva York, exigen que las cláusulas compromisorias consten por escrito; no obstante, conviene mencionar que de acuerdo a las investigaciones de James T. Peter,¹⁹⁴ si bien un acuerdo alcanzado en una mediación pura, es generalmente ejecutado como un contrato, la cuestión es entonces si el acuerdo mediado en el proceso med-arb, puede ejecutarse como un laudo arbitral, a la luz de la Convención de Nueva York, la anterior disposición no está cubierta.¹⁹⁵

Por el contrario, la CCI, expresamente ha dado cabida en sus reglamentos de mediación y arbitraje, al establecimiento de cláusulas escalonadas en los contratos comerciales.¹⁹⁶

- La capacidad de las partes para obligarse.

Como es de explorado derecho, se repudian nulos los acuerdos de las partes sujetos a alguna incapacidad en atención a la ley que es aplicable, o cuando el acuerdo no es válido por ser contrario a la ley aplicable.¹⁹⁷

¹⁹⁴ James T. Peter, Med-arb in international arbitration. The American review of International Arbitration, 8, (1), 1997. 82-117

¹⁹⁵ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958.

¹⁹⁶ Vid: Capítulo XVII. Marco normativo de la cláusula med-arb en el comercio.

¹⁹⁷ Vid: Código Civil Español, artículo 1302.

- Inclusión de figuras gubernamentales en la celebración de cláusulas de naturaleza alterna de solución de conflictos.

Algunas legislaciones permiten que sus servidores públicos, celebren con los particulares procedimientos alternos para a resolución de una disputa entre aquel y el ciudadano. Sin embargo, el problema radica cuando el funcionario carecía de facultades suficientes o de suficiente legitimidad para someter al Estado. O mas exhaustivamente, que la propia legislación no prevé un trámite como el consensuado de manera ilegal.

- Cláusulas que condicionan su ejecución en diferentes instituciones administradoras.

La probabilidad de avenencias puede suscitarse cuando las partes en la redacción de su cláusula de med-arb, establecen que la mediación se llevara ante una organización, y posteriormente el arbitraje deberá trasladarse a otra diferente. Considérese en este supuesto, en el caso de existencia de alguna responsabilidad por el mal manejo de la información por las partes de acuerdo a lo pactado en el contrato. Si bien ya es problemático determinar si hubo o no hubo violación en la confidencialidad de la información, ahora bien lo dificultoso que sería determinar quién es el sujeto que verdaderamente transgredió el pacto contractual

En mi opinión, el tema de las cláusulas patológicas demanda un estudio más a fondo, por el conjunto de caracteres y extensa combinación de deficiencias que pueden acontecer en la redacción de una cláusula de sometimiento a un método alterno de solución de conflictos.

Más aún, cuando en el presente caso se trata del análisis conjunto de dos procesos, que, de manera independiente ya figuran dentro de los estudiosos, las múltiples errores en la composición de sus cláusulas singulares.

De esa manera, la intención es brindar al lector, una breve visión de las múltiples posibilidades en que se puede incurrir en la redacción de una cláusula de sujeción de ADR, teniendo como resultado que aquél aún y que su perfeccionamiento y vinculación se encuentre justificado en los ordenamientos legales donde se pretende aplicar, carezca de la debida forma para ser exigido en la vía que se intenta.

4. Aspecto sustantivo

Finalmente, por lo que se refiere al perfeccionamiento de las cláusulas contractuales entre privados, en la mayoría de los países modernos, predomina el silogismo internacional de que aquellos son libres de estipular en sus contratos, todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido por las leyes,¹⁹⁸ cediendo la potestad de autocontrol y reglamentación de los contratos a la autonomía de la voluntad de las partes, como presupuesto rector de las relaciones entre privados.

Respetando el anterior principio, la redacción de la cláusula med-arb, no reviste mayor problema -contractualmente hablando-, ya que como imperativo legal se encuentra la voluntad de las partes de decidir lo que mejor se ajuste a sus necesidades; sin tener más limitante que el derecho de terceros y la tasación de estipulaciones que no vayan en contra de la ley.

¹⁹⁸ Ramón Herrera de las Heras, “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación”, Revista de Derecho Vol. XXV, Julio 2012. 176.

Un contrato entonces, como lo presupone Tom Arnold,¹⁹⁹ puede proveer la mediación, el arbitraje o ambos procesos. De esa manera, cuando un contrato solamente prevé para el proceso de mediación, las partes siempre y cuando así lo deseen, podrán acordar para arbitrar –posteriormente- si ellos no lo acordaron con anterioridad.

De esta forma, se surte en primer término, la hipótesis de considerar las estipulaciones de las partes en un contrato, como el espíritu de cumplir y obligarse a lo que ellas mismas quisieron y decidieron hacer.

Igualmente, si el acuerdo desarrollado por las partes, solo prevé para el proceso de arbitraje, las partes pueden siempre acordar que la disputa que sobrevenga se sustancie primeramente ante un proceso de mediación. Y de igual manera, la voluntad de las partes es suficiente, para el caso de una cláusula de mediación aislada, las partes puedan decidir que la misma se complemente con un arbitraje al concluir aquella.

Para ejemplificar lo anterior, y según la experiencia del propio Tom Arnold,²⁰⁰ en aquellos casos cuando sólo hay una cláusula de arbitraje, el mismo neutral med-arb, usualmente arriba después que la disputa y las partes lo han seleccionado por ser un árbitro experimentado en la materia; sin embargo, éste último puede preguntarles si ellos han considerado las ventajas y desventajas de la mediación, como procedimiento previo al arbitraje pactado.

Por tal motivo, a la luz de la teoría de los contratos, por lo que se refiere al consentimiento expreso de las partes, y la propia voluntad de contratar, que engendra el principio dispositivo de actuar de las partes en el ámbito de sus propias atribuciones, resulta viable la elaboración de las cláusulas de

¹⁹⁹ Tom Arnold en Gerald F. Phillips, ob. cit. p. 30

²⁰⁰ Tom Arnold en Gerald F. Phillips, ob. cit. p. 30.

contrataciones que establezcan o incorporen procesos mixtos de ADR como lo es la Cláusula Med-arb.

Llopis-Llombart,²⁰¹ lo identifica como la obligación compromisoria como precepto jurídico invocable, de donde nace el sometimiento contractual de las conductas de las partes a someterse a lo que ellas mismas y en pleno uso de su conocimiento quisieron obligarse:

“Los contratos” –prosigue el autor- “hay que cumplirlos tal y como se pactaron”; “el contratante debe desarrollar todo el programa prestacional”. La teoría general del contrato clásica: “exige que se cumpla lo pactado, todo lo pactado y en el modo pactado”. Y, como concreción última de esa exigencia, “cuando no se cumple”, “el contratante tiene derecho a exigir que el otro lo cumpla”; en suma, “si se incumple, se responde”.

Por ello, nos apegamos al fundamento legal de la cláusula med-arb, al derivar de la voluntad de las partes de transigir en sus contrataciones todo aquello que a ellas les interese, en los términos y condiciones que ellas mismas pacten, respetando en su libertad de actuar, aquellas materias reservadas al Estado.²⁰²

²⁰¹ Marco de Benito Llopis-Llombart, El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria (España, Editorial Aranzadi, 2010) 365.

²⁰² Vid: Capítulo XV. Marco normativo de la cláusula med-arb en el comercio.

X. LA CONFIDENCIALIDAD COMO REQUISITO “SINE QUA NON” EN LA CLÁUSULA MED-ARB

Para algunos autores, la mayor y obvia preocupación en el procedimiento med-arb con un mismo neutral, es el uso de las comunicaciones confidenciales expuestas en la mediación, y que puedan influir en la emisión del laudo arbitral.²⁰³

Según Marines Suarez,²⁰⁴ la confidencialidad es la capacidad de mantener el secreto. La palabra secreto viene del latín *secretum* y se refiere a una cosa reservada u oculta, algo que se mantiene en sigilo, en reserva.

En materia de métodos alternos de solución de conflictos, según Francisco Javier Gorgón Gómez,²⁰⁵ cuando hablamos de confidencialidad nos referimos a que ninguna revelación efectuada durante el procedimiento podrá ser divulgada o utilizarse en algún otro proceso, ni generar consecuencias económica-sociales.²⁰⁶

Así, podemos calificar con la cualidad de confidencial a algo que decimos o hacemos en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas, con este principio de confidencialidad se tiene la esperanza firme de que todo aquello que se tratare en cualquier procedimiento de mediación, conciliación o arbitraje, quedará reservado al mismo.

²⁰³ Kristen M. Blankley, Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the same neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case, *Baylor Law Review*. Vol. 63:2., 2011. p. 332. En el mismo sentido vid: Bartel en Gerald F. Phillips, ob. cit. 27.

²⁰⁴ José Benito Pérez Saucedo, La confidencialidad de los MASC, en *Mediación y Arbitraje. Leyes Comentadas y Concordadas del Estado de Nuevo León*, (coord.) Francisco Javier Gorjón Gómez y otros (México, Editorial Porrúa, 2009) 255

²⁰⁵ Ibid. p. 256

²⁰⁶ Francisco Javier Gorjón Gómez, Negociación de Créditos, problemas fiscales, problemas de credibilidad y mala fama. *Revista Jurídica Jalisciense*, Universidad de Guadalajara, Año 11, núm. 53, 2011. p. 126.

Siendo por ello, que la confidencialidad es una de las principales características -y podría llamarse también bondades- de los métodos alternos de solución de conflictos en contraposición con la vía judicial, lo que permite que ningún tercero ajeno a la controversia, tenga conocimiento alguno sobre la contienda de los particulares involucrados en el proceso alternativo, y que esos particulares puedan comunicarse con toda libertad sin la preocupación de que lo manifestado dentro del ADR elegido pueda ser divulgado.

Sin embargo, el principio de confidencialidad no solo atañe al conocimiento de terceros ajenos al procedimiento, sino también a las partes intervinientes. Para James Graham, el principio de confidencialidad no sólo se refiere a terceros ajenos al procedimiento de MASC, sino a los participantes y el facilitador del servicio alternativo, y la posterior recomendación para el establecimiento de un convenio de confidencialidad entre las partes que señale el tipo de medio alternativo a llevar, el deber de no revelar lo ocurrido en sesiones, las probables excepciones, penalidad en caso de incumplir, etc.²⁰⁷

De esa manera, la verdadera confidencialidad se logra, cuando esta tiene efectos en todas y cada una de las personas que se encuentran involucradas dentro del proceso alternativo de solución de la disputa, como para todos aquellos que son externos a dicha contienda. Roberto Bianchi,²⁰⁸ establece dos efectos de la confidencialidad:

- Para los hechos tratados entre las partes que no pueden ser usados en el exterior (en un juicio futuro, medios de comunicación, etc.)

²⁰⁷ James A. Graham, Guía Práctica para la ejecución de sentencias extranjeras, (México, Lazcano, 2006) 267.

²⁰⁸ Emilio Rodríguez Rodríguez, Conciliación y Mediación Penal, en Mediación y Arbitraje. Leyes Comentadas y Concordadas del Estado de Nuevo León, (coord.) Francisco Javier Gorjón Gómez y otros. (México, Editorial Porrúa, 2009) 245-250

- Para hechos tratados por el mediador con cada una de las partes individualmente, no pudiéndose transmitir a la otra salvo que el mediador sea autorizado para ello.

Por tanto, podemos hablar de una confidencialidad externa y una interna, las cuales, a manera de ejemplificar lo anterior, tienen consecuencias trascendentales, atendiendo a las necesidades y prerrogativas de las propias partes en disputa.

1. En relación con las partes intervinientes.

La confidencialidad se logra, cuando *todos los asistentes* a las sesiones conjuntas o individuales guardan absoluta reserva sobre lo ocurrido, escrito, dicho u oído, y que su revelación está prohibida.²⁰⁹

Juan Carlos Dupuis,²¹⁰ establece tres aspectos que cubre la confidencialidad:

- Frente a terceros. Las partes firman un convenio de confidencialidad y el mediador nada podrá revelar de lo ocurrido durante el procedimiento ni ser citado a juicio para declarar sobre ello. Esto facilita la resolución del conflicto, ya que permite a las partes explayarse con facilidad.
- Frente a la contraparte. Cuando el mediador recibe información específica o detallada sobre el conflicto por parte de un interesado, no podrá revelarla al otro, a menos que el primero lo permita.

²⁰⁹ Roberto Bianchi, *Mediación prejudicial y conciliación* (Argentina, Zavalia, 1996) 169

²¹⁰ Emilio Rodríguez Rodríguez, *ob. cit.* p. 252.

- Frente al tercero neutral. Cuando éste actuó en un procedimiento determinado, no podrá conocer en ocasión subsiguiente en otra instancia, ya sea como juez o como abogado, porque podría ciclar la confidencialidad.

Un tercero neutral debe de ser capaz de ignorar una mediación fallida y garantizar que el arbitraje no está afectado por información conocida durante la mediación. También, como en cualquier técnica de solución de disputas, el neutral debe ser capaz de ganar y mantener la confianza de las partes involucradas, tan bien como establecer y mantener credibilidad y fe en el proceso.²¹¹

El principio de confidencialidad,²¹² que rige la actuación del prestador de servicios de métodos alternos, impide que divulgue información y documentación recibida de una de las partes, tanto a las otras partes como a cualquier tercero.

De esa manera, el tercero que interviene en su carácter de neutral, carece de toda facultad que derive en poder divulgar o transmitir cualquier información u objeto inherente a un canal distinto del proceso; anterior obligación deviene de a forma contractual empleada, al caracterizarse como una obligación de no hacer aquello que no le está permitido.

No cabe duda entonces, que dentro de las personas que deben confidencialidad, no solamente encontramos a las partes contratantes ni el tercero neutral, sino toda persona que, de manera activa o pasiva, este en posibilidades de tener conocimiento de la problemática que se ventila ante cualquier método alternativo. Para ello, analicemos la confidencialidad desde la perspectiva de la mediación y arbitraje vinculados.

²¹¹ McLaren y Sanderon, en Megan Elizabeth Telford, ob. cit. pp. 6-12

²¹² Vid: Instituto Mexicano de Mediación, A.C. vid: Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre de España. vid: Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CNUDMI.

2. En relación al proceso. Mediación-arbitraje vinculados

El principio de confidencialidad se vuelve crucial para el éxito del método alterno en cuestión (med-arb), ya que la combinación de ambos procedimientos, inmiscuye diferentes roles que deben ser respetados por el tercero neutral interviniente, independientemente del carácter con que comparezca en cada una de las dos etapas.

Un med-árbitro competente, será capaz de superar el problema de las partes quienes están tentadas para restringir información durante la mediación: “él o ella será capaz para... revisar o bien demostrar alguna información confidencial sin traicionar la confidencialidad necesaria”.²¹³

De esa manera, y atendiendo a que, en lo individual, tanto la mediación y el arbitraje cuentan con prerrogativas reglamentarias que tienen por objeto regular la información recibida en el proceso, así como su uso y destino, carece de lógica pensar que con la vinculación de ambos procesos, la confidencialidad se verá disminuida o variada; sino por el contrario, al estar fuertemente enfatizada en ambos procesos como un principio rector, lo correcto es interpretar que la confidencialidad ha de aplicarse de una manera más rigurosa en la combinación de ambos procesos.

Entonces, la principal problemática no radica precisamente en la existencia o no de esa confidencialidad, la cual claramente a quedado al descubierto su gran protección de guardarla en ambos procesos, sino sobre la actuación de este tercero neutral que actuará en ellos; quien a verdad sabida, tendrá conocimiento de los pormenores del conflicto desde las perspectivas de las partes, desde dos ángulos distintos, primero en la mediación y posteriormente, en un arbitraje.

²¹³ Simkin William y Nicholas Fidandis, “Mediation and the dynamics of collective bargaining” (E.U.A., Bureau of National Affairs, 1986) 191-192

Siendo que lo trascendental es esa capacidad vulnerable del tercero neutral, para ser apto de dirigir ambos procesos, sin que su conducta pueda verse sesgada por alguna de las partes o de los objetos controvertidos.²¹⁴

3. La confidencialidad en el derecho internacional

Dentro de las principales organizaciones que prevén la confidencialidad como dogma de seguridad a las partes para el uso de los ADR, también se encuentra la CCI,²¹⁵ misma que siempre ha considerado el proceso confidencial, salvo en los casos cuando alguna de las partes tenga que revelarla por mandato normativo del derecho interno al que pertenece; siendo permisible a las partes reforzar a través de un acuerdo una cláusula autónoma de confidencialidad.²¹⁶

Por su parte, La ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional (artículos 8 y 9), también establece la confidencialidad como un requisito supremo, salvo el caso en que las propias partes dispongan lo contrario.²¹⁷

²¹⁴ Vid: Capítulo XII 2. El tercero neutral.

²¹⁵ Vid: CCI. El Reglamento de Arbitraje. 2012 se añadieron nuevas disposiciones para tratar temas como las controversias. Como el Reglamento ADR, al que sustituye, se puede utilizar para conducir otros procedimientos o combinaciones de procedimientos que tienen también por objetivo la solución amistosa de controversias, tales como la conciliación o la evaluación neutral. *Se alienta a las partes que deseen recurrir al arbitraje o a la mediación de la CCI, o a ambas, a que incluyan en sus acuerdos cláusulas apropiadas de solución de controversias. Las cláusulas recomendadas incluyen cláusulas escalonadas que proporcionan una combinación de técnicas y cláusulas que contemplan una única técnica.*

²¹⁶ El Reglamento CCI 2012, entre sus cambios mas significativos, es la incorporación de normas que tienden a armonizar al procedimiento desde el punto de vista de costo-eficiencia, agregando un Apéndice que mejora los tiempos y costos en el arbitraje y por supuesto, las nuevas Órdenes sobre Confidencialidad. <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>

²¹⁷ La CNUDMI se ha manifestado en contra de las cláusulas med-arb, precisamente por el riesgo que existe en la divulgación de información que pudiera darse en la figura del tercero neutral. La propia CNUDMI en materia de arbitraje, no contempla en ninguno de sus apartados la confidencialidad de la información dentro del proceso. Vid: Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html.

De igual manera, la Declaración de Principios Éticos de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), se ha pronunciado en el sentido de considerar al arbitraje como un proceso privado, donde tanto el cuerpo administrativo y los neutrales, tienen una obligación para mantener la información en confidencia, *respetando el derecho de las partes en caso de que no deseen hacerlo de esa manera.*²¹⁸

En concordancia con lo anterior, la apreciación objetiva de la confidencialidad en los ADR, no viola ningún principio rector de los que son ya reconocidos en los métodos alternos de solución de conflictos, mucho menos la confidencialidad de la información que es divulgada por las partes en el proceso, en todo caso, la verdadera violación no se presentará en la propia esencia del proceso, sino en la capacidad tanto ética y moral del prestador de servicios para cumplir con el reto de no verse influenciado por las debilidades que presenta su actuar en cada proceso (mediación y arbitraje).

Por ello, los centros internacionales de resolución de conflictos, se refieren a la confidencialidad como una obligación ética del prestador de servicios, por ser la función de éste la que pudiese ser vulnerada, y no propiamente como un impedimento del sistema. En efecto, si bien es cierto que tanto la mediación, conciliación y el arbitraje, en su concepción “pura” de aplicación, se encuentran blindados con principios que rigen la confidencialidad del proceso y de sus participantes, no menos cierto es que en materia de med-arb nadie se ha manifestado formalmente al respecto, por lo que en vista de esos precedentes, y en el afán de mantener plena confidencialidad del proceso, independientemente de la forma o sujetos por la que pueda ser revelada, la maestra Lozano Correa,²¹⁹

²¹⁸ Vid: Principios Éticos de la Asociación Americana de Arbitraje. Statement of Ethical Principles for the American Arbitration Association. American Arbitration Association. Dispute Resolution Services Worldwide. Disponible en: <http://www.adr.org/aaa/>

²¹⁹ Laura Lozano Correa, ¿Puede un med/arb actuar en dos procesos. Can a med-arb serve in two processes? Revista de Mediación. Año 5. N° 10. 2ª Semestre 2012.

recomienda que ambas instituciones hagan que las partes concluyan un acuerdo confidencial que prohíba la introducción en el med-arb, de toda información revelada o desarrollada durante el proceso y que de otra forma no se pueda descubrir independientemente.

Lo anterior se enriquece, al considerar que los fines y objetivos que persiguen cada uno de los dos procesos son totalmente distintos. En esencia, la mediación carece de interés sobre quien tiene la razón, ni que postura se ajusta más al derecho protegido por la ley, sino lo que verdaderamente interesa es advenir a las partes, en una ardua y constante tarea, para conseguir la plena comunicación entre ellas; para que, de una manera totalmente independiente de los malestares de la relación, así como por contingencias psicológicas que se presentaron con la otra parte, sean capaces de encontrar aquello que, considerando su BATNA, les permite resolver el conflicto independientemente de cual derecho sea superior al otro.

Por el contrario, en el arbitraje, el tercero neutral actuando como árbitro, tiene una participación totalmente diferente, ya que el principal objetivo que se persigue, independientemente de que se haya abierto el canal de comunicación o no, es velar por el cumplimiento de lo pactado por las partes en el contrato; y a su vez, para que en base de las consideraciones de derecho y material expuesto por ellas, el árbitro resuelva a través de un laudo quien tiene la razón.

Nótese entonces, que el camino tasado por cada uno de los procesos es distinto, siendo cierto que ambos tienen como objetivo resolver el conflicto; sin embargo, la manera de conseguirlo en cada vía es diferente atendiendo a su naturaleza, ya que la mediación de manera subjetiva, encuentra lo que las partes quieren, y busca equilibrar las fuerzas para que entren en esa zona de acuerdo (ZOPA por sus siglas en inglés).

Contrariamente a ella, el arbitraje de una forma totalmente objetiva, soluciona la problemática, única y exclusivamente con la evidencia presentada por las partes, sin considerar otros efectos colaterales (la relación, intereses, costes)

De esa forma, las partes son libres de adaptar la cláusula elegida a sus circunstancias particulares, por lo que la confidencialidad bajo este esquema, ya no resulta preponderante de considerar, en atención a las facilidades normativas que dejan ese apartado a la disposición de las propias partes. Los defensores del proceso med-arb,²²⁰ proponen algunas soluciones para los problemas de confidencialidad que se alcanzan:

- Previo a la utilización del proceso med-arb, que las partes consientan en la estructura de los problemas, y renuncien a cualquier causa que resulte de la acción.
- Los problemas de confidencialidad pueden ser disminuidos, pero no completamente resueltos, por la mediación de acuerdo a las sesiones conjuntas sin ser separados (privados o caucus).
- Que el tercero neutral haga caso omiso a la información aprendida durante la etapa de mediación, al determinar el laudo arbitral.

Por ello, los riesgos y limitaciones asociados con el quebrantamiento de la confidencialidad, pueden ser subsanados por el consentimiento informado de los participantes sobre las implicaciones que refiere la utilización de este proceso híbrido. Siendo que para efectuar un consentimiento informado, se *requiere* una discusión de las limitaciones y riesgos de med-arb, con lo que como valor añadido, incrementa la legalidad de ambos procesos.²²¹

²²⁰ Brian A. Pappas, ob. cit. p. 173-174

²²¹ Brian A. Pappas, ob. cit. p. 196

XI. PRINCIPALES VARIACIONES DE LA CLÁUSULA MED-ARB

1. La Cláusula Med-arb²²²

Como su propio nombre lo indica, la Cláusula med-arb impone contractualmente la obligación primero de acudir a un proceso de mediación, y posteriormente acudir a un proceso de arbitraje.

De esa manera, las partes primero intentan resolver sus disputas a través de la mediación, si la mediación no conduce a una resolución satisfactoria, entonces el proceso pasa a un arbitraje vinculante.²²³ No obstante, esta cláusula presenta variadas opciones como las que se ejemplifican a continuación:

a. Med-arb no vinculante (Nobinding med-arb)²²⁴

Este proceso, que es similar al “fact finding”, es el modelo tradicional de med-arb. La característica principal es que, tanto la etapa de mediación como la del arbitraje, *no son vinculantes* para las partes. Este proceso es peculiar, desde que la mayoría de las partes no estarán dispuestas a pasar por el riesgo que supone la inversión en tiempo y esfuerzo, en dos procedimientos no vinculantes.

Sin embargo, en disputas de alto perfil la decisión arbitral no vinculante, puede tener un impacto significativo para las partes, llevándolos ya sea para aceptar la decisión arbitral o para negociar un acuerdo previamente realizado por ellos mismos.

²²² El uso más sobresaliente de esta figura, fue en el Estatuto de Wisconsin, el 1 de enero de 1978, convirtiéndose Wisconsin en el primer Estado de Norteamérica en formalmente adoptar la figura de med-arb como un mecanismo de solución de disputas.

²²³ Extraído de Harvard Law School Library. (2015) Alternative Dispute Resolution Research. Med-arb/Arb-med. Mayo 18, 2015. <http://guides.library.harvard.edu/content.php?pid=442479&sid=4396465>

²²⁴ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 14.

Por otro lado, en disputas que carecen de este perfil, y en afán de retener las ventajas de med-arb sobre sus desventajas, algunas partes han usado esta variante de med-arb, donde el neutral primero actúa como mediador, para posteriormente única y exclusivamente ser un árbitro de asesoramiento.

El neutral está facultado para aconsejar o predecir a las partes el resultado probable si él fuera el árbitro, pero no desempeñará formalmente esta actividad; por lo que, si esta combinación de ambos procesos en esta modalidad no conduce a una resolución, las partes deberán acudir a otro neutral para un arbitraje final y vinculante.

b. Med-arb show cause²²⁵

Este proceso es similar al proceso tradicional med-arb. Donde inicialmente, se desarrolla la fase de mediación en los parámetros regulares y posteriormente se prosigue con un arbitraje.

Sin embargo, en esta ramificación, en la etapa de arbitraje el tercero neutral rinde solamente una decisión tentativa, la cual es presentada a las partes del conflicto para su consideración.

Continuamente, los participantes tienen la oportunidad para demostrar las posibles fallas en la decisión o para mostrar las causas del porqué el caso no debería haber sido decidido de esa manera. Posteriormente, el med-árbitro puede tomar en cuenta esas consideraciones y cambiar su decisión en la manera que estime oportuna.

²²⁵ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 14.

c. Med-arb plenario (Plenary med-arb)²²⁶

En el proceso med-arb plenario hay un solo neutral, a quien no le está permitido tener comunicaciones aisladas con alguna de las partes (ex-parte communication). Todas las comunicaciones, entendiéndose por estas tanto las orales como las escritas, deberán llevarse a cabo en reuniones conjuntas *plenarias*.

Esto elimina las preocupaciones de sesgo, pero esto también puede dificultar la efectividad de la mediación, siendo más desafiante para las partes el conseguir un acuerdo. No obstante, posiblemente se pierda parte de la esencia de la mediación, deslegitimando una parte importante del mismo, que se refiere precisamente al desarrollo de sesiones privadas con cada una de las partes.

d. Med-arb trenzado (Braided med-arb)²²⁷

La variación de med-arb trenzado involucra un solo neutral. Lo que lo identifica de los demás, es que la fase de arbitraje puede ser interrumpida por más esfuerzos de mediación, así que las partes tienen más oportunidades para buscar un acuerdo voluntario.

Sin embargo, esta variación puede violentar el Paragraph F Canon IV del Arbitrator Code de la AAA, cual específicamente desalienta a un árbitro de la presión de las partes para acordar o mediar.

En la fase de arbitraje, el neutral gana autoridad completa sobre el resultado y consecuentemente tiene poder substancial ante los ojos de las partes.

²²⁶ Richard Fullerton, Med-arb and its variants. Ethical issues for parties and neutrals. Med-arb Dispute Resolution Journal. The Colorado Lawyer Vol.38. Mayo/Octubre 2010. p. 58

²²⁷ *Ibíd.* ob. cit. pp. 58

Así, con la modalidad med-arb trenzada, las propuestas por el neutral pueden parecer coactivas y poner en peligro el principio de las partes de libre determinación. De esa manera, med-arb trenzado mejora las oportunidades para un acuerdo cooperativo.

e. Med-arb con opción de retirada²²⁸ (Med-arb with optional withdrawal)

Una preocupación significativa en med-arb, es la eliminación de las partes de su derecho de retirarse voluntariamente sin el compromiso de arbitraje. Esta preocupación podría ser eliminada permitiendo a las partes decidir si procederán al arbitraje en la terminación de la fase de mediación o bien al principio; es decir, la sumisión expresa a un arbitraje vinculante posterior e inmediato a la terminación de la mediación.

La posibilidad de las partes de retirarse en cualquier momento del proceso de med-arb, forzaría a las partes para participar en un nuevo esfuerzo de resolución de la disputa para asegurar un resultado final. En adición, la opción de retirada dará a las partes un incentivo para manipular la situación ofreciendo finalidad a la controversia, pero la retirada en el último momento.

f. Co-med-arb

El mediador y el árbitro escuchan presentaciones de las partes entre sí, pero el mediador procede a tratar de resolver el conflicto sin el árbitro, que

²²⁸ Ibid. p. 58

solamente se le llamará de nuevo a entrar en la negociación con el consentimiento de las partes o para servir como árbitro si la mediación fracasa.²²⁹

Sobre los procesos en que se emplea diferentes neutrales para el arbitraje y la mediación, Bartel²³⁰ ha sido partícipe en considerar que dicha optativa disminuye la eficiencia del proceso; así, elementos como el costo y el tiempo son factores que eliminan lo atractivo de los procesos med-arb.²³¹

2. La Cláusula Arb-med.-

El proceso de arb-med, por su contracción arb-med, se refiere al proceso donde se autoriza a una tercera parte neutral e imparcial para arbitrar, emitiendo un laudo, y después mediar.²³²

Caracterizado por recibir pruebas y testimonios proporcionados por los disputantes en un arbitraje, y posteriormente, conceder a las partes la oportunidad de mediar la disputa, facilitando la comunicación entre las partes en la mediación para permitirles alcanzar un acuerdo.

A falta de acuerdo, se emite el laudo arbitral y se vuelve vinculante para ellos.

De esa manera, si no hay acuerdo en mediación se abre el sobre y se aplica el laudo, a diferencia de med-arb simple, esta variante ofrece gran poder al árbitro cuando actúa como mediador en la parte de la negociación, toda vez que

²²⁹ Edna Sussman, Developing an effective med-arb/arb-med process, NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 2, No. 1, 2009.

²³⁰ Barry Bartel, Med-arb as a distinct method of dispute resolution: History, analysis and potential. Willamette Law Review, número 27, 1991. p. 668.

²³¹ En el mismo sentido Carrie Menkel-Meadow y otros, Mediation. Practice, policy and ethics (E.U.A., Aspen Publishers, 2006) 386

²³² Richard Fullerton, ob. cit. p. 58.

sus facultades de árbitro ya han sido utilizadas y depositadas en el sobre cerrado, donde a única salida para las partes para evitar la imposición del laudo dictado, es un acuerdo forzoso en la etapa de mediación.

En otras palabras, esta combinación informal de procesos frecuentemente empieza como un arbitraje puro que en algún punto durante el arbitraje se convierte en un acuerdo de negociación o en una mediación abiertamente determinada entre las partes en conflicto.²³³

Esta variación de su original med-arb, elimina los posibles problemas éticos que se presentan en aquél, y que se refiere al conocimiento de todas las comunicaciones dichas por las partes ante ese tercero neutral, quien primeramente fungió como mediador, y que pudiese estar sesgando y contaminando la rectitud del proceso.

No obstante, esta modalidad parece introducir dos nuevas preocupaciones:

- La primera se refiere a que las partes pueden sentir una mayor presión para alcanzar un acuerdo durante la fase de mediación del proceso arb-med, porque ellos están vinculados a las fuerzas relativas de sus casos y tienen un laudo vinculante colgante sobre la mediación.

Su única alternativa a que se les imponga dicho laudo vinculante, sería alcanzar un acuerdo mediado. Sobre el particular, no es de sorprenderse que arb-med esté acreditado con una tasa alta de acuerdos voluntarios.²³⁴

²³³ Michael E. Schneider, ob. cit. 4-10.

²³⁴ Richard Fullerton, ob. cit. p. 52-61.

De esa forma, la estructura del proceso arb-med, permite a cada parte evaluar su caso en el proceso de arbitraje después de escuchar el caso del oponente, siendo más fácil reconocer fuerzas y debilidades que podrían ayudar a encontrar un terreno común durante la mediación. Así las cosas, una vez cerrada la fase de arbitraje y que el laudo es elaborado, el neutral es libre de mantener audiencias personales de tipo “caucus” con cada parte durante la fase de mediación.

- La segunda preocupación que se tiene, es que después de que el laudo arbitral ha sido escrito, el neutral no puede cambiarlo, independientemente de los conocimientos adquiridos durante la subsecuente mediación, misma que para efectos de ejecutar el laudo resulta intrascendente si hubo o no arreglo por alguna de las partes en el proceso de mediación.

Lo realmente importante con las anteriores aseveraciones, es que si se reveló nueva información que podría alterar el laudo, el tercero neutral podría estar tentado a insistir y animar a un acuerdo mediado, en un afán de no revelar lo resuelto en el arbitraje.

No obstante, debe prevalecer el criterio a sostener que el arbitraje única y exclusivamente debe vela por el reconocimiento de un derecho en atención a las salvedades del caso que así lo demuestren; y la mediación, en base a estimulaciones comunicativas, favorecer la comunicación de las partes y no propiamente el resultado.²³⁵

Como se examina, la posibilidad de variaciones es tan amplia, como las cláusulas contractuales que las partes requieran y deseen agregar a sus estipulaciones contractuales. Por ello, la anterior clasificación, solamente es

²³⁵ Robert A. Baruch Bush, ob. cit. p. 115.

ejemplificativa y no exhaustiva de todas y cada una de las combinaciones existentes, cuestión la anterior que no es objeto de estudio en el presente trabajo.

3. Comentarios doctrinarios sobre ambos procesos

Para Jason,²³⁶ la investigación empírica realizada en los procesos med-arb y arb-med ha sido relativamente limitada. Este tipo de investigación solamente ha encontrado respuestas a los planteamientos siguientes:

- En cual etapa del proceso las partes más comúnmente alcanzan acuerdos,
- cual proceso mixto resulta en mayores resultados conjuntos,
- los efectos del mismo contra diferente tercera parte neutral²³⁷ y,
- la percepción de justicia de las partes.

Los hallazgos de dicha investigación sugieren que, teniendo un escenario de desarrollo fijo donde se tiene la certeza que una decisión vinculante será impuesta, puede mejorar la fluidez y todos los resultados de una negociación.²³⁸

Reconociendo que los diferentes procesos ofrecen diferentes fortalezas, algunos estudiosos han defendido la adopción de alternativas híbridas en los

²³⁶ Trevor Jason Sones, Choosing between med-arb and arb-med: an exploratory study. E.U.A.: VDM Verlag Dr. Müller, 2009. 20-22

²³⁷ Cuando escogiendo un proceso mixto las partes tienen una opción adicional de tener el mismo neutral para ambas etapas mediación y arbitraje, o tener una tercera parte diferente para cada etapa respectiva.

²³⁸ Trabajos de la investigación empírica

procesos de terceras partes. Ross y Conlon,²³⁹ fueron algunos de los primeros equipos de investigadores para evaluar las diferencias en estos procesos mixtos.

Su investigación demostró que para resultados de largo tiempo, el proceso med-arb proporciona mayores ventajas entre los dos procesos. Estas ventajas van de la mano con los resultados obtenidos, donde sugieren que en situaciones donde la relación a largo tiempo es importante, med-arb debe ser el proceso mixto escogido.

El proceso arb-med por otro lado, puede ser preferencial cuando la relación no es importante, porque eso promueve el intercambio de información, hacer concesiones y una alta frecuencia de acuerdos.²⁴⁰ De igual manera, los resultados de la investigación arrojaron que la relación de variables que se yuxtaponen en cada caso, puede tener un impacto sobre qué proceso las partes pueden preferir.

Finalmente, el tercer punto en que se especializó la investigación, se refiere al efecto que ocasiona la participación del mismo tercero neutral en ambos procesos, en contra del efecto de tener una tercera parte diferente en cada etapa del proceso (med-arb o arb-med).

La investigación en esta área, consistentemente mostró un soporte fuerte para optar en la mayoría de los casos *por que sea el mismo neutral el que participe en el proceso de dos fases*, alegando que es más constructivo para los disputantes para concentrarse plenamente en sus esfuerzos sobre la actividad de solucionar el problema, en lugar de dedicarle tiempo a otras tácticas de negociación.²⁴¹

²³⁹ William H. Ross y Donald E. Conlon, Hybrid forms of third party dispute resolution: theoretical implications of combining mediation and arbitration. The academy of management Review. Vol. 25, No. 2 (Abril, 2000) pp. 416-417.

²⁴⁰ William H. Ross y Donald E. Conlon, ob. cit. p. 425.

²⁴¹ Dean G. Pruitt, ob. cit. pp. 367-377

4. Otras variaciones

a. Medialoa²⁴² (Mediation and Last-Offer Arbitration)

En otro modelo común de med-arb, se combina la mediación con una última oferta de arbitraje. Medialoa se puede realizar con dos diferentes terceras partes neutrales o con el mismo si así se desea.

Si la mediación entonces culmina en fracaso, las partes se involucran en una oferta final de arbitraje, en la cual el árbitro debe escoger una posición final respecto de alguna de las partes.²⁴³

Este modelo ha sido usado en disputas de interés y queja (interest and grievance disputes), y atendiendo al objeto, puede tomar diferentes formas. En algunos modelos, la posición de “oferta final”, es escogida después del fracaso de la sesión de mediación. Su diferencias con las demás variaciones de med-arb, estriba en que en ésta, las partes proponen una última oferta en base a las consideraciones del caso, y el árbitro tiene que adoptar alguna de las dos.

b. Post-Arbitration Mediation²⁴⁴

En esta variación de med-arb, la mediación se realiza por el árbitro después de concluida la sesión de arbitraje, pero antes de que la decisión vinculante se haga conocida por las partes.

²⁴² Fernando Estavillo Castro, Mecanismos alternativos de solución de controversias. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005. p.230

²⁴³ Barry Bartel, ob. cit. p. 668.

²⁴⁴ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. 15.

Este modelo fue pensado para proporcionar un periodo como de “último recurso” para que las partes puedan negociar y llegar a su propio acuerdo a la disputa. La negociación es alentada bajo la amenaza, que se encuentra pendiente de conocerse por ellas, un laudo arbitral desconocido.

c. Superposicionando neutrales (Overlapping neutrals)²⁴⁵

Una variación de med-arb involucra usar dos neutrales, un mediador y un árbitro. Primeramente, el árbitro atiende las sesiones conjuntas de mediación como un observador y recibe todos los documentos intercambiados por las partes durante la mediación; de esta manera, el árbitro solamente se encuentra impedido para tener acceso a la comunicación privada entre el mediador y cada una de las partes.

Si un acuerdo es alcanzado, la fase de arbitraje es abandonada; si no, el mediador es excusado y el árbitro, en una audiencia de arbitraje, recibe las pruebas, y continua con el proceso hasta la resolución final, de acuerdo a las reglas de arbitraje adoptadas.

Este proceso es eficiente, porque si existe la necesidad de recurrir al arbitraje, el árbitro ya se encuentra familiarizado con todo el caso desde el principio; de igual manera, este proceso también ofrece la separación legítima para evitar un sesgo en el árbitro.

Dentro de sus características principales, está la de ser un proceso más costoso por la participación conjunta con dos neutrales. En adición, la preocupación sigue siendo que las partes aún están obligadas a renunciar de manera voluntaria a la porción de la mediación del proceso.

²⁴⁵ Richard Fullerton, ob. cit. 57.

Resulta difícil anticipar como esto afectará el comportamiento de las partes, ya que de igual manera, no se sentirán tranquilas en las comunicaciones con el mediador, a sabiendas que son observadas por un árbitro que será el encargado de llevar su proceso de arbitraje ante el fracaso de dicha mediación.

Como corolario de lo anterior, y aún con esas deficiencias en los sistemas, las investigaciones sugieren que teniendo al final de cada proceso una etapa fija, caracterizada por una decisión vinculante que será impuesta a las partes, en obviada de razones mejorará la fluidez y en general la operación y resultado de las negociaciones.²⁴⁶

²⁴⁶ William H. Ross y Donald E. Conlon, op. cit. 423-425.

XII. VARIABLES EN LA DETERMINACIÓN Y ELECCIÓN DE LA CLÁUSULA MED-ARB (IDENTIFICACIÓN DE INFLUENCIAS)

1. Consideraciones sobre la investigación

La investigación empírica a la fecha ha sido muy limitada por lo que concierne a las consecuencias que derivan del uso del proceso med-arb, las respuestas comúnmente buscadas se refieren:²⁴⁷

- Qué proceso híbrido resulta en mayores resultados conjuntos
- En cual etapa del proceso las partes más comúnmente alcanzan acuerdos
- Los efectos del mismo contra diferente neutral
- La percepción de justicia de las partes.

Al ser procesos relativamente nuevos, la identificación y el impacto de las variables que aparecen en estos procesos híbridos, se torna difícil de apreciación objetiva; sin embargo, sí resulta pertinente analizar las que han sido valoradas por los tratadistas en nuestros tiempos actuales.

En los procesos mixtos de reciente creación, existen un sinnúmero de causas denominadas variables, que influyen en la conducta de los individuos a la hora de elegir un proceso de solución de disputas sobre otro, en atención a los resultados que se esperan obtener del mismo.

²⁴⁷ Trevor Jason Sones, ob. cit. 28-32.

2. Variables significativas

Así, entre las variables más significativas, que han sido analizadas por diversos tratadistas en la materia, mismas que han influido en la elección del método alternativo que se ajusta a las necesidades de los particulares, y que recogen especial trascendencia, podríamos precisar las siguientes:

- La relación, de su acepción en inglés “The relationship²⁴⁸”
- El respeto a la otra parte, de su acepción en inglés “Saving face²⁴⁹”
- La voluntad de resolver el conflicto, de su acepción en inglés “Willingness to settle the dispute”²⁵⁰
- La percepción de justicia, de su acepción en inglés “Perception of fairness²⁵¹”
- El costo²⁵²
- El poder²⁵³
- El tiempo²⁵⁴

Estas variables, son determinantes por la influencia que ejercen sobre las partes para escoger un proceso mixto sobre otro, y en general, sobre cualquier

²⁴⁸ Stephen B. Goldberg y Jeanne M. Brett, op. cit. p. 263.

²⁴⁹ Sherry Landry, ob. cit. pp. 266-269.

²⁵⁰ Megan Elizabeth Telford, ob. cit. p. 20

²⁵¹ William H. Ross, Cheryl Brantemier y Tina Ciriacks. The impact of hybrid dispute-resolution procedures on constituent fairness judgments. *Journal of applied social psychology*. Volume 32, Issue 6, 2002. pp. 1151-1188.

²⁵² Donald E. Conlon, Henry Moon y K Yee Ng, Putting the cart before the horse: the benefits of arbitrating before mediating. *Journal of Applied Psychology*. Oct. 2002, Vol. 87 Issue 5, 2002. P. 978.

²⁵³ Kennet Kressel y Dean G. Pruitt G, *Mediation Research*. The Academy of management review Vol. 15, No. 3, 1984. pp. 539-542

²⁵⁴ Donald E. Conlon, Henry Moon y K Yee Ng, ob. cit. p. 978

mecanismo de resolución de controversias. De igual manera, estas pretensiones que son anheladas algunas por las partes, se pueden englobar en el impacto que ocasionan en los resultados que se buscan, tal y como se comentó en la parte segunda de esta exposición. (low-cost/high cost para las partes)

Así, dentro de las preferencias obtenidas de las investigaciones de los estudiosos en la materia, se observó que las personas estuvieron más satisfechas con el proceso de mediación que con el de arbitraje, en atención al efecto que obtuvieron sobre la relación de las partes.²⁵⁵ Es decir, la relación entre los disputantes no se vio afectada con la utilización de este proceso, lo que trascendió, es que un porcentaje importante no obtuvo lo que buscaba, al tratarse de un mecanismo que carece de una resolución vinculante para las partes.

Así, atendiendo a las bondades de la mediación en primer plano, cuando la relación en orden de importancia, es preponderante a las demás variables, la investigación sugiere que los disputantes podrían mostrar una inclinación para escoger este proceso como una propuesta inicial, para posteriormente encadenarlo a un proceso de med-arb. Por eso, en los resultados de las investigaciones realizadas a este proceso híbrido, se sugirió que entre las distintas variables, las personas dieron mayor importancia al mantenimiento de la relación entre las partes.²⁵⁶

La relación es interdependencia, génesis del conflicto. Por definición, la relación supone interdependencia entre las partes para coordinar la acción, negociar la comprensión y distribuir los recursos, la motivación para el conflicto es

²⁵⁵ Jeanne M. Brett, Zoe I. Barsness y Stephen B. Goldberg, The effectiveness of mediation: An independent analysis of cases handled by four major service providers, *Negotiation Journal*, julio 1996. pp. 266-267.

²⁵⁶ Trevor Jason Sones, ob. cit. pp. 32-36.

casi inexistente, el grado de interdependencia operativa da la medida probable del conflicto experimentado.²⁵⁷

No obstante lo anterior, otras investigaciones han demostrado que las preferencias de las partes para escoger el proceso de arbitraje sobre el proceso de mediación cambiaban, cuando ellas pensaban “*que el caso se convirtió en cuestiones de hecho o de derecho*”.²⁵⁸

Lo anterior se justifica, en la medida de que las partes consideraban que ante el incumplimiento de alguna de ellas a lo pactado contractualmente, preferían dejar la relación en segundo grado y optar por una decisión basada en las normas legales.

Esto se entiende, si se considera que las partes en su continua lucha por resolver el conflicto, advierten la negatividad de la otra parte de intentar resolver el conflicto amigablemente, por lo que está por demás justificado que las partes ante esta negativa constante de la parte incumplidora, procedan con las instancias correspondientes que garanticen el cumplimiento de la obligación debida.

De esa manera, las variables que se coligen del propio proceso med-arb, son una consecuencia reactiva de las partes que buscan complementar con algunas otras ventajas *adicionales* que les ayuden a obtener su cometido, con el menor coste posible. Lo anterior se entiende, en el caso de disputantes donde hay factores fuertes de hechos y derecho, y se ven involucradas por lógica, aparte de los intereses de las partes, variables como la percepción de justicia, el coste o el poder, caracterizándose por escoger en primer término, al arbitraje como una etapa inicial de un proceso de resolución de disputas mixto, llamado arb-med.

²⁵⁷ F. Javier García Castaño y Cristina Barragán Ruiz-Matas, *Mediación intercultural en sociedades multiculturales: hacia una nueva conceptualización* (España, Universidad de Huelva, 2004) 330.

²⁵⁸ Trevor Jason Sones, *ob. cit.* pp. 36-37.

Esta vía de actuar donde el arbitraje se agota previamente a la mediación, persigue un propósito meramente formal y objetivo, y que se refiere a que las partes independientemente de que existe la posibilidad de arreglo entre ellas en una mediación, tienen la garantía forzosa de que se ha dictado un laudo arbitral que pondrá fin a la controversia.

Lo lamentable en este supuesto, es que se está restando importancia a la relación entre las partes, lo que se traduce en esa falta de depósito de confianza en la contraparte, de que sea capaz de solventar categóricamente las diferencias que los acercan a la mesa de negociación, lo que pudiera ocasionar que una vez llegada la etapa de mediación, las partes no tengan la suficiente entereza para tratar de persuadir a las demás partes; ello, por considerar que un laudo ha sido dictado en términos contractuales.

Con ello, las variables antes precisadas pudieran englobarse para su estudio hipotético en dos grandes grupos:

- Primero, aquellas que se desenvuelven bajo la premisa de que la relación es lo más importante en el proceso.
- El segundo grupo, conformado por aquellas variables que vislumbran la solución del conflicto, atendiendo a la fuerza del caso.

Entendamos lo anterior, bajo la enmienda de que por un lado, las partes tienen especial interés en que, independientemente de que el resultado obtenido los beneficie o no, desean conservar la relación con la otra parte.

Por otro lado, cuando la intención manifiesta es conseguir resultados reconocidos en derecho que los beneficie, pasando la relación en un plano secundario o de menor consideración.

XIII. EVALUACIÓN DE LA CLÁUSULA MED-ARB Y ARB-MED

En el mismo sentido, también Ross y Conlon²⁵⁹ en sus investigaciones sobre este proceso, demostraron que para resultados de largo tiempo, med-arb proporciona mayores ventajas entre los dos procesos, favoreciendo a que, en situaciones donde la relación es importante, med-arb debe ser el proceso escogido. Siendo entonces que arb-med, puede ser preferencial cuando la relación no es importante, porque eso promueve el intercambio de información, concesiones y una alta frecuencia de acuerdos.

A través de la práctica, se han diversificado las opiniones de expertos que han avalado o no, el uso de este tipo de cláusulas híbridas, atendiendo a las repercusiones que estas pudieran presentar, adquiriendo mayor importancia:

- 1) el continuo desarrollo o permanencia de la relación entre las partes,
- 2) la importancia del caso (low cost/high cost), y,
- 3) la confidencialidad del tercero que fungirá como neutral en ambos procesos.

Diversas organizaciones internacionales como la CNUDMI en primer plano, han sido las encargadas de ir incluyendo en sus estatutos,²⁶⁰ este tipo de cláusulas híbridas o escalonadas como han sido identificadas en sus normativas. Siendo ahora importante, enfocarnos en los efectos que trae consigo la aplicación de una cláusula med-arb, donde la mediación es primeramente usada antes que el arbitraje; y posteriormente la cláusula arb-med, donde la mediación en este caso, es posterior al desenvolvimiento del arbitraje.

²⁵⁹ Conlon, NG y Moon en Trevor Jason Stones, ob. cit. 30.

²⁶⁰ Vid: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, su Reglamento y Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional y su reglamento.

Los resultados obtenidos de la investigación realizada, se pueden subdividir en cuatro hipótesis atendiendo a las preferencias que buscan las partes para salvaguardar sus intereses, preponderando en orden de importancia la relación o la fuerza del caso.

1. Hipótesis previstas en atención a la relación y la fuerza del caso

H1. Si la importancia de la relación es alta y la fuerza del caso es alta, entonces med-arb será el proceso preferido.

H2. Si la importancia de la relación es baja y la fuerza del caso es alta, entonces arb-med será el proceso preferido.

H3. Si la importancia de la relación es alta y la fuerza del caso es baja, entonces med-arb será el proceso preferido.

H4. Es incierto cual será el proceso preferido cuando la importancia de la relación es baja y la fuerza del caso es baja, siendo que ninguno persigue salvaguardar algún interés.

Tabla 2*

		Importance or Relationship (importancia de la relación)	
		High	Low
Strenght of case ²⁶¹	High	Med-Arb	Arb-Med
	Low	Med-Arb	Med-Arb or Arb-Med?

*Fuente: Trevor Jason Sones, ob. cit. pp. 25-27.

²⁶¹ Trad.: fuerza del caso. En esta investigación “fuerza” como es usado con la referencia de la variable del caso, se refiere a la probabilidad que uno tiene para ganar el caso en un problema sobre la base de la regla de la ley. Si la fuerza del caso es alta entonces hay una buena oportunidad que la parte gane su el problema fuere llevado a la corte.

En atención a lo anterior, nótese como de los resultados de la investigación, se desprende que lo que preocupa a las partes en sí, es el papel que desempeñará el tercero neutral para ambas etapas de este proceso híbrido, así como la relación que existe entre ellos, mostrando un soporte fuerte para tener el mismo tercero neutral, alegándose que es más constructivo para los disputantes para concentrarse en sus esfuerzos sobre la actividad de solucionar el problema sobre otras tácticas de negociación.²⁶²

Confronta lo anterior, las consideraciones antes expuestas, sobre las críticas que se hacen en que sean diferentes neutrales los que participen en este proceso híbrido, ya que en esencia, no presenta ningún beneficio en comparación a que la mediación y el arbitraje se lleven por cuerdas separadas de manera independiente.²⁶³

En lo que concierne a la relación, podemos decir que fue el indicador más fuerte sobre las consecuencias que persiguen las partes sobre la manera de resolver su conflicto, y el proceso de su elección.

Analícemos entonces, las deducciones que han tenido a bien emitir, los doctrinarios con respecto al cauce de estos procesos, y los efectos que son determinables a los mismos:

²⁶² Gerald F. Phillips, ob. cit. 27-30.

²⁶³ Michael E. Schneider, ob. cit. 12. “*El med-árbitro estuvo sobre todo más activo y motivado cuando se engancharon en ambos procesos, que cuando se hacía uso solamente de un proceso, usando a la misma persona, aclarando que eso resultaba ser mas eficiente y menos costoso que teniendo individuos separados para cada proceso.*”

2. Resultados para med-arb

- La mediación fue percibida como un proceso menos adversarial en relación con el arbitraje, lo que permitiría a las partes, ir escalando hacia medidas más rígidas en atención a los problemas que no fueran resueltos, y dejando en claro que las personas son más importantes que las cosas, lo que se traduce en un signo de benevolencia para el actuar de las partes.
- La relación entonces, fue el factor fuertemente influenciado para la elección del proceso mixto, la gran mayoría de los encuestados, identificó el proceso med-arb como el proceso preferido si la relación continúa con la otra parte.
- Los participantes en la mediación estuvieron más satisfechos con el proceso, y los efectos de la relación entre las partes fueron también más satisfechos con el proceso, haciendo notar que la relación entre las partes hubiera sido contrapuesta en caso de haber recurrido al arbitraje en primer término.²⁶⁴
- Sobre este tópico, también se encontró que la mayoría de los individuos escogerían en la mayoría de los circunstancias med-arb, porque eso proporcionaría una oportunidad primero para hablar acerca de la situación del conflicto, siendo que esto es percibido como menos adversarial.

3. Resultados para arb-med

- Los resultados de la investigación sugirieron, que este proceso con matices adversariales directos, es apto para resolver contiendas con efectos

²⁶⁴ Jeanne M. Brett, Zoe I. Barsness y Stephen B. Goldberg, ob. cit. p. 267.

inmediatos en el corto plazo, ya que debido al impacto económico que representa, la relación se posiciona en segundo término.

- Las partes se sienten más inclinadas para escoger arbitraje, cuando ellos piensan que el caso se convirtió en cuestiones de hecho o de derecho, donde atendiendo a las necesidades del caso, los disputantes carecen de preocupación por mantener la relación, dejando al arbitraje como proceso inicial.²⁶⁵
- Es altamente probable que la parte más fuerte, esté menos dispuesto para aceptar un proceso med-arb por la preocupación de sofocar su poder sobre la parte más débil. De esta manera, la parte que percibe que tiene más poder probablemente preferirá un proceso arb-med.²⁶⁶ Con esto se entiende, que esta postura sugiere que las partes quienes perciben que tienen a su favor una fuerza del caso alta, muy frecuentemente escogerán el proceso arb-med.

En consecuencia de los resultados obtenidos, Bartel²⁶⁷ ha llegado a la conclusión de que es altamente probable que la parte más fuerte estará menos dispuesto para aceptar un proceso tal como med-arb por preocupación de sofocar su poder sobre la parte más débil; de esta manera, la parte que percibe que tiene más poder probablemente preferirá un proceso arb-med. Considerándose por ello, al proceso med-arb como un procedimiento más justo y preferencial que arb-med.

En atención a los resultados obtenidos, la envergadura del tercero neutral reviste especial análisis, por las diversas facultades que se le pueden conferir en el desempeño de sus funciones como mediador y árbitro.

²⁶⁵ Jeanne M. Brett, Zoe I. Barsness y Stephen B. Goldberg, ob. cit. p. 266.

²⁶⁶ Barry Bartel, ob. cit. p. 670

²⁶⁷ Ibid. p. 661.

XIV. EL TERCERO NEUTRAL

El tercero neutral interviene en el proceso, como aquella persona que participará conjuntamente con las partes, para solucionar el conflicto que les atañe, o al menos tratar de solucionarlo. Las modalidades de intervención son muy variadas, según las atribuciones y facultades que le hayan sido conferidas por las partes.

El tercero neutral tiene que ser un ente capacitado en el manejo de relaciones interpersonales, si se trata de procesos auto compositivos como sería una mediación; y ser un experto en la materia sustantiva, sujeta a su consideración de fondo, si se tratase de un proceso heterocompositivo como sería el arbitraje.

Cuando esas capacidades de actuación se fusionan en una misma figura, las responsabilidades del tercero neutral presentan un nivel de importancia superior, que si fueran analizadas independientemente.

El mayor riesgo que tiene un mediador-árbitro es la carencia de capacidad para desempeñar *fielmente* con *eficacia* los roles de mediador y árbitro en el mismo supuesto conflictivo. La eficacia se refiere a que se cumpla cabalmente con la imparcialidad y flexibilidad que distingue al mediador. Lo anterior, bajo el supuesto que se entablen audiencias como caucus, ya que pudieran revelarse cuestiones emocionales importantes para la resolución del caso, pero por tratarse de una mediación no se contempla como una finalidad de resolución.

Ahora bien, cuando el tercero neutral se transforma en árbitro, surgen diversas cuestiones como las éticas, legales, sociales y económicas, que presuponen la existencia de una afectación en el actuar del ahora árbitro, por las discusiones íntimas mantenidas con las partes que hagan manifiesto un sesgo de

parcialidad hacia una de ellas. Esa parcialidad, puede deberse a un rasgo de empatía causado por dichas conversaciones, las cuales no revisten de importancia en el caso de la mediación pura; no obstante, en el caso de med-arb el árbitro tomará decisiones importantes basadas precisamente en su opinión del caso, donde la información divulgada durante la etapa de mediación puede causar agravios de influencia.

Entre la unificación de propuestas, Brian A. Pappas²⁶⁸ propone la realización de un consentimiento informado (informed consent), donde se logre un total entendimiento de los riesgos y beneficios que trae consigo la aplicación de cláusulas escalonadas.

Ese consentimiento informado que tiene como elementos la revelación, comprensión, voluntariedad, competencia y consentimiento,²⁶⁹ no es otra cosa que la plena seguridad de que las partes han entendido, permite corregir los defectos del proceso de med-arb, por lo que se refiere al manejo de la información por parte del tercero neutral, ya que como ha quedado aclarado, se trata de transacciones previamente acordadas por las partes haciendo uso de su derecho de voluntad para pactar lo que a ellas les convenga.

Por su parte, Gerald F. Phillips argumenta que el análisis del riesgo-beneficio de med-arb debería ser hecho por las partes y sus asesores, no por el neutral.²⁷⁰ En el mismo sentido, también previene, que es imperativo para el mediador-árbitro describir los beneficios y críticas de ambos procesos y que el alcance de med-arb debería siempre estar en manos de las partes.

²⁶⁸ Brian A. Pappas, ob. cit. p. 189

²⁶⁹ *Ibid.* p. 195

²⁷⁰ Gerald F. Phillips, ob. cit. p. 26.

1. Responsabilidades del Tercero Neutral (Mediador-Arbitro)

Esta investigación también ha servido para hacer conciencia que frecuentemente, la causa que origina los conflictos entre las partes son por defectos en la comunicación, faltas de entendimiento, entre otras deficiencias comunicativas, donde la responsabilidad del mediador es ayudar a interpretar correctamente el espíritu de las connotaciones que constituyen el conflicto, y de esa manera llegar a soluciones justas y no legales, consensuadas por las mismas partes involucradas en la contienda.

Con menor frecuencia, las potencialidades del conflicto hacen que quede insubsistente el anterior planteamiento, por lo que la necesidad de respuesta inmediata hacia el conflicto no resuelto, hacen suponer la correcta aparición de arbitraje como solucionador heterocompositivo y resolutor definitivo de la controversia.

Otra vez siguiendo a Gerald F. Phillips,²⁷¹ la llave para la efectividad del proceso med-arb, es la confianza y respeto que las partes tienen en la integridad del neutral. Para ser más efectivo, el neutral debe ser no solo un experimentado mediador y árbitro, sino también una persona que es bien vista en la industria involucrada.

El riesgo inminente para un med-arb, o al menos el que reviste mayor importancia a la luz del tema tratado en esta investigación, es que ese tercero neutral no sea capaz de diferenciar y desempeñar los papeles de mediador y arbitraje correctamente en el mismo asunto.

En efecto, la persona es la misma, aunque los papeles sean diferentes, ocasionando que exista esa inseguridad de su correcto actuar, que pudiese

²⁷¹ Gerald F. Phillips, ob. cit. 28.

ocasionar una fisura en el desenvolvimiento de cada proceso, y en cierta medida, se pierda la eficacia del proceso med-arb.

Lo anterior es así, ya que el tercero neutral en cada una de las etapas, tendrá conocimiento íntimo de las posturas, intereses y evidencias que fueron comunicadas por las partes, donde el deber de aquel es utilizarlas única y exclusivamente en el proceso para el que fueran proporcionadas, o al menos, esa es la pretensión que se tiene de ello.

Ese deber de exclusividad de la información para cada proceso, es lo que aparentemente resulta difícil de corroborar, al no existir tangiblemente una herramienta que compruebe lo anterior, teniendo únicamente al alcance el dicho y actuar del med-arbitro. Sobre el particular, cabe señalar que los límites de actuación de los mediadores y árbitros, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, encuentran ni un ligero cruce en sus esferas de aplicación.

De esa forma, lo que se busca es mantener la integridad de cada uno de los procesos, que aseguren la *imparcialidad e independencia* del tercero profesional en sus actuaciones, primeramente como mediador y posteriormente como árbitro.

Nótese entonces, que esa información propagada en la primera parte del proceso (mediación) por las partes, puede verse clasificada por el tercero neutral como relevante, y ser llevada como probanza a la segunda etapa del proceso (mediación), lo equivaldría a considerar una parcialidad a alguna de las partes por el tercero neutral.

Por ello, esa *imparcialidad* que deviene forzosamente de no haber respetado el principio de confidencialidad de los procesos, puede dar motivo al cuestionamiento por las partes de la decisión final, argumentando aquellas, que

se vieron perjudicadas en la etapa del arbitraje por el actuar del mediador-árbitro, por las revelaciones ocurridas en la etapa de mediación.

Al efecto, analicemos lo anterior desde otro punto de vista, cuando las argumentaciones vertidas por las partes en la etapa de mediación, el mediador prejuzgó la situación cuando se presentaba la evaluación de los méritos del caso, teniendo como consecuencia, que antes de proceder al arbitraje y analizar la debida evidencia, el mediador-árbitro ya se encontraba con la suficiente información para emitir un laudo.

De igual manera, también pudiera pensarse, que el árbitro pudiera tomar algún tipo de represalias en contra de alguna de las partes en el proceso de arbitraje, por no haber prestado atención a sus consejos mientras “mediaban” para resolver el conflicto.²⁷²

Estas contingencias, pueden dar motivo a que se les descalifique como mediadores o como árbitros; no obstante, y atendiendo a la flexibilidad de los ADR, será labor del árbitro para minimizar los riesgos en ambos procesos, que limiten el uso de aquellas técnicas que puedan entrañar desconfianza, aún y que resulten en medidas más eficaces a sus esfuerzos de resolución.

Por esta y otras situaciones, han sido pocas las instituciones,²⁷³ que han incluido en sus reglamentos un tratamiento especial al proceso med-arb, por lo delicado que resulta el salvaguardar el apartado de la confidencialidad en su

²⁷² Laura Lozano Correa, ¿Puede un med/arb actuar en dos procesos. Can a med-arb serve in two processes? Revista de Mediación. Año 5. N° 10. 2º Semestre 2012.

²⁷³ La CCI en su última reforma, ha incluido en sus reglamentos de mediación y arbitraje las llamadas cláusulas escalonadas, que permiten eslabonar previa o simultáneamente la mediación y el arbitraje de forma conjunta.

desarrollo; sin embargo, esto no es motivo suficiente para desacreditar el proceso med-arb.²⁷⁴

Siguiendo a Moore,²⁷⁵ la actuación del med-árbitro, en algunas variaciones de med-arb, destacaría por tomar una decisión basada únicamente, sobre la zona reducida o acordada por las partes durante la mediación; o en su caso, atendiendo a la voluntad de las partes, pudiera estamparse la obligación de no hacer, en el sentido de que todo lo actuado en la etapa de mediación, no sea considerado en la siguiente etapa de arbitraje.

Y cuando lo anterior no sea requerido, las partes deben confiar en la alta moral para conducir ambos procesos por el tercero neutral, recordemos que esa es la esencia que los precursores de los ADR, la buena fe y la voluntad para solucionar los conflictos. Donde, en el pero de los cosas como acertadamente se se ha condicionado, recurrir a cláusulas restrictivas sobre el uso de la información en med-arb.

No obstante, si bien las partes pueden acordar los requisitos de procedibilidad del proceso med-arb, no pueden renunciar a los requisitos de su imparcialidad e independencia.²⁷⁶ La imparcialidad e independencia de los árbitros es parte del orden público procesal, siendo ineludible hacer un breve estudio sobre los alcances de protección de la independencia e imparcialidad de que tanto se habla en su intervención esencial en los ADR, específicamente en las cláusulas escalonadas.

²⁷⁴ El CEDR del Reino Unido (Centro para la Resolución eficaz de conflictos), tiene un reglamento para arbitrajes internacionales, en su artículo 7 se lee que cuando un árbitro con motivo de su implicación en la resolución de conflictos, considera que su capacidad para seguir siendo imparcial o independiente se ve afectada por las dudas, tendrá que dirimir. Asimismo, también prohíbe que un “med-arb”, tenga reuniones “caucus” con una de las partes sin que esté presente la otra, de esa manera no hay sesión preliminar y el árbitro no obtiene información de las partes a menos que se haya compartido con la otra parte.

²⁷⁵ Moore en Megan Elizabeth Telford, ob. cit. pp. 5-6.

²⁷⁶ Alexander J. Bělohlávek, Subjective and objective impartiality of arbitrators and appointing authorities as a part of procedural public policy in arbitration, (coords. y otros) en Independence and Impartiality of Arbitrators 2014 (E.U.A., Juris Publishing, 2014) 73

a. Independencia e imparcialidad

La independencia y la imparcialidad son consideradas trascendentales, por ser principios fundamentales de ambos procesos de arbitraje y de mediación.²⁷⁷ Donde su propósito recae cabalmente, en la neutralidad del tercero externo que resolverá la contienda. De esa forma, la neutralidad debe entenderse como un principio ético principal.²⁷⁸

Ahora bien, ambos procedimientos de acuerdo a sus definiciones, a pesar de ser diferentes, parecen tener la misma conexión ética sobre la imparcialidad. No obstante, los términos de independencia, imparcialidad y neutralidad, pueden ser confusas.

De acuerdo a la interpretación que hace el Black's Law Dictionary,²⁷⁹ imparcial es un sinónimo de sesgado o desinteresado; e independencia, significa ausencia de: a) abstención del control o influencias de otro, b) abstención de asociarse con otra entidad, y, c) abstención de depender de algo o alguien más.

Finalmente, neutralidad del latín *neuter*, que significa ninguno de ellos, se refiere a la condición de rechazar a tomar partido en una disputa, o ser parcial o sesgado.²⁸⁰

De esa manera, la imparcialidad es la total ausencia de un neutral de considerar preferencias en favor de alguna de las partes en conflicto; en otras palabras, vendría a significar el desinterés con respecto al resultado del proceso;

²⁷⁷ Martin Svatos[^], Independence and Impartiality of arbitrators and mediators – The castor and pollux of the ADR world?, en Independence and Impartiality of Arbitrators 2014, ob. cit. 229.

²⁷⁸ Kai von Lewinski, Professional Ethics in Alternative Dispute Resolution, 15 (3) IDR 150, 2004. 150

²⁷⁹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary, 10th Edición (E.U.A., West Group, 2014) 839.*

²⁸⁰ *Ibíd.* p. 322.

entonces, la presencia de un sesgo, causa ausencia de imparcialidad, y viceversa, la ausencia de un sesgo significa imparcialidad.²⁸¹

Armonizando dichos conceptos, el término neutral se caracteriza por ser una cualidad de alguien que es imparcial, a diferencia de lo anterior, la independencia viene a denotar un alcance más específico, relativo a la relación de cualquier tipo (económica, personal, política, etc.) entre el neutral y alguna de las partes.

De esa manera, la relación entre imparcialidad e independencia pueden ser atributos del tercero neutral de manera aislada; es decir, para la existencia de uno, no se requiere forzosamente la subsistencia del otro. Así, un tercero neutral puede ser independiente, pero ser parcial con el resultado. O en el otro extremo, ser imparcial con el resultado, pero estar sujeto a un tipo de dependencia con alguna de las partes.

Lo anterior no reviste especial problema, cuando se atribuyen dichas características de manera aislada a un mediador o árbitro, que solo actuara única y exclusivamente en uno de los dos procesos. La relevancia se incrementa, cuando existe confusión de roles (mediador y árbitro) en la misma persona, siendo necesaria la restricción respectiva de las facultades del tercero para solucionar la contienda.

b. Restricciones del mediador-árbitro

La actuación de cualquier prestador de servicios de solución de conflictos, sabe que su actividad se encuentra regulada, en primera instancia, por la

²⁸¹ Martín Svatos[^], ob. cit, p. 232.

institución que representa, y al contrato de prestación de servicios que lo complementa.

De esa manera, la autonomía de los terceros neutrales, se constriñe a lo expresamente pactado por las partes, y por el objeto perseguido con el método de solución empleado, lo que pareciera difícil de dilucidar, son las posibles repercusiones que surgen cuando se combinan tanto esa autonomía de un mediador con la autonomía de un árbitro, que como lo hemos aprendido, si bien persiguen la misma finalidad de resolver el conflicto, cada uno de ellos lo hacen a través de su propio procedimiento.

Atento a ello, la problemática de permitir o no, que sea una misma persona quien actúe en calidad de mediador y árbitro en la misma controversia; donde la *parcialidad* parece inevitable y la *independencia* del tercero neutral pareciera que reviste matices de debilidad, amerita una consideración en segundo plano, de las regulaciones existentes al respecto, sobre la conducta de los terceros neutrales.

Por ello afirmamos, que la verdadera problemática se centra en la actuación de ese tercero neutral, y no propiamente del procedimiento, el cual a la luz de las permisiones legislativas, no presenta ningún inconveniente para ser considerado como de imposible realización jurídica ni material, siendo entonces la conducta y confidencialidad del med-árbitro, la que en todo caso debe ser regulada, por la tan demostrada concatenación de funciones.

c. Vinculación entre mediadores y árbitros

La vinculación que interesa entre los mediadores y árbitros es esa fuerte convicción de solucionar la disputa que se les presenta; pero no solo solucionarla a su merced, sino dentro de los parámetros acordados por las partes y atendiendo

a que el neutral no puede apartarse de su obligación de defender los derechos esenciales para un proceso justo en general. No obstante, esa convicción se piensa que se debilita cuando se propone que la misma persona funja en ambos procesos.

Una característica importante de este proceso, es preponderar que son las propias partes las que desean que la misma persona sirva como mediador y árbitro, fundamentando lo anterior en las ventajas que ya han sido expuestas y consideradas en apartados precedentes.

XV. REPERCUSIONES POSTERIORES A SU IMPLEMENTACIÓN

Tal y como lo ha sostenido Susan B. Meek,²⁸² las partes especialmente necesitan conocer las consideraciones éticas, sociales, psicológicas morales, tanto de ellas mismas como de las otras partes, en relación con el uso de los métodos alternos de solución de conflictos.

Lo anterior adquiere sustento, al considerar que las necesidades, deseos y frustraciones de las partes, son diferentes entre cada una de ellas, a la vez que son cambiantes en cada conflicto que enfrentan.

De esa forma, las partes al optar por un pacto contractual donde se prevea el uso de un mecanismo como med-arb, deben de ser capaces de considerar las consecuencias que derivarán de su voluntad a utilizar un procedimiento de esta naturaleza, así como su conformidad para cumplir lo que se acuerde.

Así, las partes al celebrar un convenio incluyendo la cláusula med-arb, no se deben limitar a declarar que quieren algo, o de que forman lo obtendrán, sino realmente la esencia del mismo estriba, en considerar la intención directa de obligarse a cumplir con los términos pactados, y sus consecuencias. En otras palabras, más que declarar su voluntad, se comprometen a hacer algo, sobre algo.

En el caso que sometemos hoy a reflexión, el proceso med-arb instituye entre las partes, la obligación de sujetarse a una forma determinada de resolver las disputas planteadas, primero a una mediación con resultados positivos factibles, y ante el fracaso de lo anterior, el sometimiento inmediato, a un arbitraje vinculado, con resultados estimados en derechos.

²⁸² Susan B. Meek, ob. cit. pp.54.

Dicha obligación se funda, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, y como todas las demás obligaciones –principalmente las contractuales– en un imperativo avalado por las normas respectivas, donde no hay otro impedimento para su correcto funcionamiento, que la voluntad y la buena fe de las partes intervinientes como característica fundamental de los métodos alternos de solución de controversias, para que se pueda llegar a los resultados pretendidos.

No obstante lo anterior, la efectividad de los procedimientos med-arb, no está exenta de encontrarse con obstáculos procesales que dificulten el cumplimiento de sus fines. Por lo que resulta conveniente, estimar las repercusiones posteriores que la utilización de estos procedimientos pudiera acontecer.

1. Éticas

La ética son los estándares que se aplican en todas partes sobre lo que es correcto o incorrecto en una situación específica, o un proceso para establecer tales estándares. Es diferente de la moral, la cual son las ideas individuales y personales de lo correcto y lo incorrecto.²⁸³

La ética pretende entre sus postulados, normar las reglas de convivencia, a través de dos enfoques fundamentalmente diferentes del razonamiento ético. El primero puede llamarse la ética del resultado final, en el cual la rectitud de una acción se determina al evaluar los pros y los contras de sus consecuencias.

El segundo, es un ejemplo de lo que se denomina ética del deber, en el cual la rectitud de una acción se determina mediante las obligaciones de uno para

²⁸³ Roy J. Lewicki y otros, Fundamentos de Negociación, 4º ed. (México, McGraw Hill, 2008) 169

apagarse a principios, leyes y estándares sociales uniformes que definen lo que es correcto e incorrecto y dónde está la línea.²⁸⁴

Las anteriores percepciones, no debe confundirse con aspectos de moralidad, definida esta como las ideas individuales y personales de lo correcto o incorrecto, ya que esto conllevaría a sujetar a apreciaciones subjetivas los efectos de la cláusula med-arb en consideración de los individuos y no propiamente del sistema regulatorio.

La ética según lo expone Meek, es una consideración importante en la mediación como lo es en la práctica de la ley;²⁸⁵ y en general, en todos los mecanismos alternos de solución de controversias. Más aún, cuando se trata de la participación de un mismo tercero neutral en dos procesos que revisten matices distintos.

Cuando las personas hablan con un abogado, un padre, un psiquiatra, o un doctor, lo más probable que se espera, es que la conversación se mantenga en confidencialidad. En la mayoría de los casos, esa conversación se encuentra protegida con privilegios, y los profesionales tienen deberes éticos para no revelar esas comunicaciones donde la privacidad era esperada.²⁸⁶

Entonces, los problemas éticos que devienen del uso de información confidencial, atañen en general a todos los individuos en el desempeño de sus funciones, lo que se traduce en el cumplimiento de un deber, muchas veces impuesto por las propias leyes.

²⁸⁴ Ibid. p 169.

²⁸⁵ Susan B. Meek, ob. cit. 197.

²⁸⁶ Carrie Menkel-Meadow y otros, Dispute Resolution. Beyond the adversarial model, (E.U.A., Aspen Publishers, 2005) 420.

En el proceso med-arb en particular, y tal y como lo sostiene Fullerton,²⁸⁷ las partes pueden no estar conscientes de los compromisos éticos que existen comparados con la mediación tradicional y el arbitraje puro, donde cada uno de ellos en lo individual, cuenta con sus respectivos Códigos de Ética, encargados de disciplinar a los terceros neutrales, en sus actividades laborales.

Por ejemplo, concediendo sus derechos de retirada en cualquier momento del proceso, puede causar en ellos, una presión mayor para negociar y afectar el camino en el que ellos interactúan durante la mediación. O contrario a lo anterior, podrían sentirse que se vulnera su principio de libre determinación, por la eliminación de la participación voluntaria en ambos procesos.

Otro problema ético que pudiera presentarse, es el relativo a la parcialidad del tercero neutral, por la habilidad del neutral en participar en comunicaciones “ex parte”.

De esa manera, med-arb y sus variaciones pueden tener resultados satisfactorios y/o prácticos, pero aparentemente ninguno ofrece protección simultánea en atención a los estándares éticos para ambas etapas del proceso (mediación y arbitraje).

Por ello, aún y que el árbitro en med-arb conoce las circunstancias *especiales* como mediador, la propia ética del árbitro,²⁸⁸ lo obliga a considerar solamente los aspectos que como árbitro le incumben, dejando a un lado todo lo que tuvo conocimiento como mediador. Ello se debe entender así, porque el med-árbitro se ostenta como conocedor de esta disciplina y por obviedad de circunstancias, debe ser capaz de asimilar que dicha información fue aportada

²⁸⁷ Richard Fullerton, ob. cit. p. 59-60.

²⁸⁸ American Arbitration Association. Código del árbitro. Arbitrator Code Canon III

para los propósitos claramente establecidos de la mediación, y no para considerar su uso en otros campos de batalla, como lo sería el subsecuente arbitraje.

Sin embargo, el problema permanece, ya que med-arb no tiene garantías procesales en contra de los efectos de la información confidencial. Conociendo esto, una parte podría “tomar ventaja de este proceso” tratando de persuadir al mediador –incluso introduciendo información engañosa- para posteriormente influir en el laudo final; y peor aún, esa información podría ser protegida por confidencialidad en el arbitraje y no sujeta a desafío en juicio.

Esta problemática como vemos, se agudiza debido a que el proceso med-arb, como un proceso híbrido, carece de un procedimiento universalmente aceptado; sin embargo, creemos que la respuesta se encuentra en la propia formación profesional que tengan los terceros participantes como las partes, reforzados por los Códigos de Ética que en su momento se elaboren respecto de esta nueva figura alterna de solución de conflictos.

Como complemento de lo anterior, la prosperidad de estos mecanismos se dará en la medida en que las partes elaboren cláusulas compromisorias lo más perfeccionado posible, donde se establezca y se aclare –entre otras cosas- lo siguiente:

- Que las partes acuerden en un protocolo detallado ambas fases de mediación y arbitraje. Estableciendo los tiempos mínimos y máximos de cada fase, con lo que se evita el problema ético de que el tercero neutral force o limite sus actuaciones en cada etapa.
- Determinar si el proceso de med-arb iniciará primeramente con una mediación o con el arbitraje, lo que garantiza que el tercero neutral no pretenda establecer a capricho, el orden de los procesos que desarrollará,

para que a falta de un acuerdo completo, el mediador cierra la mediación e inicia la fase de arbitraje o viceversa.

- Finalmente, por lo que se refiere a las “ex parte comunicaciones”, precisar si será permisible las reuniones individuales entre cada una de las partes con el mediador, o todas las reuniones se harán de manera conjunta como ocurre en el arbitraje puro.

De esa forma, las preocupaciones de los usuarios serían subsanables ante el exhaustivo entendimiento de las diferencias entre med-arb y los principios aceptados en la práctica de mediación y arbitraje, y donde se consideren redacciones claras al entendimiento pleno de los contratantes.

Uno de los variados neutrales,²⁸⁹ cuya residencia se encuentra en California, EUA, ha escrito: “*Las partes pueden estar completamente informadas de los problemas éticos y decidir renunciar alguna objeción que ellos puedan tener del proceso med-arb...*”. De esa manera, no cabe duda que la responsabilidad recae directamente en las partes contratantes, ya que es ahí donde nace toda disposición que limita o faculta al prestador de servicios de mediador y árbitro, en su actuar una vez que ha surgido el conflicto, por lo que las cuestiones éticas parecen ser subsanables bajo este postulado.

Entendido lo anterior, bajo la percepción de que aún y la información conocida por el tercero neutral en la mediación, y en un supuesto afán de intentar usar dicha información recibida en esa fase, pero ahora en la mediación, puede restringirse dicha facultad para evitar su utilización.

Como adición a lo anterior, como herramientas de control cabe precisar las Reglas de Ética de la AAA y ABA, que se han desarrollado para regular la

²⁸⁹ Gerald F. Phillips, ob. cit. p. 44.

conducta de los árbitros. Estableciendo, que aunque no es impropio que el árbitro sugiera a las partes que hablen de la posibilidad de un acuerdo o del uso de la mediación, o de otro proceso de resolución de conflictos, un árbitro no debe ejercer presión sobre ninguna de las partes para que lleguen a un acuerdo o utilicen otro tipo de proceso de resolución de conflictos.

En el mismo sentido, el Modelo de Estándares de Conducta para mediadores (Model Standards of Conduct for Mediators), adoptado por la AAA, ABA y ACR, ha prevenido la imparcialidad, el posible conflicto de intereses, y la confidencialidad de la información –entre otros supuestos- ventilada en un asunto, para los riesgos que pudieren acontecer en un futuro.²⁹⁰

De esa forma, la eficiencia del proceso med-arb, aún y con sus respectivas deficiencias éticas que pudieran acontecer en su implementación, son prevenibles mediante la utilización de los Códigos de Ética de Mediación y Arbitraje, en la elaboración de las cláusulas med-arb, así como las demás prerrogativas que se analizaran en la última parte de este análisis, elaboradas por diversas organizaciones internacionales como la CCI y la CNUDMI.

2. Sociales

La confidencialidad de la información, tiende a ser un elemento crucial en las negociaciones internacionales de las personas en el mundo actual. En su afán de salvaguardar la integridad de sus representados, los negociadores buscan

²⁹⁰ Algunos neutrales en casos de med-arb, reclaman que sea posible pasar por alto la información confidencial adquirida durante la fase de mediación y argumentar que el riesgo de adulteración de dicha información en la fase del arbitraje es limitada. - Mediator Standard VI, Paragraph 8: Un mediador no se comprometerá a un rol en una resolución de disputas adicional en el mismo asunto *sin el consentimiento de las partes*. - Canon IV Arbitrator Code similarmente estatuye: “un árbitro no debería presentar o de otra manera participar en discusiones sobre el acuerdo o actuar como un mediador *a menos que haya sido requerido para hacerlo por todas las partes*.”

sistemas que atiendan a esa necesidad, y doten de seguridad jurídica los expedientes respectivos, donde se ventila un procedimiento donde participan empresas de eje comercial internacional.

Sobre ese panorama, en materia comercial, son principalmente las partes contendientes las que sufren los daños causados en la instauración de cada vía que promueven en defensa de sus intereses.

No obstante, nos inclinamos a considerar que una de las principales repercusiones positivas que trae este emparejamiento de procesos med-arb en los habituales métodos alternos de solución de conflictos, estriba en considerar que, *el eslabón* que se logra con la mediación y el arbitraje, impide en cierta manera, que las partes ante una mediación fallida pura, desistan rotundamente en la nueva utilización de los métodos alternos de solución de controversias (un posterior arbitraje por ejemplo) y decanten por someterse a la ya muy debatida vía judicial.

Esta postura, claramente se traduce de nueva cuenta en una descomposición del sistema de impartición de justicia, por la nueva frustración que se produce, al estar expuestos a nuevas contiendas que devienen de una fallida mediación. Sin embargo, recordemos que con el proceso med-arb, las partes tendrán la oportunidad de acudir posteriormente a un arbitraje antes de acudir a la vía judicial de que hablamos.

Como anteriormente lo analizamos, con med-arb no se formaliza un precedente de trascendencia en la sociedad comercial, las partes siempre estarán dispuestas a aventurarse en un nuevo formato de solución de controversias basado nada más que en las propias características decididas, para poder facultar una resolución lo más apegada posible a lo contractualmente pactado por las partes.

Para algunas disputas la confidencialidad es importante, para proteger la reputación de los disputantes, para evitar la vergüenza, o evitar la revelación de secretos comerciales a la competencia; así, donde hay una preocupación acerca de la confidencialidad, es más difícil usar el valor del *precedente* de una resolución de la disputa; por ello, las organizaciones son forzadas a balancear el deseo de un precedente con la necesidad de confidencialidad.²⁹¹

3. Económicas

Los factores económicos, juegan un papel en todos y cada uno de los procesos en que participa el ser humano, siendo que las negociaciones comerciales en que participan las personas, no escapan de la consideración en este apartado.

Entre los ya explicados beneficios que presentan los ADR frente a la común impartición de justicia del Estado, podrían resaltarse los relativos a los gastos en que se incurre en la tramitación de cada una de las instancias en que se instaura una vía de solución del conflicto.

Vivimos en un mundo, donde los recursos cada vez son más escasos, nunca hay suficiente para todos, aún y con el efecto de la globalización, los mercados presentan deficiencias que se traducen en el detrimento de las economías de los comerciantes, que en su afán de permanecer en operaciones, buscan eficientizar sus bienes, en los que se incluye una mejor alternativa de resolver los conflictos en los que se encuentran inmiscuidos día a día.

Lo que ofrece un proceso med-arb, como su nombre lo indica, es la unificación de dos procesos alternativos en uno solo, y de acuerdo a una

²⁹¹ Alan J. Stitt, ob. cit. p.68.

operación aritmética simple que se haga, presupone una disminución en los gastos que en general, realice un comerciante al ventilar un proceso de mediación y otro de arbitraje de manera aislada e independiente.

En efecto, dentro de las repercusiones económicas que se pueden solventar con los procesos híbridos, en específico de la mediación y el arbitraje conjuntos, es que med-arb consiste en una mediación en una primera etapa, y posteriormente los obliga con el arbitraje. Podríamos citar las consideraciones de Francisco Gorjón,²⁹² en plena concordancia con el estudio de este trabajo:

“... entre las ventajas que se pueden encontrar en la aplicación de estas formas alternas, para resolver controversias se destaca:

- Implican una reducción en los gastos de defensa y mayor rapidez en la solución de los problemas.*
- Son un factor que contribuye a mantener las relaciones sociales, comerciales, familiares y de cualquier otro tipo, entre los participantes en conflicto.*
- Propician la inversión de capitales, al dar seguridad jurídica a los inversionistas.*
- Facilitan y fortalecen los intercambios y relaciones comerciales.*
- Son los instrumentos de solución de conflictos aplicables en el ámbito internacional, coincidentes con la apertura comercial de nuestro país.*
- Permiten destinar el tiempo en la resolución de las controversias que sólo puedan resolverse a través de la vía judicial.*
- Eliminan la cultura de la confrontación como único camino para resolver los conflictos.*
- Dan mejor calidad de vida para las personas que enfrentan un conflicto.*
- Proporcionan a las personas más opciones para la solución de sus conflictos.*
- Dan a los participantes la posibilidad de decidir el lugar y forma como desean solucionar su controversia.*
- Previenen la comisión de delitos.”*

²⁹² Roberto de J. Treviño Sosa, Análisis de la exposición de motivos de la Ley de Métodos Alternos de Solución de Conflictos, en Mediación y Arbitraje. Leyes Comentadas y Concordadas del Estado de Nuevo León, ob. cit. 77.

Las anteriores consideraciones se ven potencializadas a su bajo riesgo, con la implementación de un proceso único med-arb, ya que recordemos que todo aquello que una persona deja de hacer o se ve afectado en su realización en el tiempo, tiene repercusiones económicas en el patrimonio de quien las sufre.

4. Jurídicas

Las consideraciones jurídicas, siempre serán las más importantes, al ser las que detonan lo legal o ilegal, lo permitido o lo prohibido de la sociedad constituida en el Estado de Derecho, y las que brindan de certidumbre a las partes para su continua participación en el uso de los ADR. Lo anterior se complementa, con la seguridad jurídica en la que se incluya que el proceso elegido por las partes, será de obligatorio cumplimiento, y donde se respeten las formalidades del procedimiento acordado.

De esa manera, ese acuerdo de las partes, de solventar sus diferencias en aquellas materias que se les permite, suplica el respaldo por los ordenamientos jurídicos correspondientes, donde la voluntad de las partes sea ese motor que impulsa la solución de los conflictos, en la manera predispuesta por ellas mismas en sus acuerdos contractuales, y a lo anterior, recaiga una permisión institucional que los faculte para ello.

La justificación legal de éste proceso híbrido, fomenta ese respeto a la voluntad de las partes de optar por aquel proceso no adversarial en primera instancia, que ayude al perfeccionamiento de las relaciones, y las sitúe en un plano de igualdad y respeto mutuo, pero sobre todo, de capacidad para entender las necesidades y el porqué del actuar de la otra parte. Y solo ante la rotunda capacidad de las partes en conflicto en la mediación, se insista en esa seguridad jurídica de que hablamos, de que el conflicto llegará a su fin, por ventilarse una resolución en los términos pactados con un árbitro.

La repercusión positiva de lo anterior es contundente con los fines del Estado por lo que se refiere a su continua necesidad, de eficientizar los Tribunales de impartición de justicia, esto conlleva a abrir otros canales a los existentes de solución de conflictos. Lo que en términos porcentuales, prediseña una nueva forma de atenderlos, y seguir descongestionando el acceso a los Tribunales del Estado.

Empero, recordemos que no existen aún organizaciones de medios alternos de solución de conflictos, que expresamente extiendan un protocolo de responsabilidades y consecuencias para las partes que opten por el uso de esta plataforma que defendemos. Más aún, su permisión se limita a traspasar a las partes, su inclusión o no de cláusulas escalonadas, pero sin precisar los alcances de las mismas.

Por tal motivo, las consecuencias legales son muy variadas, en atención a que el peso de su incorporación en la vida comercial internacional, no se encuentra plenamente analizada, y se obstaculiza lo anterior, al ser las propias partes a través de su voluntad, las que autoricen o no incluirlas en sus contratos.

Esa variación estriba también, en tratarse de procesos de reciente creación, cuyas morfologías y patologías que pudiera presentar, no son susceptibles de conocerse en el presente, sino que se irán adecuando en la medida que la experiencia y práctica vaya sacándolos a flote.

No obstante, la esencia de cada proceso no puede variarse, siendo que el legislador dentro de su marco normativo, estructuró el objeto y finalidad de cada uno de los procesos, de igual manera imponiendo sanciones a los infractores del cuerpo legal. Siendo con lo anterior, que los usuarios e intermediarios en estos mecanismos, no se encuentran exentos del cumplimiento de sus obligaciones enmarcadas por la propia ley.

XVI. CONSIDERACIONES FINALES A LA TERCERA PARTE

Los elementos clave que configuran el buen funcionamiento del proceso med-arb, en primera instancia, será el convenio que establezca la sumisión; en el que se establezca fielmente a la decisión de uno o varios neutrales en sus distintas facetas de mediador y árbitro, los cuales actuarán de acuerdo a las delimitaciones pactadas por las partes; atendiendo siempre a las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir y la libre disponibilidad de dichas materias conforme a derecho.

Así, el proceso debe entenderse que nace de la autonomía de la voluntad, misma que se encuentra delineada únicamente en los límites de su propio ejercicio, establecidos por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dicha voluntad tiene como espíritu de su accionar, introducirse en la actividad contractual de las partes, en su afán de darle efectos preventivos a sus pretensiones futuras. En otras palabras, procurar la estabilidad contractual, garantizando a las partes que en caso de controversias existirá un mecanismo constituido que dirimirá de acuerdo a esa voluntad sobre lo establecido en el contrato.

El valor añadido a esta prevención, es que las partes han modelado la resolución de su controversia de manera caprichosa a sus intereses, sin estar supeditada a la incertidumbre, que precisa someterse a un Tribunal del que se desconocen sus miembros y que ha sido impuesto de manera aleatoria (TJE)

Nótese entonces, que ahora los particulares pueden diseñar de manera contractual el mecanismo ad hoc que resuelva sus diferencias; pero sobre todo, sin perder la potestad de recurrir a sus propios medios auto compositivos.

Por ello, los contratos se deben suscribir con el ánimo de negociar de una manera ventajosa para las partes, incluyendo la previsión sobre los momentos difíciles que pueden suscitarse con motivo de la ejecución del mismo. Para que, surgiendo el conflicto, no sea necesario discutir sobre las formas de solucionarlo, ya que el mismo ha sido confeccionado y delimitado por las partes. Así, la cláusula med-arb solidifica el procedimiento deseado y permitido por las partes.

Lo anterior se sustancia en la plataforma legal, bajo la liberalidad que consagra el Código Civil, en materia de la forma de los contratos, al decretar que los mismos serán obligatorios, *cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado*, cuando concluyan las condiciones esenciales para su validez.²⁹³

Así, en analogía con el arbitraje, la posibilidad de estructurar libremente el procedimiento deseado, distingue a los ADR de las rigideces y formalismos de los procesos judiciales ya controvertidos con el objeto de esta proposición, en donde esas estrictas reglas para hacer valer las demandas de las partes.

Consecuentemente a lo anteriormente puntualizado, la viabilidad y consolidación del proceso med-arb en un sistema jurídico, precisa necesariamente un reconocimiento y regulación *expresa* que se haga del objeto de las cláusulas med-arb.

Para ello, como hemos precisado, desde la perspectiva internacional, ya existe una tendencia hacia la extensión de la libertad de forma, de esta manifestación de la voluntad de las partes, y prueba de ello, es la inclusión de cláusulas escalonadas en organizaciones como la CCI y la CNUDMI, que abordaremos en la última parte de este estudio.

²⁹³ Vid: Artículo 1278 del Código Civil.

CUARTA PARTE

XVII. MARCO NORMATIVO REFERENCIAL DE LA CLÁUSULA MED-ARB EN EL COMERCIO

1. Organizaciones en el derecho internacional

Las disputas laborales, fue la primera área significativa en donde fue usada la mediación en los Estados Unidos de América,²⁹⁴ en un continuo afán de salvaguardar la economía y los problemas sociales que los acechaban con motivo de las guerras mundiales, lo que sentaría el primer precedente para su incorporación como mecanismo de solución de conflictos en el ámbito internacional.

Con la restauración económica, que ahora derivaba en la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, los flujos e intercambios, no solamente mercantiles, sino también de naturaleza poblacional, cultural y social, a nivel mundial, son la causa de la sociedad postindustrial, careciendo de novedades en los ordenamientos legales, siendo la única innovación jurídica el nacimiento del contrato.²⁹⁵

Como resultado de lo anterior, el ámbito de aplicación de la mediación, ha sido extendido desde entonces, al derecho internacional, siendo variadas las organizaciones las que han propiciado su utilización en los derechos internos de cada país.

En el caso del arbitraje, su institucionalidad dotada de resultados contractuales vinculantes, derivados de una normatividad que autorizara su funcionamiento y dotara de legalidad las consecuencias que derivaran del mismo.

²⁹⁴ Susan B. Meek, ob. cit. p. 175.

²⁹⁵ Francesco Zappalá, *Universalismo Histórico del Arbitraje*, Colombia, Pontífice Universidad Javeriana, Núm. 121, 2010. pp. 193-216.

Pero actualmente, no todas las resoluciones a los conflictos encuentran cabida simplemente por estar contenidos en una disposición contractual que asegura su cumplimiento. Es necesario, en palabras de John Blankenship,²⁹⁶ que los procedimientos de ADR, sean adaptados y combinados para adaptarse a las necesidades de una disputa en particular. Siendo la noción, que un tamaño no sirve para todos, y que la flexibilidad y elección son las características primordiales de los procesos alternativos de solución de disputas.

Hasta hace unos años, la CCI y la CNUDMI, se habían pronunciado en el sentido de no permitir o autorizar el uso de cláusulas escalonadas o mixtas, en virtud de la problemática que representaba el hecho que una misma persona se ostentará con dos personalidades distintas en el mismo negocio.

Sin embargo, dentro de las novedades introducidas en los nuevos reglamentos y leyes de las anteriores organizaciones internacionales, recientemente se ha permitido el uso de este tipo de cláusulas híbridas y escalonadas, interpretando que dicha proyección descansa, en la teoría contractual de las partes de poder acordar con sus semejantes, todo aquello que deseen y quieran y no se encuentren impedidas por mandamiento legal o institucional alguno.

Así, la implementación de nuevos sistemas busca efficientizar esa flexibilidad que caracteriza a los ADR, la cual deriva de esa autonomía privada de que hablamos, que doma a estos mecanismos, y donde éstos, son muy respetuosos para con aquella.

Por eso, dicha flexibilidad caracterizadora, es una de las mayores ventajas de los ADR, en comparación con otros mecanismos en el comercio internacional, donde les es permisible a las partes enfocarse en resolver sus conflictos, sin tener

²⁹⁶ En Brian A. Pappas, pp. 190

que sujetarse estrictamente a los obstáculos que presentan los procedimientos formalizados ante leyes inamovibles.

A su vez, esa flexibilidad que existe en el tráfico internacional, se respalda con esa salvedad que la solución al conflicto será de acuerdo a los intereses de las partes. En efecto, los ADR están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho.²⁹⁷

Lo anterior no quiere decir que exista un ilegal actuar de las partes para solucionar del conflicto, sino por el contrario, la normatividad se encauza a salvaguardar en primera instancia, los intereses y voluntad de las partes en conflicto, sin soslayar los matices legales que revisten el proceso elegido, ni mucho menos posibles derechos de terceros representados por el Estado.

Como sabemos, en el comercio internacional esos intereses de las partes, se traducen en factores principalmente de tipo económico, mismos que al poder ser apreciables en dinero, dan margen de actuación a las partes, para la elección de soluciones más flexibles y no propiamente apreciables como derechos fundamentales de justicia.

a. La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

i. Objetivo

La Cámara de Comercio Internacional, fundada tras las consecuencias devastadoras de la Primera Guerra Mundial, por empresarios en su continuo afán

²⁹⁷ Carolina Macho Gómez, Los ADR –alternative dispute resolution- en el comercio internacional. Doctoranda en Derecho Internacional Privado. Universidad de Cantabria. Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2013, Vol. 5, No 2.

–y como lo mencionamos en la primera parte de esta exposición-, de coadyuvar con la restauración de la paz internacional, facilitando la resolución de los conflictos comerciales.

La incitación obedeció, al continuo crecimiento globalizado de la participación de los Estados en el comercio internacional, y la relación de sus nacionales con los extranjeros, formulando políticas comerciales en sus dos niveles de gobierno –nacional e internacional-, caracterizadas por sus reglas y herramientas facilitadoras de las transacciones comerciales internacionales.

La CCI asegura la transparencia, justicia y eficiencia en el proceso de solución de controversias de acuerdo a sus respectivos reglamentos, caracterizándose por proporcionar a las partes *una constante libertad* sobre la elección de las formalidades del procedimiento, sin variar su esencia, y sobre la actividad del tercero que fungirá como tercero neutral.

b. En relación al proceso med-arb

Especializada en administración de procesos de mediación y arbitraje, el Reglamento de Mediación, vigente desde 2014, introduce novedades partidarias de nuevas formas de utilización de los ADR; entre las que destacan, la conducción de procedimientos, y un nuevo reconocimiento amplio a la flexibilidad de éstos.

Las reformas a los Reglamentos de Mediación y Arbitraje, reflejan la necesidad de adaptarse a los tiempos modernos, prestando especial énfasis a otros procedimientos o combinaciones de procedimientos ya existentes, que tiendan a la solución amistosa de los conflictos.

Con ello, se alienta que se incluyan cláusulas apropiadas de resolución de conflictos, que especifiquen realmente las necesidades de las partes. Cabe precisar que, dentro de las cláusulas recomendadas, se incluyen las “cláusulas escalonadas”, mediante las cuales se realice una combinación de procesos para constituir una nueva técnica de solución.

Esa combinación de procesos avalada por el nuevo Reglamento de Mediación, se encuentra enriquecida con la referencia adicionada del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Precisamente en su apartado relativo a las “Cláusulas de Arbitraje de la CCI”, que reserva un rubro denominado Cláusulas escalonadas, mismo que a la letra establece:

CLÁUSULAS ESCALONADAS

*El arbitraje de la CCI se puede utilizar como foro para la determinación final de la controversia después de un intento de solución por otros medios tales como la mediación. **Las partes que deseen incluir en sus contratos una cláusula de solución de controversias en diferentes etapas que combine el arbitraje de la CCI con la mediación de la CCI deberán referirse a las cláusulas modelo relativas al Reglamento de Mediación de la CCI.***

También son posibles otras combinaciones de servicios. Por ejemplo, se puede utilizar el arbitraje como recurso posterior al peritaje o a los dispute boards. Asimismo, puede que las partes que recurran al arbitraje de la CCI deseen prever el recurso al Centro Internacional de ADR de la CCI para que este proponga un perito si se precisa un dictamen pericial durante el arbitraje.

(énfasis añadido)

De esa manera, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, permite que se pueda usar el arbitraje *después* de un intento de solución por otros medios como la mediación. Agregando que en el supuesto anterior, cuando las partes deseen incluir en sus contratos una cláusula en diferentes etapas que combine arbitraje y mediación de la CCI, deberán referirse a las cláusulas modelo relativas al Reglamento de Mediación de la CCI.

Dicha referencia al Reglamento de Mediación, propone cuatro tipos de cláusulas relativas al proceso regulado, siendo optativo para las partes su incorporación o no, así como las distintas modalidades que presenta el reglamento.²⁹⁸

- Cláusula A, establece la opción para utilizar el Reglamento de Mediación de la CCI
- Cláusula B, establece la obligación de considerar el Reglamento de Mediación de la CCI.
- Cláusula C, establece la obligación de someter la controversia al Reglamento de Mediación de la CCI, paralelamente que se autoriza el procedimiento de arbitraje
- *Cláusula D, establece la obligación de someter la controversia al Reglamento de Mediación de la CCI, seguida de arbitraje, cuando así se precise.*

Nuestro análisis se centra en la última de ellas, la relativa a la obligatoriedad de someter la controversia al reglamento de Mediación de la CCI, y posteriormente de manera vinculada, al arbitraje cuando así se haya acordado por las partes; por ser ésta, la que hace referencia al objeto de este trabajo en relación con las cláusulas escalonadas.

D) Obligación de someter la controversia al reglamento de Mediación de la CCI, seguida de arbitraje, si se precisa.

En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al

²⁹⁸ Vid: Reglamento de Conciliación de la CCI, disponible en <http://www.iccwbo.org>

Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.

Ahora bien, de la interpretación armónica de los anteriores observaciones, se precisa la unidad de dos procesos en uno solo (mediación y arbitraje), en el primero, otorga a las partes un plazo de 45 días o el que ellas pacten, para que lleguen a un acuerdo consensuado a través del proceso de mediación sugerido, siendo que a falta de solución a final de ese período, el conflicto será ahora resuelto a través de un árbitro y conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI.

La Clausula D, como se precisa en el Reglamento, cambia la posición por defecto del Artículo 10(2) del Reglamento de Mediación de la CCI, que permite iniciar procesos judiciales, arbitrales o similares en paralelo con el procedimiento establecido con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. Bajo esta opción, se prohíbe iniciar procesos simultáneos, lo que no precisa exactamente la utilización de una cláusula escalonada, ni gozar de los beneficios propuestos con su utilización.

De esta forma, nótese que el beneficio pretendido, es la solución forzosa del conflicto, en una primera parte, se hace de manera autocompositiva usando la mediación, y, posteriormente y ante el fracaso de la propia auto composición, la potestad de resolución deviene a un tercero (árbitro) para que de manera heterocompositiva y de acuerdo a lo pactado por las partes, resuelva la cuestión planteada.

No obstante, de la anterior interpretación que se haga de las disposiciones, se desprenden dos aspectos importantes, que es necesario individualizar su estudio, para una mejor comprensión de los alcances que reviste:

- **El primero de ellos, expresamente establece la funcionabilidad del procedimiento a través de una mediación, seguida de un arbitraje vinculante; lo que equivaldría de acuerdo a los estudios de esta tesis, a ser considerada como una “cláusula med-arb”. Sin embargo, la disposición es omisa en darle sustento normativo a otro tipo de cláusulas escalonadas, como lo sería la cláusula arb-med, que según se ha definido en esta exposición, se trata en primera instancia de un arbitraje, seguido posteriormente de la mediación.**

Según se advierte del conjunto de disposiciones de ambos Reglamentos de la CCI (arbitraje y mediación), es factible concluir que los anteriores supuestos si se encuentran permitidos y considerados para ser utilizados en los contratos comerciales, según lo explico a continuación.

En efecto, del apartado (3) del artículo 1 del Reglamento de la CCI, se dispone:

“Artículo 1

(...)

3 La mediación se utilizara con arreglo al Reglamento a menos que, antes de la confirmación o del nombramiento del Mediador, o con el acuerdo del Mediador, las partes convengan un procedimiento de solución diferente o una combinación de procedimientos de solución. El término “mediación”, tal como se utiliza en el Reglamento, se refiere a dicho procedimiento o a dichos procedimientos de solución, y el término “Mediador” se refiere al tercero neutral que conduzca el o los procedimientos de solución en cuestión. Sea cual fuere el procedimiento de solución utilizado, el término “Procedimiento”, tal como se utiliza en el Reglamento,

se refiere al proceso que comienza con el inicio y que finaliza con la conclusión de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

...”

A la luz de la anterior ordenanza, se prevé que la mediación se utilizará con arreglo del propio reglamento, a menos que las partes *convenga un procedimiento de solución diferente o una combinación de procedimientos de solución*. Bajo esa perspectiva, es dable deducir que las partes pueden aunado al procedimiento de mediación, convenir una solución diferente de procedimientos, pudiendo referirse a cualquier procedimiento que las partes así acuerden, donde tendría cabida perfectamente el procedimiento arb-med (arbitraje y mediación)

Sin embargo, lo anterior se traduce en una clara modificación a las disposiciones expresas del Reglamento, ya que se trata de incluir en las labores de administración del Centro, un proceso del cual expresamente no se les faculta a las partes, como sería el proceso arb-med. Bajo esa apreciación, se estima necesario transcribir el contenido del apartado 4, del artículo 1 del Reglamento de Mediación:

“...

4 Todas las partes podrán acordar la modificación de cualquiera de las disposiciones del Reglamento; no obstante el Centro podrá decidir no administrar el Procedimiento si, a su juicio, considera que tal modificación no se ajusta al espíritu del Reglamento.

...”

Véase entonces que, si bien es cierto que a las partes se les consiente acordar la modificación de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, también es cierto que dicha tolerancia se encuentra limitada al juicio del Centro, ya que de considerar que tal modificación no se ajusta al espíritu del Reglamento, *podrá* decidir no administrar el procedimiento. El vocablo “podrá” -como es sabido-

denota posibilidad, por lo que no obliga forzosamente al Centro a no administrarlo, aún y que las modificaciones no se ajusten al espíritu del Reglamento.

Como corolario de lo anterior, conviene hacer mención al contenido del inciso h), apartado (i), del Apéndice IV, del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que en la parte conducente dice:

Técnicas Para La Conducción Del Caso

Los siguientes son ejemplos de técnicas para la conducción del caso que pueden ser usadas por el tribunal arbitral y las partes a fin de controlar el tiempo y los costos. El control apropiado del tiempo y los costos es importante en todos los casos. En casos de baja complejidad y valor, resulta particularmente importante asegurar que el tiempo y los costos sean proporcionales a lo que este en juego en la controversia.

(...)

h) Arreglo de controversias:

(...)

(i) informar a las partes que son libres de solucionar la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o a través de cualquier método amistoso de resolución de controversias tal como, por ejemplo, la mediación conforme al Reglamento de Mediación de la CCI.

...”

Como se alecciona de la contextualidad del formulismo anterior, mismo que no resulta aplicable en el presente caso, una de las técnicas del que podrá valerse el árbitro para el arreglo de controversias, es informar a las partes sobre su libertad de solucionar la controversia por medio de cualquier método amistoso de resolución de controversias, apreciando como ejemplo la mediación del Reglamento de Mediación de la CCI.

Lo anterior es así, ya que la previa disposición solo tiene la intención de que el árbitro “informe” y no propiamente que “obligue” a las partes a solucionar su

controversia a través de la mediación antedicha. Por lo que, al ser solamente informativo el mandamiento reglamentario, no justifica su viable integración al estatuto de mediación, ni mucho menos como posible prerrogativa de la cláusula med-arb, misma que –según se ha estimado en esta tesis- una de sus exigencias es agotar ambas instancias (mediación y arbitraje) en el mismo proceso.

Finalmente, hagamos una referencia explorativa, al contenido del artículo 19 del aludido Reglamento de Mediación:

“Artículo 19

Normas aplicables al procedimiento

El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de este, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.”

Bajo la síntesis de esta conjetura, se debe tener en cuenta que dicho procedimiento contenido en una cláusula med-arb o arb-med, podría encontrar justificación ante la CCI, en el caso de que el tribunal determine que el procedimiento arbitral se deba regir por el derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.

De esa forma, en el caso de que en España se encuentre justificado la inclusión de una cláusula med-arb o arb-med, como medio de resolución de conflictos en las contrataciones comerciales, podría invocarse y aplicarse fielmente las disposiciones de la CCI, como centro administrador de la disputa.

- **El segundo aspecto a considerar, es el relativo a la concepción material que se debe tener del tercero neutral, así como si es permisible o no, que el mismo pueda fungir en ambos procesos. Es decir, que el mediador**

una vez terminada la mediación, sea posible que se convierta en árbitro y proceder con el arbitraje vinculado.

Cabe precisar que de un examen que se haga a los Reglamentos de Mediación y Arbitraje, y demás disposiciones aplicables al presente caso de la CCI, no se desprende expresamente que una misma persona (tercero neutral) pueda figurar como mediador y árbitro en la misma controversia. Por lo que su posible inclusión, merece un análisis interpretativo de las disposiciones de trato.

Conforme al contenido del artículo 10 del Reglamento de Mediación de la CCI, que establece en la parte que interesa:

“Artículo 10

Disposiciones generales

(...)

3 Salvo acuerdo contrario escrito de todas las partes, un Mediador no actuara ni podrá haber actuado ni como juez, ni como árbitro, ni como perito, representante o asesor de alguna de las partes en ningún proceso judicial, arbitral o similar en relación con la controversia que sea o hubiera sido objeto del Procedimiento conforme al Reglamento.

(...)”

Así, de dicha apreciación del concepto aludido, se desliga que un mediador no podrá actuar ni haber actuado como juez, ni como árbitro, ni como perito, representante o asesor de alguna de las partes en ningún proceso judicial, arbitral o similar en relación con la controversia que sea o hubiera sido objeto del procedimiento conforme al reglamento; evidenciando que la anterior prohibición, *no es aplicable* cuando las partes hubieran acordado lo contrario.

En otras palabras, si las partes consienten que un mismo mediador actúe en otro proceso, como en el presente caso sería como árbitro, no cabe duda que la interpretación correcta al precepto, admite claramente esa posibilidad.

De esa manera, la segunda consideración se encuentra satisfecha, y se resume en que si es hacedero ante las disposiciones de la CCI, que un mismo neutral en ejercicio de sus funciones, sea partícipe en ambos procesos.

Como efecto de los anteriores riesgos que puede significar la utilización escalonada de estos procesos, la CCI ha impuesto a los terceros neutrales, tanto mediadores como árbitros, la suscripción de una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia; y aquellas situaciones que pudieran poner en riesgo lo anterior.²⁹⁹

Así, la funcionabilidad de los Reglamentos de la CCI, tienen su inspiración en la propia voluntad de las partes, y así lo dejan claro, cuando remiten constantemente en sus artículos a la facultad de establecer cualquier modificación al ADR que se elija *previo consenso de las partes*.³⁰⁰ Dicha libertad se traduce, para elegir tanto el proceso alterno que deseen, así como el tercero que ha de resolver la controversia, haciendo hincapié en que la actuación de las partes se realice por la buena fe. (Artículo 7(4) del Reglamento de Mediación de la CCI)

²⁹⁹ Reglamento de Mediación, artículo 5 del y artículo 11 del Reglamento de Arbitraje, ambos de la CCI.

³⁰⁰ Reglamento de Mediación de la CCI, artículo 1 (3) y (4).

b. La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI)

i. Objetivo

La CNUDMI, ha sido piedra angular para los derechos internos de diferentes Estados, sirviendo para homologar sus leyes en relación a los métodos alternos de solución de conflictos, donde España no ha sido ajena a esa inclusión.

Como organismo plenamente consolidado en la materia, conviene precisar si sus fines alcanzan la posibilidad de permitir el uso de cláusulas escalonadas; y en su caso, si la misma persona (tercero neutral), se encuentra legitimado bajo sus disposiciones para actuar en ambos procesos.

Si bien en algunos ordenamientos nacionales e internacionales, se permite el uso de cláusulas escalonadas, en las que el mediador o conciliador actúe como árbitro, hay otros que ni siquiera lo contemplan y prevén su remisión a otras normativas, o diversos Códigos de Conducta, que regulen dicha función.

ii. En relación al proceso med-arb

Sobre el particular, la CNUDMI no establece dentro de sus disposiciones la implementación expresa de cláusulas escalonadas, mucho menos precisa las características o formalidades necesarias para el ejercicio del tercero neutral en la aplicación de aquellas. No obstante, lo que sí realiza de manera exponencial, es dotar de suficiente potestad a las partes, para que en uso de su voluntad, instauren un proceso esquematizado de acuerdo a sus preferencias.

En atención a ello, conviene precisar los alcances de esa voluntad y la posible configuración en sus postulados, de cláusulas escalonadas y el desempeño que habrá de cumplir el tercero neutral, tanto en el Reglamento de Conciliación, como en el Reglamento de Arbitraje, ambos de la CNUDMI.

Acordado lo anterior, el artículo 1 de cuerpo normativo relativo a la Conciliación Comercial Internacional,³⁰¹ establece dentro de su ámbito de aplicación:

“Artículo 1

- 1. Este Reglamento se aplicará a la conciliación de controversias que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen con ella, cuando las partes que procuren llegar a una solución amistosa de su controversia hayan acordado aplicar el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI,*
- 2. Las partes podrán acordar, en cualquier momento, la exclusión o modificación de cualquiera de estas reglas.*
- 3. Cuando alguna de estas reglas esté en conflicto con una disposición del derecho que las partes no puedan derogar, prevalecerá esa disposición.”*

Así, el ámbito de aplicación se refiere a la conciliación de controversias que deriven de una relación contractual o de cualquier otro tipo de relación jurídica, siempre y cuando las partes procuren una solución amistosa y se haya acordado la aplicación del presente reglamento. Agregando en su segundo apartado, que las partes pueden acordar la modificación o exclusión de cualquiera de estas reglas, siempre y cuando no estén en conflicto con alguna disposición de derecho, ya que en ese caso prevalecerá la disposición. (Apartado 3, del artículo 1).

Sobre el particular, conviene aclarar que aún y que el citado Reglamento, no generaliza el concepto de conciliación como lo hace su correlativa Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Internacional, para incluir a cualquier

³⁰¹ Cabe precisar que España no ha sido partícipe de homologar e incorporar en su derecho interno, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional.

mecanismo no adversarial de solución de conflictos (artículo 1), la citada disposición transcrita anteriormente, debe entenderse que al permitir a las partes acordar la modificación de sus reglas, esa modificación incluye la posibilidad de ventilar un proceso de mediación.

Ahora bien, en cuanto a la actividad que desempeñará el conciliador en el procedimiento, los artículos 7 y 19 del Reglamento en análisis, imponen en la parte que interesa:

“Artículo 7

- 1. El conciliador ayudará a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.*
- 2. El conciliador se atenderá a principios de objetividad, equidad y justicia, teniendo en cuenta, entre otros factores, los derechos y las obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso cualesquiera prácticas establecidas entre las partes.”*

“Artículo 19

Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio. Las partes se comprometen, además, a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos.”

Nótese entonces de lo anterior, que al conciliador se le prohíbe que desempeñe alguna otra función en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio. De igual manera, se reglamenta que las partes y el conciliador se comprometen a no actuar como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial en relación al procedimiento conciliatorio.

De igual manera, se adiciona la conducta del mediador, estableciendo que deberá ayudar a las partes de manera *independiente e imparcial* en sus arreglos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.

E
n el mismo sentido, el artículo 14 relativo a la confidencialidad, se refiere al mantenimiento de la misma, por parte del conciliador y de las partes, de todas las cuestiones relativas al procedimiento conciliatorio. No obstante lo anterior, el reglamento es omiso en proporcionar un significado expreso de lo que se debe entender por cada una de las anteriores acepciones, lo que para efectos de hacer una interpretación de viabilidad sobre la cláusula med-arb, deviene a todas luces complicado.

De esa forma, cabe decirse que de una interpretación armónica que se haga de las anteriores disposiciones, no resulta patente a la luz del citado reglamento, que al conciliador se le permita también actuar como árbitro en la misma contienda, aún y bajo la anuencia de las partes, ya que la anterior disposición facultativa, no se encuentra consagrada como en el caso de los Reglamentos de la CCI.³⁰²

Asimismo, conviene advertir que del conjunto de articulaciones del reglamento en comento, no se dispone referencia alguna a las cláusulas escalonadas; por lo que de igual manera a la anterior argumentación, deviene inconcuso la posibilidad de aplicación mediante la Comisión y su respectivo reglamento de mediación, la utilización de cláusulas escalonadas, como la propuesta en el presente caso “med-arb”.

³⁰² Vid: Reglamento de Mediación de la CCI, artículo 10 (3).

Por otra parte, por lo que se refiere al arbitraje ante la CNUDMI, y en afán de no caer en obviedades, cabe decirse que tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional así como el respectivo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, son omisos en hacer manifestación alguna sobre la posibilidad de encausar un arbitraje en el que funja como árbitro la misma persona que intervino como mediador en la misma contienda.

De igual manera, no existe disposición adecuada que fundamente las cláusulas escalonadas, ni mucho menos su incorporación en las contrataciones comerciales. Por el contrario, según se advierte de la redacción de las ordenanzas en cuestión, es de advertirse que se prohíbe su utilización, así como la participación de un tercero en dos procesos; lo anterior es así, bajo el amparo de las articulaciones que se analizan a continuación.

En el artículo 11, al igual que en el Reglamento de Mediación, se insiste en que el árbitro posible, deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.

Posteriormente, el artículo 12, establece –entre otros criterios- que un árbitro podrá ser recusado cuando existan circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia.

Finalmente, el apartado 4 del artículo 17, es contundente al precisar que:

“toda comunicación que una parte envíe al tribunal arbitral, deberá ser comunicada por esa parte a las demás partes. Esas comunicaciones se efectuarán al mismo tiempo, salvo que el tribunal permita hacerlas de otro modo, siempre que esté facultado para ello en virtud de la ley aplicable.”

Nótese de las anteriores disposiciones, que más que dar cabida a la aplicación de algún elemento auto compositivo, obstaculiza su incorporación en

sus estatutos; tan es así, que refuerza la actividad del árbitro para que no se haga acreedor a cualquier tipo de información (ex parte comunicación o caucus) durante el proceso, sino que el proceso obliga a que dicha información sea compartida por todas las partes.

De igual manera, de acuerdo a los primeros numerales a que se hace alusión, revelan matices absolutos caracterizadores de un proceso de arbitraje, lo que sin lugar a dudas se traduce en una rotunda negación que a través del Reglamento de Arbitraje en cuestión, se puedan ventilar otras alternativas de solución de conflictos.

Ante tal prohibitiva, se desconocen las causas que ha considerado la CNUDMI para no incluir las cláusulas escalonadas en sus dispositivos (Reglamentos), no obstante, se hace suponer que las mismas obedecen a la confidencialidad de la información y la repercusión que representa su inaplicabilidad en los procesos.³⁰³

De igual manera, se infiere que la razón por la que no es permisible a un conciliador o árbitro, actuar en procesos diversos respectivamente, es de nueva cuenta por la información a la que ha tenido acceso en otro mecanismo, lo que pudiera afectar la confidencialidad de ambos procesos.

Finalmente, por lo que se refiere a las posibilidades enmarcadas en la Ley Modelo de la CNUDMI tanto de conciliación como de arbitraje, en relación a la viabilidad de usar cláusulas escalonadas, como a la posibilidad de que un mismo tercero conciliador pueda fungir como árbitro, no resultan aplicables en estas consideraciones, toda vez que como es sabido, aquellos proyectos se refieren al “modelo” que proponen para que sean considerados por los derechos internos de

³⁰³ Vid: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación, artículo 10.

cada país. Por lo que sus disposiciones, resultan inatendibles en la presente hipótesis, por no ser materia de estudio de la tesis.

2. El Derecho Nacional Español en materia de ADR

Los procesos híbridos ofrecen ventajas únicas -como las ya expuestas en el cuerpo de este trabajo-, hacia una mejor forma alterna de resolución de disputas. Sin embargo, ningún proceso por más perfecto que parezca, es ideal para todo tipo de disputas y todas sus diferentes circunstancias que aparecen en la conformación del conflicto.

Por eso, aún y considerando todas y cada una de las bondades y mejoras que presentan los procesos híbridos, en específico el proceso med-arb, no se está instruyendo a que éste, forzosamente, tenga que sustituir a la mediación y arbitraje puros, o a los demás ADR existentes, sino solamente integrarlo como otro método que complementa a aquellos. Se trata entonces, no de una sustitución, sino de una complementación del sistema actual de métodos alternos de solución de conflictos.

De esa manera, la elección del ADR más apropiado, dependerá de las circunstancias de cada caso, relacionado las características del proceso apropiadamente con las circunstancias de la disputa, en un esfuerzo por crear el mayor beneficio mutuo posible entre las partes divergentes.

Ahora bien, matizado que fue lo anterior, nos queda por dilucidar aquellas áreas competenciales en las que legalmente sí se encuentran facultadas las partes, para la elección libre del foro que resolverá su contienda, sin forzosamente tener que recurrir a los tribunales establecidos por el propio Estado.

Como es de explorado derecho, las materias susceptibles de resolverse a través de un ADR, varían según sea el caso, y se encuentren autorizadas por el derecho interno de cada país, así por las disposiciones de la materia por lo que se refiere al derecho internacional.

La principal barrera entonces, es la permisión jurídica del Estado Nacional, que faculte a sus súbditos para elegir a su voluntad y dotar de competencia al organismo que resolverá lo conducente.

A su vez, en materia internacional atendiendo al tipo de disputa, se recurrirá a aquellas organizaciones que para ese efecto en particular, estén facultadas o cuenten con las atribuciones suficientes para conocer del conflicto que atañe a los particulares.

En el presente caso, interesan la susceptibilidad de aplicar conjuntamente la mediación y el arbitraje, por lo que, en aras de profundizar en esa armonía procesal, conviene analizar las áreas que han sido suficientemente adoptadas por los procesos de mediación y arbitraje de manera independiente; para posteriormente, encuadrar las materias donde existe correlación directa y permitan su resolución a través del proceso med-arb.

a. Fundamento Constitucional de los ADR

La Constitución Española vigente de 1978, es omisa en regular de manera expresa, la permisión y utilización de los métodos alternos de solución de conflictos, en los asuntos de los particulares, no obstante hay claras interpretaciones que se advierten de su completa redacción, y de su acentuación en la libertad de las partes para ejercitar sus derechos subjetivos, en ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Si bien es cierto que la anterior aseveración ha sido doctrinal y jurisprudencialmente superada, es menester, para congeniar el objeto de este trabajo, delimitar los alcances de esa libertad de la autonomía de las partes concedida por la propia CE; en relación a esa potestad de resolver sus diferencias por el mecanismo que mejor se adapte a sus intereses, específicamente por lo que se refiere al ámbito comercial, mismo que como es sabido, deviene del ejercicio de facultades constreñidas al derecho privado; lo anterior, según lo explico a continuación:

La primera salvedad en materia mercantil acogida por la CE, es la relativa al arbitraje de consumo, misma que se encuentra favorecida en los artículos 51 y 54, referidos a la defensa de los consumidores y usuarios, en relación a sus legítimos intereses económicos; añadiendo que lo anterior se deberá garantizar mediante procedimientos eficaces, garantizados por los poderes públicos.

De esa manera, el marco constitucional en materia de consumo, exige a los poderes públicos, la salvaguarda de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, implementando los procedimientos eficaces que fueren necesarios para llevar a cabo su objetivo.

Como consecuencia de lo anterior, surge el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (Vigente hasta el 25 de Agosto de 2008), mismo que fuera sustituido por el actual RD 6 231/2008 de 15 de febrero. Teniendo como objeto dicha norma, regular la organización del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento del arbitraje de consumo. (Artículo 1)

Ahora bien, por lo que se refiere a la figura de arbitraje visualizada como mecanismo de solución alterna de controversias entre particulares, ha de sorprender que de un análisis literal que se haga a la actual CE, podría estimarse

que la figura del arbitraje no se encuentra contemplada, mucho menos como una institución para administrar justicia, como actualmente se le conoce en España.

Y dicha interpretación adquiere sustento, si se trae a la vista el contenido de los artículos 24.1 y 117.1 de la CE, que en la parte que interesa consagran:

“Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

...”

“Artículo 117.

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

...”

Como se advierte de las anteriores disposiciones, todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. A su vez, el artículo 117.1 legitima lo anterior, al establecer que la administración de justicia recae precisamente en esos jueces y magistrados integrantes del poder judicial.

No obstante lo anterior, dicha disfunción expresiva, ha sido muy superada por el propio Tribunal Constitucional en diversas ocasiones,³⁰⁴ estableciendo al arbitraje como un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante los órganos jurisdiccionales del Estado, que no es otra cosa que una decisión con efectos de cosa juzgada.

³⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre. Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre. Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991.

“medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento”³⁰⁵

Enriquece lo anterior, el propio espíritu del artículo 1.1 de la Constitución Española, que enfatiza los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho, entre los que destaca la libertad y la justicia; los cuales, complementados con el derecho de contratar de las partes, dan vida a su actividad generadora de derechos y obligaciones, atendiendo a ese uso de la autonomía de la voluntad que caracteriza al derecho contractual del Estado Español, para –por ejemplo- disponer de las alternativas a su alcance para resolver sus controversias.

De esa forma como lo sostiene Garrido,³⁰⁶ cualquier ciudadano de España en uso de la libertad como valor supremo, puede resolver un conflicto, precisamente a través de un procedimiento privado basado en la autonomía de la libertad y reconocido por una ley, como en el presente caso sería el arbitraje.

También tiene un respaldo constitucional, concretamente en el artículo 33 de la CE, que reconoce el derecho de la propiedad privada fundamentado en los postulados de la libertad económica y de la autonomía de la voluntad.³⁰⁷

Así, nace la Ley de Arbitraje, como un medio alterno de solución de controversias, plenamente habilitado para ser usado por los particulares; no pudiendo ser concebido como una potestad absoluta, ya que no toda materia es

³⁰⁵ La STC 176/1996, de 11 de noviembre. Lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (1.1), el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la constitución, sino un derecho prestacional. En ese mismo sentido vid: STC 9/2005, de 17 de enero.

³⁰⁶ Joaquín Sánchez Garrido, El arbitraje y la mediación como medio de solución de conflictos. Revista Fundación Ciudadanía y Valores. Noviembre 2012.

³⁰⁷ De la misma opinión es Merino Merchán, para el que el “principio de autonomía de la voluntad enlaza con el ámbito de la libertad de cualquier ciudadano, de tal forma que los ciudadanos pueden resolver sus conflictos sin acudir a los órganos judiciales y tribunales”. Vid. Estatuto y responsabilidad del árbitro. Ley 60/2003 de arbitraje med. Aranzadi 2004, p. 25.

permisible resolver por este medio, no podemos considerarlo como un principio absoluto, no todos podrán ser solucionados por medio de él.³⁰⁸

Por lo que respecta a la ordenación de la mediación en España, esta también carece de una expresa regulación constitucional; sin embargo, es oportuno puntualizar que las características de la mediación, no hacen necesaria una estipulación constitucional, atendiendo a su contenido meramente de colaboración entre las partes, y sobre todo sobre sus repercusiones, mismas que a diferencia del arbitraje y la actividad judicial, carecen de una resolución vinculante y que produzca efectos obligatorios para las partes; mas aún, la misma se puede concebir como una contratación donde las partes se hacen recíprocas concesiones. Así, estos principios colaborativos, son un presupuesto de la actividad que se desenvuelve en la propia actividad comercial de las personas.

El fundamento de la mediación en España, se contrae a la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil, benefactora de la Directiva Comunitaria 2008/52 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, favorecieron el conocimiento, y la aplicación de la mediación en España.

Sin embargo, no pasa desapercibido que algunos de los recientes Estatutos de Autonomía de las comunidades españolas, se atribuyen la competencia exclusiva sobre la regulación de los procesos de mediación.³⁰⁹

³⁰⁸ Ramón Herrera de las Heras, ob. cit. pp. 181-183. Sobre la limitación de la autonomía de la voluntad el propio artículo 1255 del Código Civil Español, enuncia límites, con un sentido muy general. En primer lugar las leyes, la moral y el orden público, en segundo lugar, límites conceptuales, en el sentido de que las partes no pueden variar la naturaleza de las cosas ni subvertir los conceptos jurídicos; las partes no pueden, en ningún caso, desnaturalizar su concepto; no cabe que pacten una compraventa sin precio, o una donación a cambio de precio, o un comodato que transmita la propiedad, por ejemplo, en tercer lugar, tiene límites intrínsecos que es el caso del abuso del derecho, y los derivados de los contratos de adhesión, y de las condiciones generales de la contratación.

³⁰⁹ Vid: Artículo 71.26ª del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril).

De esa manera, tiene que concretarse que uno de los rasgos inspiradores del legislador para la instauración de los ADR en el derecho español, fue precisamente la búsqueda de esa complementación al camino judicial, a través de mecanismos que las propias partes pudieran configurar en atención a sus intereses y en un continuo afán de preservar los valores ya respetados por la propia Constitución. Con ello, se robustece la viabilidad de los ADR en general, para ser utilizados por las partes de acuerdo a sus preferencias y propia elección, salvo –claro está- aquellas materias que también en aras de preservar la seguridad y los valores del Estado de Derecho se ha reservado exclusivamente para su conocimiento.

Dicho lo anterior, no cabe duda que la autonomía de la voluntad de las partes, es sin duda alguna, el principio básico en torno al que giran los ADR, desde la concepción de la propia Constitución Española.

b. Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la administración General del Estado.

La Constitución española de 1812 en su artículo 280 establecía: “...no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes...”; y, el artículo 281 señalaba: “...la sentencia que dieren los árbitros se ejecutaran si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar...”.

La primera ley específica en materia de arbitraje en España, después de la Constitución española de 1978, fue la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que fuera

Artículo 30.47 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero).
Artículo 58.2.4º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo)

derogada por la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, ahora reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Siendo menester puntualizar, que dicha ley se encuentra inspirada en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de julio de 1985, según su propia exposición de motivos, donde una de las grandes implementaciones, es el reconocimiento que se hace al arbitraje tanto nacional como internacional por parte de España.

Con ello se pretende mejorar las condiciones para que definitivamente, se asienten en España los arbitrajes internacionales, sin desdeñar que al tratarse de una regulación unitaria, también se favorecerán los arbitrajes internos. *También se concretan las incompatibilidades, en relación con la intervención en una mediación*, y se regula la necesidad de asegurar las responsabilidades de los árbitros intervinientes.

Así, el arbitraje como motor de esta ley, se constituye a la luz del convenio arbitral, como fuente que da nacimiento a aquél, donde se plasma la manifestación de la voluntad de las partes, para poder someter a arbitraje, cualquier controversia que pueda surgir de una determinada relación jurídica; como lo ha recogido el legislador, en el artículo 9.1 de la LA:

“

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

”

La anterior disposición, reafirma la autonomía de la voluntad, como el principio regulador de este proceso, al precisar en su exposición de motivos que *“...esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes...”* y que *“...la ley vuelve a partir del principio de autonomía de la voluntad y establece como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es....”*³¹⁰

De esa forma, la jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, el convenio arbitral, dirigido a la liquidación de una relación jurídica controvertida, siendo que la voluntad de las partes será la fuente del arbitraje.³¹¹

Por un lado, tendrá un carácter procesal, pues los efectos de cosa juzgada que produce un laudo arbitral ya no son discutibles, a la luz de los criterios del más Alto Tribunal; por otro lado, tendrá naturaleza contractual, pues será necesaria la existencia de un convenio arbitral en el que expresamente las partes aceptan el arbitraje.³¹² De esa forma, ante el derecho español, el arbitraje se constituye como una institución de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales”.³¹³

Dicho lo anterior, y como lo hemos precisado, el poder de libre contratación permitido a las partes, a manera de género, exige que no sea contrario a las leyes, ni a la moral ni al orden público.³¹⁴ Empero, específicamente la LA, circunscribe

³¹⁰ Preámbulo de la Ley 60/2003 de arbitraje, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 309, 26 de diciembre de 2003

³¹¹ Ramón Herrera de las Heras, ob. cit. pp. 187.

³¹² *Ibid.* p. 187

³¹³ Vid. Bernardo M. Cremades, El arbitraje en la doctrina constitucional española. Lima Arbitration No. 1, 2006. 219.

³¹⁴ Código Civil Español, artículo 1255.

exclusivamente como materias objeto de arbitraje en su artículo 2, aquellas de libre disposición conforme a derecho.

Al efecto, Berona³¹⁵ precisa como principio general el de entender arbitrables, las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de libre disposición conforme a derecho. Así, sin efectuarse una enumeración exhaustiva de las mismas, sí se pueden fijar algunos principios generales que rigen la actividad de aquellas:

- Las materias patrimoniales son arbitrales.
- No podrán someterse a arbitraje aquellas materias que estén “inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición” (art. 2.1.b).
- Las cuestiones firmes por resolución judicial no es arbitrable, pese a que existiera un convenio arbitra.
- Son arbitrables determinados aspectos referidos a la ejecución: liquidación del importe de los daños y perjuicios, frutos, rentas, etc., que dan lugar a incidentes de naturaleza declarativa.
- No lo son tampoco, las cuestiones en las que debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por si mismos (supuestos de divorcio o separación cuando existen hijos menores o incapacitados, en supuestos de incapacitación; en materias relativas a la vida, intoxicaciones, lesiones, muerte, etc.)

³¹⁵ Silvia Barona Vilar, Solución extra jurisdiccional de conflictos: Alternative Dispute Resolution (ADR) y el Derecho Procesal, Ensayo de derecho comparado. Valencia, 1999.

- Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.
- Finalmente, existen dos conceptos que se identifican con la imposibilidad de arbitraje: el orden público³¹⁶ y las materias de “ius cogens”.

De esa manera, sin que el legislador se encontrare obligado a realizar una lista exhaustiva de las materias arbitrables, se contrajo a excluir aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición.³¹⁷

Dentro del alcance de la anterior disposición, debe entenderse también la obligación de los árbitros de conducir el proceso de resolución de controversia (arbitraje), precisamente con ese mismo fundamento que dota a las partes de la libertad y autonomía, que también se satisface y ordena en el convenio arbitral,³¹⁸ por lo que, si no hay convenio, legalmente no puede existir un arbitraje, ni árbitros, ni objeto, ni materia.

Siendo que la única restricción a la actuación del árbitro, se centra en salvaguardar el derecho de defensa de las partes, el principio de igualdad procesal y la confidencialidad de las informaciones conocidas a través de las actuaciones arbitrales. (Artículo 24 de la LA)

³¹⁶ El orden público escapa de la libre disposición de las partes, no siendo entonces derechos disponibles a merced de las partes, ya que al tratarse de normas no transables, irrenunciables, inalienables, donde el Estado ejerciendo su poder de subordinación, resultan indisponibles para las partes. Sin embargo, el arbitraje en el derecho público en algunas circunstancias si es posible. Vid: La LRJAP-PAC, artículos 107.2 y Ley de Contratos del Sector Público, artículo 39.

³¹⁷ Ver auto del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de julio.

³¹⁸ Bernardo M. Cremades, ob. cit. p.1.

Analizado que fue lo anterior, no cabe duda que la Ley de Arbitraje, atiende como dispositivo primario para lograr su objetivo, la autonomía de la voluntad de las partes, misma que encuentra su único limitante como lo hemos empapelado, que se materialice solamente en materias de su libre disposición; accionando las anteriores disposiciones, puede figurarse que las partes pueden dentro de su esfera competencial concedida, pactar dentro del procedimiento arbitral a través de su respectivo convenio, todo aquello que consideren materia de sus deseos e intereses para ser resueltos a través de esta vía.

Entonces, y en relación a la materia que nos ocupa, si las partes así lo decidieran pudieran armonizar un procedimiento que contemplara una mediación previa, antes de recurrir al arbitraje. Lo anterior debiera interpretarse así, ya que la propia ley prevé la posibilidad de que los árbitros, dicten un laudo sobre la base del contenido de un previo acuerdo alcanzado por las partes;³¹⁹ no obstante, el anterior criterio, no determina fehacientemente lo que se debe considerar por acuerdo, ni mucho menos la forma en que se arribó a él, en la regulación del arbitraje, ni mucho menos de la mediación, por lo que de considerarse plenamente así, sería aventurarse en un sentido que el propio legislador no reguló, sino que aparentemente lo consintió.

En relación a lo anterior, conviene traer a colación el contenido del artículo 17.4, de la ya referida Ley 60/2006, reformada mediante la Ley 11/2011, donde aparentemente ocurre una incompatibilidad en relación con lo anteriormente argumentado, según lo explico a continuación.

³¹⁹ Vid: LA, artículo 36.

En efecto, el articulado 17, arábigo 4, de la vigente Ley de Arbitraje, textualmente establece lo siguiente:

“Artículo 17. Motivos de abstención y recusación

(...)

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

(Apartado añadido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, publicada en el BOE nº 121, de 21 de mayo de 2011.)

Según se advierte del referido apartado, el árbitro no podrá haber intervenido (pasado) como mediador en el mismo conflicto entre las partes, rescatando de la anterior prohibición en defensa de la autonomía de las partes, que estas hayan acordado que sí pudiera fungir como árbitro posterior a su participación como mediador.

La anterior obstaculización, según la propia exposición de motivos de la propia Ley de trato, procura que el árbitro no esté prevenido en ningún sentido, por haber actuado previamente como mediador en el conflicto entre las partes, previsión la anterior que es superable si así ellas mismas lo desean.

Cabe establecer, que anteriormente a la reforma, la LA no decretaba nada al respecto, lo que invariablemente se traducía en una posibilidad manifiesta de permisión para que la misma persona, participara como mediador y árbitro en la misma disputa; no requiriéndose esa autorización expresa por parte del legislador, lo que a falta de disposición expresa contractual de las partes, podría originar una serie de conflictos procesales, por vulneración a las esencias legales del procedimiento arbitral; y más aún, de los principios elementales de los métodos alternos de solución de conflictos.

Por ello, con esta novedad reformativa en la ley, se evita que un mediador automáticamente, se integre a un proceso de arbitraje posterior a la mediación; salvo que en el ejercicio de esa autonomía de la voluntad de que gozan las partes, determinen en atención a sus intereses y BATNA, permitir esa participación de un mediador anterior, pero ahora en el arbitraje presente.

De esa manera, el legislador no limita los alcances de actuación del tercero neutral en el arbitraje, por lo que se debe considerar que a la luz de la propia LA a la que nos referimos, es permisible que un mismo tercero neutral, participe indiscutiblemente en dos procesos alternos, en el mismo conflicto, si es lo que las partes verdaderamente así desean pactar en sus contrataciones.

Como dato interesante, la LA también introduce en sus postulados la exigencia a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre, la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Con esto, también se manifiesta que tiene por objeto garantizar las posibles indemnizaciones como consecuencia de que los árbitros hayan incurrido en responsabilidad civil en el ejercicio de sus funciones. (Artículo 21.1 LA, segundo párrafo)

La Ley de Arbitraje reformada, nuevamente hace una inclusión manifiesta sobre la autonomía de la voluntad para dirigir el procedimiento al capricho de las propias partes, para que lo puedan modelar a la medida de sus necesidades y de conformidad con su propio acuerdo, sin más limitantes que las impuestos por el Estado, en su carácter de órgano rector de las relaciones interpersonales.

No obstante, la Ley de Arbitraje tanto permisiva en aspectos de derecho dispositivo, no soluciona o da salida a la materia objeto de esta tesis, y que se refiere a la entera permisibilidad de que las partes puedan adicionar en sus contratos cláusulas escalonadas como las ha identificado la doctrina.

Si bien es cierto, que de la anterior disposición, se desprende la facultad del tercero neutral de poder dirigir dos procesos (mediación y posteriormente arbitraje); la legislación es omisa en precisar si dicha participación deviene precisamente de una cláusula previa de sometimiento a un ADR, el cual en una primera fase trate de resolver el conflicto a través de la mediación, y ante el fracaso de esta, se active una segunda base donde las partes se encuentren obligadas desde ese momento a solucionar su conflicto a través de arbitraje; independientemente que lo anterior, se realice con o sin el mismo tercero neutral.

Ya que de no interpretarse de esa manera, no se justifica la ausencia de consentimiento para la utilización de cláusulas escalonadas en la actividad comercial, reglamentada por la jurisdicción española, ya que la actividad del tercero neutral, no forzosamente puede devenir de un proceso híbrido, sino que pudiera acontecer que la mediación fuera independiente del posterior acuerdo de arbitraje, lo que a todas luces no da respuesta al criterio de solución propuesto, con la implementación de un nuevo sistema compuesto de dos ADR.

No siendo óbice a lo anterior, lo dispuesto en el artículo 25 del mismo cuerpo normativo en estudio, en el sentido de que las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones, ya que dicha determinación del procedimiento, se encuentra *expresamente* delimitada sobre aspectos relativos a la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas en el procedimiento. No ajustándose a derecho, una interpretación extensiva sobre el alcance de la norma para fines de incluir en la anterior prevención, la posibilidad de considerar un proceso de arbitraje en el que se incluya a verdad sabida un proceso de mediación previo.

Consecuentemente a todo lo anterior, y de acuerdo a las propias prerrogativas enmarcadas por el Estado Español, en cumplimiento de las exigencias internacionales, debe favorecer la armonización del régimen jurídico de

arbitraje, para favorecer criterios ya sostenidos en el comercio internacional en su aplicación normativa, bajo la propia premisa justificada en la LA, de crear una mayor uniformidad de las leyes reguladores del arbitraje, en afán de propiciar *una mayor eficacia* como medio de solución de controversias.

De esa manera, la eficacia se traduce en esa necesidad de evolucionar en la misma proporción y velocidad que lo hace el tráfico jurídico, ofreciendo continuamente nuevos sistemas que ofrezcan nuevas ventajas y facultades para que se refuerce la opción de optar por el arbitraje como medio de solución de conflictos, pero ahora, enfatizado con otros incentivos que hacen presumir una mejor sustanciación del procedimiento, precisamente en el respeto integral de los intereses y derechos de las personas respectivamente.

c. Comentarios al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo

Mediante el Boletín Oficial del Estado del 25 de febrero de 2008, se publicó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el actual Sistema Arbitral de Consumo, y que derogara al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo.

Con las anteriores disposiciones, se da cumplimiento al mandamiento Constitucional establecido en el artículo 51 de la Constitución Española, en su instrucción a instar a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, su seguridad, salud y sus legítimos intereses económicos. Dichos mecanismos de resolución de disputas, además, preverán el resarcimiento del daño para consumidores que actuaran de manera individual o colectiva, concediéndoles la iniciativa como vía dispositiva que insta el mecanismo arbitral.

Así, el sistema arbitral de consumo, viene a hacer la herramienta propuesta por los poderes públicos, en defensa de consumidores y usuarios. Dentro de las características esenciales del sistema arbitral de consumo, según se advierte de su propia exposición de motivos, es contemplar el arbitraje de manera voluntaria, gratuita, sin formalidades excesivas, rápido, unidireccional y de equidad en un principio, salvo que las partes acordaran que fuera apegado a derecho. Incluyendo en su aplicación, la asistencia de otros mecanismos alternos para la solución de la contienda en materia de consumo, siendo estos la mediación y la conciliación.

Mecanismos los anteriores que revisten especial atención, específicamente para establecer la vinculación de los mismos con el arbitraje, este último como mecanismo preponderante de la ley en comento, por ser la vía contemplada para la resolución de conflictos en materia de consumo, reservando una pequeña actuación a la mediación y a la conciliación, como mecanismos *posibles* y *no obligatorios* de ser empleados en el procedimiento.

En efecto, de acuerdo a la forma en que la mediación y la conciliación son concebidas en esta ley, no revisten matices de una posible implementación independiente al arbitraje. En otras palabras, para que las partes pudieran hacer uso de estos mecanismos, deviene necesario por mandamiento el previo sometimiento al arbitraje, a través de un acuerdo ó cláusula arbitral pactado por las partes.

De esa manera, la anterior inconsistencia procesal que se percibe, no precisa exactamente que los mecanismos contemplados en la presente ley, puedan equipararse ni mucho menos contemplarse como procedimientos vinculados, en atención a que para el ejercicio de uno, no se requiere necesariamente haber agotado previamente otro mecanismo. No obstante la anterior interpretación, conviene hacer un análisis de la participación de la mediación como de la conciliación en la ley regulatoria del arbitraje de consumo.

En primer término, analicemos la actuación de la mediación, por ser esta la que reviste mayor trascendencia para los fines de esta investigación. En materia de consumo, la mediación puede llevarse a cabo a través de las reclamaciones que los particulares realicen ante el sistema arbitral de consumo, según se advierte del propio artículo 38 que establece en la parte que interesa:

“Artículo 38. Mediación en el procedimiento arbitral.

1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto.

2. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.

3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.”

En el mismo sentido y como complemento de lo anterior, el artículo 41 del mismo cuerpo normativo, establece lo siguiente:

“Artículo 41. Principios del procedimiento arbitral de consumo.

1. El procedimiento arbitral de consumo se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad.

2. Los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las Juntas Arbitrales de Consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral.”

Y, en última instancia, el artículo 49, termina por precisar los alcances de un intento de mediación, considerando que el plazo para dictar un *laudo* se *suspenderá*, hasta en tanto no se resuelva aquella, mismo que en la parte conducente precisa:

“Artículo 49. Plazo para dictar el laudo.

1. ...

El plazo para dictar laudo se suspenderá, además de por las causas y en los plazos previstos en el artículo 22, para el intento de mediación previa prevista en el artículo 38, por un periodo no superior a un mes desde el acuerdo de iniciación del procedimiento arbitral.

...”

Ahora bien, de la interpretación contextual que se realice a las anteriores disposiciones, es de advertirse que la mediación que se contempla en esta ley, tiene el carácter de un acuerdo accidentado y potestativo entre las partes (consumidor y empresario), cuya importancia se la otorgan los propios partícipes de la contienda, y no propiamente una cláusula contemplada en un contrato que prevea su utilización *previa*, en caso de que surja un conflicto y se remita posteriormente al arbitraje para solucionarlo.

Esa importancia de que se habla, depende de la decisión de las partes para tratar de solucionar su contienda o no, ya que el empleo de la mediación no es un requisito obligatorio para que se ventile el arbitraje; tan es así, que independientemente de lo anterior, se emitirá un laudo por los órganos arbitrales, que será vinculante para las partes y en la mayoría de los casos se prevé que resuelva el conflicto.

Así, la previsión existente sobre la mediación se constriñe a expresar que la misma, se regirá por la legislación de la materia que resulte de su aplicación, sin establecer los límites o alcances de esa potestad que se otorga con la anterior enmienda, desvinculando a la mediación con la anterior disposición, del propio proceso de arbitraje de consumo.

Lo anterior se evidencia, cuando el propio legislador ordena que quien actúe como mediador *en el procedimiento* arbitral, está sujeto en su actuación a

los mismos requisitos relativos a la independencia, imparcialidad y confidencialidad (Artículo 38.3); y de esa forma, se insiste en considerar a la mediación como una participación previa al desarrollo del procedimiento de arbitraje de consumo, y no propiamente como un procedimiento de obligado desahogo, como lo sería el que se pudiera establecer a través de una cláusula med-arb, tampoco contemplada en la legislación en comento.

De igual modo, por lo que se refiere a la conciliación prevista en esta ley, su escenificación es muy generalizada así como la indeterminación en los resultados de su intervención. En efecto, según se advierte del artículo 42 de la ley regulatoria del sistema de arbitraje de consumo, que a la letra contempla:

“Artículo 42. Procedimiento.

- 1. El órgano arbitral dirigirá el procedimiento con sujeción a lo dispuesto en esta norma, pudiendo instar a las partes a la conciliación.*
- 2. Las alegaciones presentadas por el reclamado conforme a lo previsto en el artículo 37, tendrán el valor de contestación a la solicitud de arbitraje y se integrarán, junto con la solicitud y la documentación aportada por las partes, en el procedimiento arbitral.*
- 3. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una de las partes aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se podrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en los que el órgano arbitral pueda fundar su decisión.”*

Posteriormente, el antes citado artículo 49 del mismo ordenamiento, establece en la parte que concierne:

“Artículo 49. Plazo para dictar el laudo.

...

- 2. Si las partes logran un acuerdo conciliatorio sobre todos los aspectos del conflicto, una vez iniciadas las actuaciones arbitrales, el plazo para dictar el laudo conciliatorio será de quince días desde la adopción del acuerdo.”*

Según se considera de las anteriores disposiciones, en las que únicamente aparece motivada la conciliación, sus alcances precarios devienen igualmente inconsistentes que las consideraciones expuestas relativas a la mediación; con la única varianza que la conciliación, tiene lugar una vez iniciado el procedimiento de arbitraje, y la mediación se presume que únicamente podrá ser empleada hasta antes de de inicio la instancia arbitral.

Conforme a las previas consideraciones, tanto la mediación como la conciliación en el sentido en que se encuentran conceptualizadas, carecen de suficiente autonomía procesal para ser impuestas de manera obligatoria para las partes, como ocurriría en una cláusula med-arb tradicional, ya que recordemos que la esencia de permitir la combinación de varios mecanismos, según lo hemos defendido, es la intención de tomar lo mejor de cada uno de ellos, incluyendo sus bondades y atributos que los caracterizan, en beneficio de conseguir acuerdos más satisfactorios y más apegados a la totalidad de los intereses de las propias partes.

Así, queda por demás de manifiesto que la posibilidad de instaurar en primera instancia para la solución de conflictos en materia de consumo, un mecanismo auto compositivo como sería la mediación o conciliación, se encuentra contemplada como un derecho potestativo para las partes y no propiamente como una obligación contractual previamente diseñada por ellos.

De hecho, obsérvese como el legislador al referirse al documento que será el que detone la iniciación de la presente instancia, única y exclusivamente hace referencia al convenio arbitral, Lo anterior deviene de acuerdo a la redacción del propio artículo 24, que establece:

“Artículo 24. Convenio Arbitral.

- 1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.*
- 2. Cuando exista oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud, siempre que coincida con el ámbito de la oferta.*
- 3. Igualmente, se entenderá válidamente formalizado el convenio arbitral por la mera presentación de la solicitud si consta acreditado que ésta se formaliza durante el tiempo en el que la empresa o profesional utiliza el distintivo público de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, aún cuando carezca del derecho a tal uso conforme a lo previsto en esta norma.*
- 4. En caso de que no conste la existencia de convenio arbitral en cualquiera de las formas señaladas en los apartados precedentes, la Junta Arbitral de Consumo, recibida una solicitud de arbitraje dará traslado al reclamado para su aceptación, conforme a lo previsto en el artículo 37.3, apartado b).”*

En el mismo sentido los artículos 29, 33, 34, 37, 39, 40 de la referida ley de arbitraje de consumo, aluden de igual manera única y exclusivamente al convenio arbitral, descartando tácitamente cualquier otra posibilidad de iniciación del proceso, salvo que se trate de una solicitud de arbitraje aislada; que en el mismo sentido, cualquier otro tipo de solicitud (mediación, conciliación, med-arb, etc.), carecería de soporte legal, por no ser un trámite previsto en la presente legislación.

De esa forma, al quedar evidenciado que aún y que la disposición presenta ciertos matices de reunir diversas alternativas en un mismo proceso, como lo son la mediación y la conciliación, estas no se encuentran fielmente reguladas como el

arbitraje, lo que precisa ciertas incompatibilidades en relación con las bases propuestas de una cláusula med-arb, según las preciso a continuación.

- No se establece claramente si la mediación contemplada en la presente ley, debe considerarse como una fase previa al procedimiento arbitral o se debe concebir dentro de aquel. El artículo 6, inciso f), precisa que se debe asegurar el recurso a la *mediación previa* al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo cuando no proceda. Por su parte el artículo 38 de la citada ordenación hace referencia a “mediación en el procedimiento arbitral”, exigiendo que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente “*la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación*”; por la tanto, cabe la posibilidad de que la mediación se lleve a cabo después de iniciado el procedimiento arbitral. Con lo anterior, pudiera considerarse que la mediación se encuentra incorporada al arbitraje, y más aún por considerarla como una actuación de los órganos arbitrales dentro del sistema arbitral de consumo. (Artículos 37.3 y 49.1).

Lo anterior, adquiere relevancia de correcta identificación al momento de hacer la designación de los árbitros, la cual es confusa, si bien el artículo 39 en su apartado 1, establece que una vez verificada la existencia de un convenio arbitral válido, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, designara al árbitro o los árbitros que conocerán el conflicto; posteriormente también establece que la designación de los árbitros podrá realizarse en la resolución de inicio del procedimiento arbitral. Así, el legislador claramente estableció dos momentos para hacer la designación de árbitros, el primero, cuando desde que se verifique la existencia de un convenio arbitral válido, y el segundo en la resolución de inicio del procedimiento arbitral. Puede inferirse con ello, que la alternativa anterior, obedece a la posibilidad de que pueda existir o no una *previa* mediación. No obstante, lo anterior no se

encuentra establecido, por lo que si la designación se hace desde que se decreta que la cláusula arbitral es válida, la mediación no sería un procedimiento independiente y sería parte integral del arbitraje, independientemente del tercero que funja como árbitro.

En el otro supuesto, cuando el nombramiento puede darse hasta la resolución que da inicio al arbitraje, claramente la mediación queda desvinculada como parte del proceso de mediación, lo que por obvias razones deviene de un proceso más justo, ya que hasta ese momento de la mediación no hay intervención alguna de las partes, lo que se percibe como una mayor seguridad para que las partes se sientan tranquilas de acordar en la mediación. Lo anterior debe entenderse así, porque en ningún momento se establece la prohibición de que los árbitros participen en el procedimiento de mediación en el primer supuesto, sino por el contrario, la percepción jurídica es que, al pertenecer la mediación a aquel, los árbitros tienen plena potestad de conducir el procedimiento conforme a sus atribuciones consagradas en la ley. Lo anterior pudiera considerarse como un procedimiento med-arb conjunto.

- Se establece que una de las funciones de la Junta Arbitral es “asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales” [art. 6.f RDAC]. Se indica cuál es el fin de la mediación: “que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto” No es óbice a lo anterior ya que el artículo 38 de su remisión expresa, complementa el significado de la norma al argumentar que “intentarán”
- La personalidad del mediador y su respectiva funcionabilidad como árbitro en este ordenamiento. En ese sentido, el mediador en el procedimiento arbitral, está sujeto en su actuación a los mismos requisitos que el árbitro, en cuanto a su independencia, imparcialidad y confidencialidad (Artículos

22 y 38); no obstante, tal y como lo precisa Herrera,³²⁰ aún y que se exija la imparcialidad del mediador, en ningún caso se habla de neutralidad, que son conceptos distintos, y acarrear consecuencias distintas en caso de no verificarse las mismas, como lo hemos apuntado en la tercera parte de este trabajo.³²¹

- En relación a lo anterior, el artículo 22.1, establece que quienes hayan intervenido como mediadores, no podrán actuar como árbitros en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel. Con lo anterior, se prohíbe que los mediadores funjan como árbitros en la misma controversia, sin establecer excepciones a la regla, por lo que se infiere que la prohibición es extensiva aún en el caso de que las partes dispusieran otra cosa. Es decir, que por acuerdo entre ellas decidieran que la misma persona actuara primeramente como mediador de la contienda, y posteriormente como árbitro.

- Si bien es cierto que el Real Decreto 231/2008, incluye a la mediación en su articulado 38, no establece como debe conceptualizarse aquella, mucho menos los alcances que tendrá la misma. De esa manera, no existe la posibilidad de encuadrar, atendiendo a la autonomía de las partes implicadas en el conflicto,³²² los presupuestos procesales de la mediación, no siendo permisible para ellas, moldear el procedimiento de acuerdo a sus intereses y pretensiones específicas.³²³

³²⁰ Ramón Herrera de las Heras, ob. cit. p. 190

³²¹ Tampoco lo hace la directiva CE 2008/52, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³²² Como afirma Cazorla González, “la autonomía de la voluntad de las partes es el núcleo fundamental a la hora de resolver un conflicto bajo cualquiera de las diferentes alternativas de resolución extrajudicial de conflictos, sobre todo en aquellos donde la solución la aportan ellos”. Vid. M.J. Cazorla González, La mediación de consumo en el arbitraje internacional, 2009 workshop internacional sobre ADR/ODRS. Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

³²³ Vs. La Ley 5/20012, de 5 de marzo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, a pesar de que no sea de aplicación en el ámbito del consumo, define la mediación como “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, lo que no hay duda en la doctrina es que la mediación tiene

- La misma vulneración a la autonomía de la voluntad que acontece en la mediación, debe interpretarse en el arbitraje. En efecto, según la legislación en comento, y una vez que las partes han accedido al arbitraje institucional no consensual, y como lo descifra Cazorla González,³²⁴ *“las partes tienen un ámbito de autonomía de la voluntad limitada, porque ello supone someterse al reglamento de la institución que lo administra, quedando el ámbito de libertad prácticamente reducido a decidir a que Junta Arbitral presenta su solicitud el arbitraje de consumo, y sin probabilidad de dejar a las partes la facultad de decidir sobre el asunto (salvo que acepten la mediación previa, pues en esta fase su autonomía de la voluntad es amplia y flexible), ni tendrán facultad para autorizar a un tercero a que adopte una decisión acerca del conflicto que les afecta, como permite la Ley de arbitraje de 2003.”* Por ello, insistimos que aún y que se trata de mecanismos alternos de solución de controversias, el carácter con que son previstos en esta ley, vislumbran tonalidades impositivos y no potestativas. No siendo en esencia, lo pretendido por la recomendación 1998/257/CE, de 30 de marzo, por lo que se refiere a la posibilidad de que los consumidores puedan resolver sus litigios de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos alternos.

- Finalmente, el procedimiento contemplado por la regulatoria del sistema arbitral de consumo, sólo resuelve las controversias del consumidor o usuario y un empresario, siendo además un procedimiento que de conformidad con los artículos 33.1 y 34.1, solamente se le está permitido al consumidor y usuario, iniciar un proceso de arbitraje de consumo. Es decir, en el presente caso se trata de la incorporación contractual de una cláusula

como base, al igual que sucede en el arbitraje, a la autonomía de la voluntad de las partes implicadas en el conflicto”.

³²⁴ M.J. Cazorla González, La mediación de consumo en el arbitraje institucional, UOC Workshop Internacional sobre ADR/ODRS, Septiembre 2009.

arbitral unilateral, toda vez que el accionar de este mecanismo arbitral solo es posible vía dispositivo, precisamente instado por el consumidor y usuario. Situación la anterior que no concuerda con los principios básicos de los ADR, precisamente en esos postulados que predicen en considerar a las partes, en un plano de completa igualdad, como precisamente el propio artículo 41.1 del Real Decreto 231/2008 lo tiene claramente establecido.

De esa forma, el contenido total de la presente disposición, se hace incompatible con la posibilidad de que las partes hayan previsto en su contrato comercial una cláusula med-arb de consumo, en el entendido que este procedimiento, no contempla al mecanismo de mediación, como una etapa de previo y obligatorio cumplimiento, sino simplemente su posibilidad de aparición.

Lo anterior se justifica, bajo la base que la introducción obligatoria de un mecanismo autocompositivo previamente acordado por las partes, ayuda a conseguir acuerdos más satisfactorios, toda vez que no les fue impuesta una decisión externa, sino que la solución del conflicto derivó de su propio consenso.³²⁵

Pero lo anterior, solo podrá verificarse, en la medida que se les permita a las partes, pactar desde la contratación un mecanismo compositivo de mediación vinculado con el arbitraje, por los motivos y fundamentos que hemos venido esgrimiendo en el cuerpo de este trabajo. Y que adquieren especial sustento, cuando la eficacia del procedimiento se encuentra asegurada garantizando su solución, precisamente con la atribución de un papel activo al órgano competente (como solo sucede con el arbitraje a la luz de esta ley), pero sobre todo para que se le permita al tercero interviniente la apreciación y consideración *de todo elemento útil* para la solución del litigio, y no solamente presupuestos de derecho visibles objetivamente como serían los medios probatorios, sino en general toda la

³²⁵ William L. Ury y otros, ob. cit. p. 2

contextualidad desde la perspectiva subjetiva de cada una de las partes. Lo que en aras de no ser repetitivo, sólo se logra a través de una correcta vinculación de procesos autocompositivos y heterocompositivos en un solo proceso.

d. Comentarios a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

La mediación antes denominada conciliación, como había sido contemplada en la Constitución de Cádiz, fue obligatoria como presupuesto procesal hasta 1986, estableciendo que no se podía iniciar un proceso sin acreditar haberla intentado.³²⁶

Actualmente, la mediación se extiende a una gran diversidad de materias donde puede ser aplicada, con excepción de aquellas, que por disposición legal, el Estado se reserva de manera exclusiva su competencia.

A *contrario sensu* de lo anterior, el ámbito de actuación de la mediación, se centrará en aquellas materias de libre disposición de las partes, y cuando estas de manera voluntaria decanten por este mecanismo. De acuerdo a las consideraciones de Susan B. Meek,³²⁷ la mediación es usada hoy en día, en todas las áreas de la ley y para resolver la mayoría de las disputas legales.³²⁸

La mediación propiamente no reviste técnicas dirigidas al fondo con la emisión obligatoria de una solución, por lo que su aplicación carece de

³²⁶ Luis Martí Mingarro, La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio. Revista Jurídica de Castilla de León, Núm. 3, enero de 2013. pp.1

³²⁷ Susan B. Meek, ob. cit. p. 175.

³²⁸ En contrario vid. Fernando Martín Diz, La mediación: Sistema complementario de administración de justicia. (España, Consejo General del Poder Judicial, 2009) 87. “*Ámbito de Aplicación en materias disponibles y no disponibles, quien afirma que dada la configuración actual en España, la mediación no puede abarcar todo tipo de materias y conflictos.*”

contravención alguna al derecho; tan es así, que la mediación única y exclusivamente trata de advenir a las partes para facilitar su comunicación y enderezar el camino que conduce a la solución del conflicto, no existiendo entonces algún impedimento que frene su actuar.

Lo anterior se entiende, al considerar que la mediación simplemente canaliza a las partes sobre una posibilidad de entender su controversia, y que independientemente del resultado obtenido, las partes continuaran su peregrinar para resolver el conflicto, en la forma que mejor les convenga, y donde el uso previo de la mediación no resulta preponderante para el actuar futuro de las personas.

En su concepción amplia, compartimos la opinión de Susan B. Meek, en que la mediación debe ser permitida en cualquier materia, ya que su objeto radica sobre la idea de recuperar la relación de las partes, sin que ello tenga que interpretarse a la luz de la ley y del derecho internacional e interno de cada país.

No obstante, el comportamiento de la mediación en España se encuentra sustentada y regulada en un marco jurídico que es donde deviene esa potestad de incitar a las partes a un advenimiento de sus disputas, y procurar con ello, la solución a sus diferencias.

En efecto, el actual proceso de mediación consolidado como ADR en España, tiene su fundamento legal en las siguientes disposiciones:

- **Directiva 2008/52/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

- **Ley 5/2012**, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

- **Real Decreto 980/2013**,³²⁹ de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos Civiles y Mercantiles, estableciendo en su artículo 1, el objetivo de su enmienda, consistente en facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

De igual manera que la Directiva, el propio título de la Ley 5/2012, delimita su ámbito de aplicación, exclusivamente a la regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; excluyendo de acuerdo a su artículo 2, la mediación penal, la de aquellos conflictos que puedan existir con las administraciones públicas, la laboral y la que se refiere a la materia de consumo, esta última por encontrarse regulada en su propio ordenamiento.³³⁰

Siendo entonces, que la mediación es permisible a la luz de la ordenanza en comento, para mediar todas las cuestiones que atendiendo a su naturaleza – aparte de la civil-, *sean de materia mercantil*, siendo el anterior componente el que resulta de análisis en este apartado.

Con lo anterior, se reitera la intención del Estado, de dotar de suficiente potestad a sus ciudadanos, para resolver sus contiendas comerciales de la

³²⁹ Se procedió a desarrollar cuatro aspectos fundamentales de la regulación legal; la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente del Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad, así como la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medio electrónicos.

³³⁰ Vid. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

manera que más les convenga. Así, esa potestad se vuelve patente, con el compromiso de las partes de manera clara y escrita, de someter a mediación sus controversias, asumiendo esa obligación contractual, según dispone el artículo 6 de esta Ley 5/2012 (poder de disposición de las partes sobre el proceso).

Dicho poder de disposición, se complementa con el contenido del párrafo 1 del artículo 2 de la multicitada ley, y que se refiere que dentro de ese contenido permitido, no se afecte derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

De la misma manera, y en afán de robustecer la esencia de la mediación en España, otras características con las que el legislador ha blindado el trámite de este procedimiento, es que el mismo se desarrolle bajo los principios de igualdad de las partes, respeto de los puntos de vista de los participantes y el equilibrio en sus posiciones; factores los anteriores, que optimizan el resultado, y concientizan a las personas de la seguridad del método alterno seleccionado.

La confidencialidad al igual que todos los ADR consagrados en España, se proclama como un requisito sine qua non³³¹ de su existencia, siendo extensivo en su reglamentación tanto al mediador (tercero neutral), como a la propia institución administradora, y a las partes mismas. Exentándolas, *para que de haber participado en el procedimiento, estén relevados del deber de declarar o aportar documentos a juicio o arbitraje.*³³²

³³¹ Vid. Capítulo X. La confidencialidad como requisito “sine qua non” en la cláusula med-arb.

³³² Vid. Artículo 9 confidencialidad. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial.

Ahora bien, basta con armonizar los anteriores preceptos, para dilucidar que la intención del legislador con la autorización de esta figura en los ordenamientos españoles, es que las partes en uso de sus derechos subjetivos, sean capaces de contar con herramientas idóneas para resolver sus contiendas, limitando el uso de esa vía dispositivo, a que no se afecten derechos y obligaciones que no estén dentro de esa disposición de que se habla, de acuerdo a la propia ley.

A su vez, la anterior disposición facultativa protege para que, independientemente de la plataforma en que se desarrolle la mediación, las partes intervinientes se encuentren relevadas de compartir o revelar información alguna adquirida en el proceso de mediación, sin más excepciones que las contempladas en el artículo 9.2:

- a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.*
- b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.*

Con ello, las partes garantizan plena confidencialidad en aquellos procesos incoados por ellos mismos, sin que se requiera la intervención procesal de un ente judicial que salvaguarde las anteriores prerrogativas. No obstante, el anterior principio se restringe o queda sin efecto, de acuerdo al inciso a), cuando las partes convienen de acuerdo a sus intereses, revelar todo tipo de información obtenida en el proceso de mediación, misma que al carecer de control reglamentario respecto al uso que se le pretenda dar a la misma, las partes si así es su deseo, puedan divulgar dicha información incluso en un posterior arbitraje.

Claramente la intención del legislador de nueva cuenta, sería delegar al particular una nueva capacidad de elección para revelar o no en futuras ocasiones, la información plasmada en la mediación en que fue partícipe;

intentando con ello, que cualquiera de las partes pueda, previamente a la utilización de la mediación, pactar otro mecanismo alternativo simultáneamente, o uno después de concluir el otro, en el que pueda estar previsto la utilización de la información que se revelará en la mediación; o de igual manera, que se vea imposibilitado a recurrir a otras instancias al estar impedido de utilizar la información de la que tiene conocimiento.

Con ello, las posibles violaciones que pudieran acontecer a la luz de los estándares de ética para mediadores, en relación con la conducta y comportamiento de las partes en el proceso, quedan solventados. Esto lleva a reafirmar, el carácter de autonomía de la voluntad de las partes, *para plasmar en sus contratos en materias de libre disposición*, todo aquello que sin estar prohibido en un ordenamiento, sea facultativo para las partes su ejercicio.

No pasa desapercibido el contenido del artículo 10 de la misma Ley de mediación que se cita, que de acuerdo a las anteriores conjeturas, deviene necesario su análisis. Así el artículo en comento, precisamente en la parte que interesa precisa lo siguiente:

“Artículo 10. Las partes en la mediación.

...

2.

Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

...”

(énfasis añadido)

De la anterior redacción, se establece primeramente que durante el tiempo que se tenga previsto para desahogar la mediación, las partes se encuentran imposibilitadas para instaurar en contra de las demás partes, acciones de naturaleza judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la misma, salvo ciertas excepciones, cuando se trate de medidas cautelares o casos urgentes.

De igual manera, establece el impedimento expreso para que los tribunales conozcan de las controversias sometidas a mediación durante todo el tiempo en que se ventile esta, y considerando tal limitativa desde la existencia del compromiso de sometimiento a mediación y su iniciación.

Pues bien, la sustancia de la redacción se direcciona para que las partes no puedan implantar dos mecanismos de forma conjunta y simultánea; es decir, el alcance de la norma es en el sentido de que dos entes conozcan de la misma controversia en el mismo tiempo, aún y que las partes así lo quisieran convenir, lo que en claro desavenencia, incitaría a que se postularan dos posibles resultados sobre la misma controversia; o peor aún, que la incoación de un proceso judicial sea utilizada con la finalidad de entorpecer el cauce natural de la mediación.

A su vez, la interpretación anterior aplica a lo relativo a los tribunales, en el sentido que estos ante el inicio de una mediación o compromiso de sometimiento a ella, no les está permitido también conocer de la contienda, lo que en obviedad de repeticiones, ocasionaría perjuicios en el resultado obtenido de dos mecanismos distintos.

Precisado que fue lo anterior, y en relación con las diversas posibilidades que consideran el formato de las cláusulas escalonadas, es admisible suponer que las mismas cuando se direccionan a consentir que las partes pacten el uso simultaneo de dos mecanismos en los que se incluya la mediación, carecen de

sustento legal en el derecho español, lo que conlleva a descifrar que estas son inaplicables, de conformidad con los dispositivos antes invocados.

No obstante, el legislador es omiso, en tratándose de la mediación con otros mecanismos alternos de justicia, pero no de manera simultánea como se encuentra claramente prohibido, sino de manera vinculada uno después de otro.

En otras palabras, se admite la posibilidad que la mediación pueda ir seguida de otro mecanismo, siempre y cuando no se instaure durante el tiempo que se ventile aquella, siendo la anterior, la única exclusión que consideró el legislador como impedimento procesal a la implementación de varios mecanismos de solución de conflictos.

Según se constata entonces, la mediación en España ha alcanzado un rango normativo, precisamente de la exigencia de la Directiva del Derecho Europeo CE/52/2008, aunado a la ya muchas veces reiterada, deficiente impartición de justicia del Estado. Entonces, con la reciente creación de la mediación institucionalizada (2012), se busca eficientizar el arreglo pacífico de los conflictos, y disminuir la litigiosidad, en un afán de reinventar los históricos procesos autocompositivos, ya que de no vislumbrarse de esta forma, no tendría caso la implementación en el sistema español de esta ley.

Lo anterior adquiere sustento, al considerar que previo a la Ley 5/2012 en comento, ya se preveía la integración en el sistema normativo español de la libre alternancia de solución de conflictos, como lo sería la propia ley de arbitraje y la relativa a la materia de consumo.

Concientizados de lo anterior, el verdadero paradigma que enfrentamos es que, aún con la obligatoriedad que representaba la conciliación previa vigente hasta 1986, y posteriormente trasladando esa obligatoriedad al consenso

ciudadano, volviéndola voluntaria (mediación), como acontece con la Ley 5/2012, el pretendido procedimiento autocompositivo no ha podido reducir la carga de litigiosidad judicial, debiendo considerarse que lo anterior posiblemente se deba a que la respuesta social e institucional de los mecanismos existentes, no es necesaria ni suficiente; siendo ahí donde nace esa necesidad de implementar nuevos sistemas que coadyuven con los existentes en la resolución de los conflictos, para que de esa manera, la mediación figure como complemento a otras vías alternas de solución, donde se garantice que la solución del conflicto está garantizada.

Finalmente, y dado esa posible permisión que se interpreta de poder vincular a la mediación con otro dispositivo que proporcione certidumbre de que el conflicto se solucionará, como podría ser un posible arbitraje posterior a la mediación, me parece apropiado analizar el contenido del artículo 5 de la ya referida Ley de Mediación, que literalmente establece:

“Artículo 5. Las instituciones de mediación.

1. Tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.

La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley.

Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen.

2. Estas instituciones podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.

3. El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes velarán por que las instituciones de mediación respeten, en el desarrollo de sus actividades, los principios de la mediación establecidos en esta Ley, así como por la buena actuación de los mediadores, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.”

(énfasis añadido)

Según se desprende de su primer apartado que es el que interesa, que tendrán el carácter de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación; agregando que si entre sus fines figurase también “el arbitraje”, adoptarán las medidas para asegurar **la separación entre ambas actividades**.

En primer término, conviene establecer que el legislador al definir a las instituciones de mediación, incluyó a las de origen público y privado, nacionales y extranjeras, adicionando a las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación. En atención a lo anterior, el legislador no hizo distinción alguna entre los entes dedicados a la mediación, por la que la disposición abarca sin excepciones a todo tipo instituciones o corporaciones dedicadas a proveer mecanismos de mediación, estando obligadas a cumplir fielmente el contenido de esta disposición.

En segundo término, aclara que si dentro de los fines de dichos entes figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades. Entonces, según se advierte de la disposición no se permite a las instituciones dedicadas a proporcionar servicios de mediación, que conjuntamente proporcionen asistencia en materia de arbitraje, sino que a la luz de la disposición de trato, forzosamente deberán de ventilarse por cuerda separada.

Con lo anterior, se robustece la intención del legislador de no permitir entonces, que dentro de procedimientos de mediación y arbitraje vinculados establecidos contractualmente en una misma cláusula, pueda un mismo neutral fungir primeramente como mediador y posteriormente como árbitro. En todo caso, siguiendo el mandamiento literal de la norma, tanto los procesos de mediación y

de arbitraje deben instruirse totalmente de manera independiente; aún y que la voluntad de las partes haya sido otro, como lo sería de manera conjunta en un mismo procedimiento.

e. Audiencia Provincial de Madrid. Auto 147/2013, de 18 de octubre de 2013

Si bien la mediación como el arbitraje, como métodos alternos de solución de controversias, han encontrado cabida en el derecho español, bajo los lineamientos establecidos por la propia comunidad Europea, y los organismos internacionales como la CNUDMI, poco se ha dicho sobre la posibilidad de su vinculación expresa.

Sin embargo, hasta antes del 18 de octubre de 2013, no se tenía certeza sobre la viabilidad de utilizar las cláusulas híbridas o mixtas en el derecho nacional, lo que sin lugar a dudas, se traducía forzosamente en un dispositivo legal “contractual” para fomentar la voluntariedad de las partes, de pactar aquellos que les fuera más benéfico a la luz de la normatividad vigente.

De esa forma, la interpretación extensiva a los lineamientos legales, se presumía bajo la perspectiva, que si las partes así lo habían pactado, podrían someterse primeramente, a un proceso de mediación para dirimir su controversia, y posteriormente si así lo hubiesen decidido, someterse a un arbitraje que de manera definitiva pondría fin a la contienda.

Lo anterior, no era mas que una actividad contractual motivada de las partes, pero se insiste, no existía disposición legal alguna que de manera expresa fundara lo anterior.

Bajo ese paradigma, España carecía de una normatividad extensiva sobre las cláusulas híbridas, siendo que las cláusulas que se considerarían nulas, serían aquellas que permitían optar entre acudir a un arbitraje o a la vía judicial como la que facultaba a las partes para elegir entre dos o más circunscripciones dentro del territorio nacional o entre jurisdicciones internacionales; lo anterior, con independencia de que la opción se otorgara a todas las partes o sólo a alguna de ellas.³³³

Sobre este apartado, recordemos que las anteriores nulidades, se referían exclusivamente a las cláusulas híbridas, pero concernientes a la sumisión expresa a dos o más jurisdicciones, pero sin precisar señalamiento alguno sobre la materia que nos ocupa, y que se refiere a la conjunción de la mediación y arbitraje en un único proceso.

Fue entonces, cuando con la promulgación de las ya comentadas LEC y LA, que se suprimieron las exigencias que motivaban la nulidad de las cláusulas contractuales propuestas por las partes; sin embargo, el legislador seguía renuente en manifestarse sobre las cláusulas que en este análisis interesan: las cláusulas med-arb.

Sobre el particular, recordemos que la doctrina ha sido muy extensiva en considerar la validez de las cláusulas med-arb, previniendo específicamente su aplicación, a la labor del tercero neutral que participará de ambos procesos, lo que principalmente como lo hemos apuntado, es el factor que representa mayor riesgo para las partes.

Hace apenas dos años ha sucedido en España, un acontecimiento importante y de especial relevancia en esta investigación, que es la resolución emitida por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, que reviste un

³³³ Álvaro López de Argumedo Piñeiro y Constanza Balmaseda , ob. cit. p.6.

especial interés en relación con el arbitraje internacional, y las ya identificadas cláusulas escalonadas, que combinan la cláusula arbitral con otras como la mediación o de sumisión a una determinada jurisdicción.

En virtud de la cual, se resuelven –por primera vez- matices que hacen figurar que se admiten en el derecho español las cláusulas híbridas y que se refieren a la implementación por voluntad de las partes, a una sumisión ya sea optativa, o en su caso, si es también el efecto de la resolución que se comenta, que sea consecutiva. Es decir, el primer supuesto que se convalida es si efectivamente las partes pueden optar de acuerdo a su potestad contractual, a recurrir a un arbitraje ó a los tribunales de determinada jurisdicción, o viceversa.

En el segundo supuesto y caracterizado por ser una cláusula también escalonada, la permisión de que las partes puedan consecuentemente después de acudir a un medio alternativo (mediación o arbitraje), recurrir posteriormente y de manera obligatoria por así haberse plasmado su voluntad, a otro mecanismo que resuelva definitivamente su contienda.

No obstante, el auto de la Audiencia Provincial al resolver la controversia planteada, ha hecho énfasis en los siguientes puntos específicos:

- Primero, sobre la validez o invalidez de una cláusula mixta de sometimiento a un mecanismo de arbitraje y simultáneamente a una determinada jurisdicción y competencia de los tribunales de un Estado.
- Segundo, cuando se trata de cuestiones sobre competencia, sobre la posibilidad de someter al arbitraje las situaciones que se presenten con motivo de la validez o invalidez de determinadas cláusulas contractuales, cuando deben ser consideradas a la luz de disposiciones no arbitrables, como sería el derecho de la competencia.

En ese orden de ideas, conviene traer a colación, el pronunciamiento hecho por la Audiencia Provincial de Madrid en el auto de 18 de octubre de 2013, en el que se reconoce la validez de las cláusulas híbridas en el derecho español.

En dicho auto, se resuelve un caso en relación a dos contratos suscritos ente un fabricante de camiones de nacionalidad holandés y un concesionario de nacionalidad española. En el cuerpo del contrato, se establecía una cláusula de resolución de controversias que permitía a las partes a optar por los tribunales jurisdiccionales de Holanda (Hertogenbosch), o al arbitraje, ante el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos.

El concesionario español, intentó entablar demanda judicial ante los tribunales de Madrid, misma que fuera desestimada, por argumentar el Tribunal que carecía de jurisdicción para conocer de la contienda, por existir una cláusula híbrida de sumisión expresa a los tribunales judiciales holandeses o al respectivo Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, no existiendo referencia alguna para optar por los tribunales de Madrid, como aconteció en el presente caso.

Del análisis que se haga a la resolución en comento, se determinó la validez de las cláusulas híbridas en su expresión generalizada, resolviéndose de la siguiente manera:

“SEGUNDO.- Los acuerdos de sumisión a arbitraje de carácter internacional son perfectamente lícitos, tiene su cobertura legal en el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (que es para España de aplicación universal, es decir, incluso frente a Estados no contratantes) y en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que de dichas normas se deriva, pues lo contrario carecería de sentido, el reconocimiento de la eficacia y validez del acuerdo arbitral que opera como presupuesto de reconocimiento y ejecución de la resolución arbitral.

Asimismo, no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía).

En el presente caso este tribunal constata que existe una clara evidencia de la existencia de un convenio arbitral, materializado en una cláusula de sumisión a arbitraje, del tipo de acuerdo híbrido al que nos hemos referido (arbitraje/jurisdicción), que está plasmada por escrito en los contratos suscritos por las partes litigantes, y no advertimos que la misma presente graves deficiencias que apuntaran a la posible nulidad de la misma. Vamos, no obstante, a efectuar algunas consideraciones al respecto, aunque pudiera reprochárse nos el que estemos efectuando un control de validez "ex ante" del convenio arbitral (en lugar de deferirlo al cauce del propio arbitraje), pues tampoco deseamos dejar en el aire el debate que las partes nos han sometido.

La parte recurrente pretende negar la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que están relacionadas con la tutela de la libre competencia (que está entroncada además en la aplicación del Derecho europeo).

...

TERCERO.- *En lo que atañe al pacto de sumisión judicial, hemos de significar que la competencia internacional de los tribunales españoles no sólo se regula por normas nacionales, sino también por las internacionales,*

...

PARTE DISPOSITIVA

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de CAMINALAGA SAU contra el auto dictado el día 4 de mayo de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil no 11 de Madrid , en el procedimiento núm. 478/2.010 del que este rollo dimana.

2.- Declaramos inadmisibile el recurso de apelación que la representación de CAMINALAGA SAU ha pretendido hacer valer contra el auto de 29 de marzo de 2012

...”

(énfasis añadido)

De esta manera, tal y como lo expone López de Argumedo,³³⁴ la decisión en comento, confirma el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual debe prevalecer en materia de determinación del foro aplicable (salvo cuando haya intereses públicos en juego o razones de especial protección de una de las partes).

Agregando que dicha resolución, supone un claro respaldo al arbitraje, en la medida en que defiende la validez y eficacia del convenio arbitral, con independencia de que se presente combinado con pactos de sumisión a una jurisdicción **o a otras vías de resolución de conflictos**, sin que ello obste en absoluto a su validez.³³⁵

Lo anterior -se insiste-, no precisa los alcances de dichas cláusulas, mucho menos en lo atinente a la combinación de varios procesos alternos en uno solo; sin embargo, de la redacción armónica de los razonamientos vertidos por los Tribunales Españoles, se advierte que la definición que brinda a las cláusulas híbridas, es extensiva y no limitativa, atendiendo –como ya se dijo- al respeto de la voluntad de las partes para pactar lo que a ellos les convenga.

De igual manera, otra precisión que deviene trascendental atender, es que el pronunciamiento hecho por el tribunal se refiere única y exclusivamente a un enfoque desde la perspectiva internacional, según se lee del segundo fundamento de la resolución, y no propiamente de aplicación en el territorio español. Lo anterior, toda vez que la resolución en comento, deviene de la aplicación de las diversas disposiciones internacionales de las que España forma parte, y no precisamente de una interpretación de los ordenamientos españoles existentes.

³³⁴ Álvaro López de Argumedo Piñeiro y Constanza Balmaseda, ob. cit. p.6.

³³⁵ Álvaro López de Argumedo, y Constanza Balmaseda, 2014. ob.cit.7.

De esa manera, no existe pronunciamiento claro sobre lo que debe considerarse en el derecho interno, por lo que se refiere a la aplicación de este tipo de pactos contractuales, sabiendo del antecedente que existe en relación a este tipo de cláusulas que han sido declaradas ineficaces; pero de nueva cuenta hacienda la aclaración, por lo que se refiere a la elección del foro arbitral, en renuncia expresa de las autoridades jurisdiccionales, aunado al criterio restrictivo que debe dársele a la cláusula de sometimiento al arbitraje.³³⁶

En concordancia con lo anterior, considérese que se trata de un auto aislado, sin que sea de observancia obligatoria para los demás tribunales; siendo indispensable el pronunciamiento respectivo por otras Audiencias Provinciales sobre la materia, o en caso de suscitarse el supuesto, que sea materia de resolución definitiva por parte del Tribunal Supremo de España.

Consecuentemente a todo lo anteriormente argumentado, la verdadera realidad es que no existe un pronunciamiento claro y definitivo, sobre la viabilidad de las cláusulas híbridas en general, incluyéndose las que son objeto de esta síntesis, que es la relativa a poder vincular la mediación y arbitraje en una misma cláusula, sin que posteriormente puedan ser declaradas ineficaces este tipo de estipulaciones contractuales.

f. Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación

Dentro de las novedades implementadas en materia de cláusulas escalonadas en el derecho español, el 9 de junio de 2015, el Comité de la Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación, aprobó por unanimidad de sus miembros la introducción en su Reglamento de Mediación, de la primera “cláusula

³³⁶ Vid: Sentencia 35/2013, de 16 de mayo. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección 1ª Sala Civil y Penal) Sentencia de la Primera Sala de lo Civil de 18 de febrero de 1993, del Tribunal Supremo.

escalonada”, mediante la cual se permite que las partes convengan en combinar la mediación con el arbitraje.³³⁷

De esa manera, se ofrece la posibilidad de suscribir en los contratos comerciales una cláusula híbrida, para que en caso de que surja un conflicto entre las partes, primeramente se proceda a desahogar una fase previa de mediación, y a falta de solución al conflicto, las partes puedan recurrir inmediatamente al arbitraje.

Para mayor comprensión de lo anterior, me permito citar textualmente el contenido de la cláusula en comento:

"Cualquier controversia civil o mercantil que haya surgido o pueda surgir entre las partes se resolverá mediante mediación administrada por el Servicio de Mediación de la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, de acuerdo con su Reglamento y demás normativa aplicable, al que se le encomienda la administración y desarrollo de la mediación.

Así mismo, las partes intervinientes acuerdan que, para el caso de finalizar la mediación sin alcanzar un acuerdo, la controversia objeto de la presente mediación se resuelva definitivamente mediante arbitraje (), en el marco de la Corte Aragonesa de Arbitraje de la Asociación Aragonesa de Arbitraje a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o árbitros de acuerdo con su Reglamento. Así mismo, las partes intervinientes en el arbitraje se comprometen a realizar en el momento en que sean requeridas para ello las provisiones de fondos fijadas por la Corte."*

* «de equidad» o «de derecho».

El primer párrafo de la cláusula modelo propuesta, es una réplica de la cláusula tradición del citado reglamento, estableciendo que cualquier controversia

³³⁷ Fuente. Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación

civil o mercantil, se resolverá por un proceso de mediación por el Servicio de Mediación de la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, de acuerdo al presente reglamento.

En el segundo párrafo adicionado, se determina que si las partes intervinientes al finalizar la mediación no se ha alcanzado un acuerdo, las partes someterán las controversias para que se resuelvan definitivamente mediante arbitraje el que podrá ser de equidad o de derecho, delegando a la Corte Aragonesa de Arbitraje la administración del arbitraje y lo que resulta importante, la designación de los árbitros de acuerdo con el propio reglamento.

De esa manera, conviene hacer especial énfasis en ciertas determinaciones del reglamento, las cuales precisan el alcance de los procesos administrados.

El reglamento de mediación en comento, se dicta de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y de lo previsto en los artículos 4 y 6 de los Estatutos de la Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación, así como de conformidad con lo establecido en la legislación vigente. (Artículo preliminar)

En cuanto a su aplicación, se incluyen las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones no disponibles para las partes en virtud de la legislación aplicable. (Artículo 3)

En su artículo 5, también se establece el deber de confidencialidad sobre el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo, salvo de las excepciones previstas en la Ley. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, a las partes en conflicto y a sus representantes, y a todas las

personas que puedan intervenir en el procedimiento, de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

Dicho deber de confidencialidad, se complementa con lo dispuesto en el artículo 12, donde se establece que toda persona que participe en el procedimiento, queda obligada al deber de confidencialidad, así como la documentación utilizada en el mismo. Agregando que la confidencialidad de la mediación y de su contenido, impide que los mediadores o las personas que participen en el mismo, estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de este procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, *excepto*: cuando las partes, de manera expresa y por escrito, dispensen de esta obligación.

Con la anterior excepción, puede entenderse que la información recabada en el proceso de mediación si las partes así lo acuerdan, puede ser utilizada en el subsecuente proceso de mediación, ante la existencia de una cláusula de esta naturaleza. Lo que con ello, se corrobora la autonomía de la voluntad de las partes, para dar cumplimiento a sus propias estipulaciones.

Se contempla también que el mediador pueda ser elegido por las partes de entre aquellas personas inscritas en el Registro de Mediadores de la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, estableciendo también que el mediador se mantendrá neutral, independiente, objetivo e imparcial durante la mediación (Artículo 7).

Dentro de los requisitos para ser mediador, se incorpora acreditar tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervenga. (Artículo 9)

Finalmente, se encuentra prevista como causa de finalización de la mediación, entre otras, cuando las partes acuerdan someter el conflicto a arbitraje o una de ellas iniciar o continuar un proceso judicial. Lo anterior, claramente tiene su precedente en la permisión de que las partes puedan hacer uso de cláusulas vinculadas que previamente se armonicen con sus intereses en relación con la solución del conflicto.

Por su parte, el artículo 18, hace mención a la posibilidad de encausar dos procedimientos de manera simultánea, precisando que el servicio de mediación *no impedirá*, en ningún momento del procedimiento que las partes puedan iniciar un proceso judicial o arbitral. Agregando que cuando no se consiga un acuerdo en la mediación, se invitará a las partes a someterse voluntariamente al arbitraje de la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación.

Es de llamar la atención que en dicho reglamento, no se establece la prohibición para que aquel que haya sido mediador, pueda posteriormente convertirse en árbitro y conocer de la misma contienda. De igual manera, en el propio Reglamento de Arbitraje, tampoco se desprende prohibición alguna para que los árbitros reglamentados por la propia Corte, puedan fungir en una mediación previa.

No obstante, lo que sí precisa el reglamento de Arbitraje de la Corte Aragonesa, es que el árbitro debe permanecer durante el arbitraje independiente, imparcial, no pudiendo mantener con las partes relación personal profesional o comercial, imponiéndole también la obligación de declarar cuantas circunstancias puedan motivar duda justificada sobre su imparcialidad e independencia.(Artículo 24)

Finalmente, también se contempla que durante las actuaciones arbitrales las partes llegarán a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la

controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones respecto de los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan, dictaran laudo en los términos convenidos por las partes, añadiendo que dicho laudo tendrá la misma naturaleza y eficacia del laudo dictado sobre el fondo del litigio. (Artículo 40)

De esa forma, y a manera de enfatizar los rasgos más sobresalientes del proceso de mediación vinculado al arbitraje, la Corte Aragonesa ha sido partícipe de permitir estas cláusulas, siendo que las mismas aún carecen de una normativa nacional expresa que implemente su aplicación; por lo que, sus posibles ineficacias son latentes en un ordenamiento nacional que omite manifestarse al respecto, como también lo ha omitido la propia Comunidad Europea.

Lo anterior también puede suscitarse, debido a que como se sabe algunos de los recientes Estatutos de Autonomía se atribuye la competencia exclusiva sobre “la regulación de los procedimientos de mediación”, siendo el caso de esta permisiva de la Provincia de Aragón, previsto en su artículo 71.26^a, de su Estatuto de Autonomía, aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril; por lo que, se dificulta la homologación en ese sentido de una disposición que aplique de igual manera a todas y cada una de las Provincias Autónomas.

XVIII. CONSIDERACIONES FINALES A LA CUARTA PARTE

Determinar la naturaleza jurídica de una institución del derecho, así como los efectos que produce, cuando la misma no se encuentra nominada por el legislador en un ordenamiento legal; o en su caso, por alguna institución con competencia para ello, como sucede con lo relativo a la cláusula med-arb, es a todas luces una cuestión que requiere precisar el ámbito legal aplicable en los casos de suscitarse un conflicto.

Si bien hemos clarificado la aplicación de cláusulas med-arb tanto en el derecho internacional (CCI), como en el derecho interno español (Corte de Arbitraje y Mediación de Aragón y Audiencia Provincial de Madrid mediante el auto 147/2013, de 18 de octubre de 2013), no existe específicamente un ordenamiento que regule su aplicación, y posteriormente que resuelva lo concerniente sobre su legalidad en caso de un conflicto.

No obstante, sabemos que tanto los procesos de mediación como de arbitraje, sí se encuentran regulados por el derecho internacional, al igual que por el derecho interno nacional de los países que los han adoptado, que en el presente caso, España se encuentra convalidado con esa posibilidad. Pero se insiste, se han regulado ambos procesos de manera independiente y no considerando los riesgos y dificultades que pueden contraer la vinculación de los mismos en un mismo procedimiento.

Como nota caracterizadora de los métodos alternos de solución de controversias en relación con lo anterior, es que nadie puede ser sometido a ellos sin su consentimiento previo; es decir, no es posible iniciar ninguno de estos mecanismos de forma unilateral de alguna de las partes contratantes, o que sea impuesta por algún tribunal del Estado, tan es así, que para poder comenzar

cualquier proceso de esta naturaleza, forzosamente se requerirá la voluntad de todas las partes involucradas en la contienda.

De esa forma, y a manera de ejemplificar lo anterior, el principio de la voluntad de las partes rige en las materias dispositivas así clasificadas por el legislador, incluyéndose aquellas referidas a los ADR, como en las demás técnicas auto y heterocompositivas, agregando que, a través del citado principio, las partes pueden decidir sustraer cualquier conflicto presente o futuro de la judicatura estatal, para someterse a las vías extrajudiciales disponibles.³³⁸

Con lo anterior se entiende, que las partes entonces pueden pactar atendiendo a su libre voluntad, la manera y forma de resolver sus disputas, siendo importante mencionar que dicha potestad, no se encuentra exagerada al modo de considerar que toda materia será resuelta a capricho de las partes, sino solo en aquellas a las que el Estado no se halla guardado su potestad de actuación y resolución.

De esa manera, conviene precisar los alcances de esa voluntad de contratar, para considerar a la cláusula med-arb dentro de este parámetro de decisión consagrado al criterio de los propios contratantes.

1. La voluntad autónoma de contratar como naturaleza jurídica de la cláusula med-arb.

El valor de este principio, se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, traduciéndose en esa posibilidad que tienen las personas para regular

³³⁸ Brian Haderspock, Reflexiones en torno a las cláusulas escalonadas. Revista ADR News (Acuerdo Justo) Año 1. Número 1, 2015.

libremente sus intereses, y ejercitando los derechos subjetivos de los cuales son titulares, concertando a su libre albedrío los negocios jurídicos que deseen.³³⁹

De esa forma, la autonomía de la voluntad de las partes, es un principio básico del derecho de los contratos; no obstante, como es bien sabido, dicha prerrogativa constitucional tiene límites que la propia ley encuadra, en aquellos casos por estimarse que son facultades que deben ser ejercidas de manera absoluta por el propio Estado.

En ese orden de ideas, en el caso de los mecanismos alternos de solución de conflictos, por no tratarse de instancias judiciales, el legislador ha permitido que sea potestativo para las partes recurrir a ellos o no, ejercitando el tan aludido derecho expuesto en todo el esquema de este trabajo, y que se refiere a la voluntad de las partes.

Convalidado lo anterior, el contrato viene a ser el acuerdo creado de las relaciones jurídicas entre las personas, mediante el cual los particulares llevan a cabo sus fines jurídicos, pudiendo convenir también, la forma en que se llevarán a cabo la solución de los mismos en caso de desavenencia entre ellos.

Por ello, el contrato en palabras de Hernández Fraga,³⁴⁰ debe ser considerado como el producto del consentimiento, aunado a que con ello, las estipulaciones de las partes, quedan sujetas a un compromiso escrito, mediante el cual se reconocen todos y cada uno de los aspectos que las partes así quisieron proteger.

³³⁹ Katuska Hernández Fraga, El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa. Núm. 6, junio 2012. Universidad Cienfuegos. pp.27-46.

³⁴⁰ *Ibid.* p.30.

Ahora bien, ese compromiso a pactar a través de un mecanismo alterno la solución a sus futuros conflictos, es el que reviste mayor trascendencia desde la perspectiva de la producción de los efectos jurídicos del contrato. Siendo que, si esa voluntad se manifiesta lícitamente en una materia que se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, el derecho sustantivo y procesal, tiene que reconocerla como fuente creadora de consecuencias jurídicas y dotar los medios necesarios para asegurar su eficacia.

Precisado que fue lo anterior, dicha permisión a la voluntad de contratar, debe ser extensivo a la libertad de elegir el tipo contractual, y el contenido del mismo, atendiendo claro está a la propia intención de las partes.

Así, el artículo 1255 del Código Civil Español vigente, claramente establece lo siguiente:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”

De esa forma, el dispositivo expone la autonomía de la voluntad de las partes para establecer pactos, “cláusulas” y condiciones que convengan, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

De igual manera, el Código Civil al hablar del objeto de los contratos, precisa lo siguiente:

“Artículo 1271.

Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”

Bajo esta potestad, serán objeto de contratación todas las cosas que son comercializables entre los hombres; es decir, aquellas que encierran un valor material y objetivamente cuantificable. Lo mismo sucederá con los servicios que no vayan en contra de las leyes o a las buenas costumbres.

Entonces, atendiendo a esa voluntariedad contractual, las partes deben de ser libres de poder obligarse contractualmente al mecanismo de resolución de controversias que ambicionen, incluyéndose si es el caso el reconocido a nivel internacional como de tipo med-arb, si es que así ha sido su voluntad de contratar, en el entendido que aunado a esa voluntariedad de que se habla, como causa generadora de las consecuencias jurídicas, se encuentra presente el reconocimiento formal de esa voluntad por parte del ordenamiento jurídico, que ha permitido la instauración tanto del arbitraje a través de la ley y de la mediación mediante la ley, situación que no acontece, en el caso de dichas alternancias escalonadas (med-arb).

De esa forma, al materializarse los dos supuestos anteriores, se da cabida a la existencia del contrato, el cual adquiere su esencia desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, o a dar alguna cosa o prestar algún servicio. (Artículo 1254 del CC)

Es por lo que, de esa interpretación intrínseca que se haga de las normas en beneficio de los individuos, como es la forma en que deben de ser interpretadas para no corromper los derechos humanos consagrados por el Estado de Derecho, nace la potestad de las partes para estipular en sus contrataciones el método alternativo de solución de conflictos que estimen más convenientes a sus pretensiones. Más aún, dicha libertad de actuar, debe

interpretarse a todo aquél mecanismo alternativo que, sin situarse en las limitaciones legales antes mencionadas, pueda ser moldeado a las propias necesidades y caprichos de las partes.

No siendo óbice a lo anterior, el que los ADR actuales tengan estructuras definidas e independientes, ya que la propia ley es la que faculta al particular a utilizar a su beneficio todo aquello que no esté expresamente prohibido.

Por lo tanto, la utilización de cláusulas mixtas o vinculadas como la cláusula med-arb de resolución de disputas, es cada vez más frecuente en el tráfico internacional debido a las ventajas que presentan y que han sido analizadas en esta breve presentación, siendo la propia voluntad contractual la que dota en principio, de validez este tipo de acuerdos.

Siguiendo entonces el cauce formal de la contratación entre privados, y de acuerdo al anterior análisis, sí debe entenderse permisible para las partes si así lo desean, el poder obligarse mediante una cláusula med-arb a dar alguna cosa o prestar algún servicio, lo cual se satisface a la luz del artículo 1261 del mismo ordenamiento civil, al haberse establecido el consentimiento y el objeto cierto en materia de mediación y arbitraje.

Finalmente, del análisis que se haga a dichos artículos, claro está que el contrato es la manifestación más pura de la autonomía de las partes; no obstante, en la presente materia, por lo que se refiere a las cláusulas escalonadas, no es suficiente la reglamentación existente, ya que no se puede llegar a suponer que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico; siendo necesario el reconocimiento expreso dentro del contexto legal existente. En efecto, el contrato, por tanto, debe dejar de ser un

resultado de la autonomía privada para ser el producto de la adecuación entre el resultado pretendido por las partes y el ordenamiento jurídico.³⁴¹

Lo anterior debe de entenderse así, en un continuo afán por armonizar las reglamentaciones en materia de comercio, de acuerdo a las pautas que han sido consideradas por el comercio internacional, en su afinidad de que se incrementa el desarrollo económico y social exigido por la globalización, mediante la implementación de herramientas más eficientes de contratación, y de solución a las contiendas que deriven de aquella.

2. La perspectiva de la cláusula med-arb en España.

En el ámbito de la contratación internacional, se ha vuelto más común la adopción de cláusulas específicas de resolución de controversias, lo que ha permitido que los contratantes puedan determinar con antelación al conflicto una serie de mecanismos, que mediante el empleo de cláusulas escalonadas que prevén el empleo de diferentes métodos, otorgan mayores seguridades jurídicas a la transacción.

De esa manera, como lo hemos expuesto en este trabajo, los principios fundamentales que administran tanto al arbitraje como a la mediación son los mismos (confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, etc.), y donde la única diferencia medular radica precisamente en el papel que desempeñará el tercero neutral, a través de un sistema autocompositivo y/o heterocompositivo.

Por ello, dado sus ventajas también ya expuestas y justificadas, es por lo que en el ámbito internacional principalmente, se hacen uso de las mejores

³⁴¹ Katuska Hernández Fraga, ob. cit. pp.30-46.

herramientas que presentan cada uno de ellos, pactando su implicación a través de las llamadas cláusulas escalonadas.

En consecuencia, debe ser más común en la práctica la fijación de contratos con una cláusula que, en el caso de que surja un conflicto, se inicie la etapa de mediación entre las partes, y si esto no fuera suficiente y el conflicto persistiera, se podría recurrir a un arbitraje formal

Si bien como lo hemos argumentado, en España aparentemente el uso de estas disposiciones no se encuentra prohibido, si es menester legislar al respecto en un afán de dar completa seguridad a las partes sobre la perspectiva que se espera de un nuevo sistema que no ha sido desarrollado claramente en la legislación española.

Así, los precursores de estos mecanismos deben considerar continuamente, la adecuación de nuevos mecanismos alternos para solucionar los conflictos, pero sobre todo que busquen adaptarse a las necesidades e intereses de las partes en la actualidad. Por ello, cuando las reglas de la mediación y arbitraje son inconsistentes con las perspectivas de las partes en conflicto, deviene necesario combinar las aptitudes de ambos procesos para perfeccionarse y cubrir aspectos que de manera aislada e independiente no podrían conseguirse.

Por consiguiente, las cláusulas escalonadas tienen como propósito cardinal, la solución pacífica del conflicto, mediante la comprensión y buena voluntad de ceder, en un primer paso, lo que redundará en lo que viene a significar la búsqueda de una cultura de paz. Así, ante la incertidumbre ligada a la resolución judicial de los conflictos, cada vez son más los contratantes –sobre todo en el ámbito del comercio internacional– que deciden incluir cláusulas de mediación en sus contratos. Al lado –o en vez– del clásico convenio arbitral, formalizado mediante cláusula incorporada a un contrato (art. 9.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de

arbitraje), apareciendo en la práctica compromisos contractuales que abogan preferentemente por métodos autocompositivos de resolución de controversias.

Ello, conlleva a permear las primeras aspiraciones de los derechos internos de cada país, para considerar y facilitar su incorporación en sus disposiciones legales; con la única intención de adicionar herramientas que cada día vayan adaptándose a las necesidades propias de dar soluciones efectivas y perdurables al conflicto.

Con esto, queda por demás de manifiesto, la viabilidad de inclusión de cláusulas híbridas tipo med-arb, en las contrataciones que así lo requieran, puntualizando que sus desventajas, pueden ser claramente detenidas y neutralizadas, a través de elocuentes cláusulas contractuales, donde se eviten posibles deficiencias que puedan culminar en patologías de difícil reparación a los intereses de las partes, pero aprovechando las ventajas que este nuevo proceso representa.

Es cierto que hasta ahora, debido al escaso desarrollo en España de los sistemas extrajudiciales de resolución en general, y de la mediación en particular, no abundan instituciones que ofrezcan este servicio “global”; no obstante podemos hacer referencia a la fundación Signum, promovida por el Colegio Notarial de Madrid, que ofrece ya sus servicios a través de profesionales cualificados por todo el territorio español.³⁴²

Con este marcado y reciente antecedente como el caso de la Corte Aragonesa, esta labor pionera no se va a quedar aislada, ya que la actividad de estas instituciones y su labor de promoción de soluciones colaborativas será muy beneficiosa para quienes busquen ampararse en ellas y para el conjunto de la sociedad.

³⁴² Vid. <http://www.fundacionsignum.org/>

3. Resoluciones de otros países en relación a la cláusula med-arb.

a. República de Singapur. (SIMC y SIAC, 2014)³⁴³

EL centro de mediación internacional de Singapore (The Singapore International Mediation Centre, SIMC) , estableció el 5 de noviembre de 2014, que en apoyo del Centro de Arbitraje Internacional de Singapore (Singapore International Arbitration Centre, SIAC), promoverían la mediación dentro del arbitraje internacional a través de un nuevo protocolo ARB-MED-ARB (AMA PROTOCOL)

El protocolo AMA, permite a las partes iniciar un proceso de arbitraje ante el SIAC, y posteriormente acceder a un proceso de mediación ante el SIMC. El proceso se ventilaría como un arbitraje regular, y ante el Protocolo AMA, posteriormente una vez constituido el procedimiento arbitral, se encuentra previsto que “ese mismo tribunal” seguirá siendo el competente para ventilar el proceso de mediación ante el SIMC.

Así, las partes pueden hacer uso del Protocolo de AMA en Singapur, incorporando la cláusula modelo Arb-Med-Arb³⁴⁴ en sus contratos, en relación a las controversias ante el SIAC y el SIMC.

b. Hong Kong (AO y MO, 2011)

En el caso de Hong Kong, su legislación nacional incluye la denominada “Arbitration Ordinance”,³⁴⁵ misma que fielmente permite la utilización del proceso

³⁴³ Vid: <http://simc.com.sg/new-dawn-mediation-launch-singapore-international-mediation-centre-simc-introduction-siac-simc-arb-med-arb-protocol/>

³⁴⁴ Vid: http://simc.com.sg/new-dawn-mediation-launch-singapore-international-mediation-centre-simc-introduction-siac-simc-arb-med-arb-protocol

med-arb. No obstante, la diversa disposición de este país para ventilar los arbitrajes internacionales “The Hong Kong International Arbitration Centre” (HKIAC)³⁴⁶, no permite la mezcla med-arb para ser parte del proceso de arbitraje contenido en sus estatutos.

La nueva Ordenanza de Mediación (Mediation Ordinance)³⁴⁷ de Hong Kong,³⁴⁸ que entró en vigor el 1 de enero de 2013, implementa interesantes novedades en relación con la citada Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (Arbitration Ordinance), que entró en vigor en 2011, por lo que se refiere a los procesos de resolución de disputas de varios escalones, mediación y arbitraje (med-arb y arb-med-arb)

Por su parte la AO, fomenta como se mencionó el uso de med-arb, donde se nombra a un mediador, para tratar de resolver la disputa, antes de que se inicien las actuaciones arbitrales. Mediante la opción arb-med-arb, el tribunal arbitral asume el papel de mediador a través del procedimiento de arbitraje, con miras de llegar a una acuerdo, que será validado como laudo arbitral.

Ahora bien, la MO se aplica a todas las mediaciones en que las partes han suscrito un acuerdo de mediación, nacionales e internacionales. Sin embargo, hay algunas excepciones a la aplicación de la MO, siendo una de ellas que no permite su aplicación conjunta con el arbitraje.

³⁴⁵ Consultable en:

http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075?OpenDocument&bt=0.

³⁴⁶ Disponible en: <http://www.hkiac.org/en/>

³⁴⁷ Vid. <http://www.legislation.gov.hk/>

c. Ontario, Canadá. (Marchese v Marchese [2007] OJ No 191, 2007)³⁴⁹

El Tribunal de Apelaciones de Ontario, ha confirmado como válidos y forzosos, los acuerdos a participar en procesos de mediación y arbitraje combinados, conocidos como med-arb, en relación con la propia Arbitration Act,³⁵⁰ que expresamente prohibía este tipo de combinaciones.

La Corte sostuvo que un acuerdo para someterse a med-arb era ejecutable, a pesar de que una disposición en el Estatuto de Arbitraje Nacional (Domestic Arbitration Statute), prohibía a los árbitros el conducir cualquier parte del procedimiento de arbitraje como una mediación.

A diferencia del Estatuto de Arbitraje Nacional, el Estatuto de Arbitraje Comercial Internacional (International Commercial Arbitration Statute), sí permite el uso de la mediación, “con el consentimiento de las partes” dentro de los procesos de arbitraje para alentar los acuerdos.

Con el Caso Marchese, se dejó en claro que los disputantes, pueden “expresamente” optar por med-arb.³⁵¹

d. E.U.A. (Kemiron Atlantic vs. Aguakem International, 8 de mayo de 2002)³⁵²

La Corte de Apelaciones Estadounidense,³⁵³ fue llamada para interpretar un acuerdo en el que habían estipulado las partes un ADR que incluía procesos de mediación y arbitraje. Lo anterior, para que las disputas fueran entendidas según

³⁴⁹ Ontario Court of Appeal. 2007 ONCA 34, [2007] O.J. No. 191.

³⁵⁰ Vid: *Arbitration Act*, S.O. 1991, c.17, s. 35.

³⁵¹ Vid: <http://www.ontario.ca/laws/>

³⁵² Vid: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/290/290.F3d.1287.01-16400.html>

³⁵³ 290 F.3d 1287 (11th Cir. 2002)

la interpretación de unas de las partes a través de mediación, y que el arbitraje sería posterior para aquellas disputas no solucionadas previamente.

Cuando surgió una controversia entre las partes sobre el pago, Kemiron Atlántico, Inc. presentó una acción judicial, la Corte de Apelaciones Estadounidense, razonó que al fijarse claramente el número de días que debería durar la mediación, la forma en que la misma iniciaría, así como haber establecido que una vez agotada la misma se procedería al arbitraje, era suficiente para considerar que aún y que expresamente no se había establecido el proceso de mediación como una condición previa al arbitraje, de la propia redacción se desprendería dicho sentido y como consecuencia se declaró la validez de dicha cláusula med-arb..

e. Inglaterra y Francia (Euro túnel, 1994)³⁵⁴

El 6 de mayo de 1994, a través de la Reina Isabel de Inglaterra y François Mitterrand, presidente de la República Francesa, se inauguró el túnel subterráneo del Canal de la Mancha (Channel Tunnel o Eurotunnel), que comunicaría a Inglaterra con Francia.

El procedimiento para arreglar las posibles disputas, se estableció en la cláusula 67, donde se establecía un sistema escalonado de dos instancias; primeramente, se obligaba a someter cualquier disputa a un Comité de resolución de litigios (Panel de expertos), el cual emitiría una decisión con carácter previo a la posibilidad de acudir al arbitraje; de esa manera, se utilizaban los mecanismos pre arbitrales de resolución de controversias. En caso de necesitarse el proceso de arbitraje, se estableció la remisión expresa a las Reglas de la CCI de 1988.

³⁵⁴ Isabel Reig Fabado, “Obras de infraestructura bajo financiación privada: la experiencia europea del proyecto euro túnel frente al proyecto argentino-boliviano del gasoducto”.(Revista Boliviana de Derecho, número 6, 2008): 133-154.

El panel de expertos y los árbitros trabajaban conjuntamente, siendo que las controversias eran resueltas progresivamente por ambos órganos (prearbitral y arbitral), debe considerarse que para que las decisiones del panel fueran de carácter obligatorio, era necesario que todos los miembros emitirán una resolución por unanimidad de votos.³⁵⁵

f. E.U.A. (IBM y Fujitsu, 1982)³⁵⁶

Considerada como una de las primeras prácticas informales de procedimientos vinculados de mediación y arbitraje, en 1982 IBM y Fujitsu, se enfrentaron a un conflicto debido a que aparentemente Fujitsu estaba copiando sin el consentimiento de IBM, un software desarrollado por esta última. En 1983, la disputa fue resuelta satisfactoriamente mediante un acuerdo entre las partes, para que Fujitsu pudiera hacer uso de la tecnología de IBM a través de una licencia.

Posteriormente en 1985, IBM volvió a reclamar ante la AAA, presuntas violaciones al acuerdo firmado en 1983, por haber violado Derechos de Propiedad sobre el software de los sistemas operativos.

El procedimiento arbitral duró más de dos años, donde los árbitros constataron la imposibilidad de alcanzar una solución óptima. Los árbitros entonces, propusieron a las partes una combinación del arbitraje con la mediación, la propuesta fue aceptada por las partes de someterse a este nuevo proceso híbrido, y el 15 de septiembre de 1987 después de 26 meses, se emitió una opinión vinculante para las partes.

³⁵⁵ El panel resolvió sobre 20 disputas, y se dictaron solo dos laudos por la CCI.

³⁵⁶ Anita Stork, "The Use of Arbitration in Copyright Disputes: IBM v. Fujitsu. (Berkeley Technology Law Journal, Vol. 3 (2), Otoño 1988): 241-65

CONCLUSIONES

Según la primera parte de esta breve compilación, como individuos siempre hemos estado acostumbrados a resolver los conflictos a través de la confrontación, del litigio, del constante pleito, pero no por voluntad propia, sino por ser el instinto de defensa que nos inclina a hacerlo, sin darnos cuenta que como ha sucedido en el transcurso de la historia, no es el mejor camino para ello.

Sin número de veces se inicia un juicio formal pensando en que se vencerá al oponente y no resulta así, o aún y que si se le venciera, no nos quedamos satisfechos con el resultado obtenido en la resolución final, lo anterior adolece, como se pudo constatar de la segunda parte de esta investigación, posiblemente por no haber sido cubiertas nuestras necesidades en su totalidad, y por no haber estado plenamente satisfechos con el mecanismo utilizado para resolver las diferencias de las partes, a final de cuentas, se debe considerar a que la raíz del problema, no fue abordada correctamente y mucho menos resuelta de la manera adecuada.

El tratamiento del conflicto, requiere de técnicas competitivas o cooperativas como la negociación, la conciliación, el arbitraje, la mediación, los procedimientos judiciales, siendo que el verdadero aprendizaje estriba en resolver los conflictos como una práctica social analizada, estudiada y practicada como lo han propuesto numerosos investigadores, académicos y profesores, en un continuo afán de identificar a través de una correcta negociación, los verdaderos intereses que persiguen las partes al tratar de resolver el conflicto que les acoge, siendo importante puntualizar que los tiempos son muy cambiantes, y los mecanismos que en tiempos pasados eran idealizados como suficientes y eficientes, podrían no serlo ahora, y de esa manera, evolucionar en la sensatez de ir provisionando la adición de nuevos mecanismos que se adapten a las épocas actuales.

El proceso med-arb, puede ser descrito más exactamente, como un único proceso diferente a las propuestas anteriormente precisadas, pero encausado en adoptar caminos tanto de mediación como de arbitraje, pero no como erróneamente ha sido identificado por algunos, diciendo que proporciona *todos* los beneficios de la mediación tradicional y todos los beneficios del arbitraje como procesos individuales.

Según los resultados y propuestas de la tercera parte de este cuadernillo, el proceso med-arb debe entenderse como un complemento de los preexistentes procesos, pero no como un sustituto de aquellos, ya que si bien es cierto que este proceso es el resultado de la conformación de la mediación y el arbitraje, las características resultantes de la fusión, son en mucho, diferentes a las ofrecidas por dichos procesos de manera aislada; de esa forma, las conclusiones devienen en cierta forma positivas y negativas por lo que se refiere a esta propuesta de un nuevo sistema compuesto o híbrido.

En ese orden de ideas, la principal situación que pareciera a nuestro entender la que pudiera originar las posibles desavenencias tanto legales como materiales, según se apreció de la cuarta parte de este compendio, es por una parte, la licitud y moralidad de la actividad que desempeñará el tercero neutral propuesto para que conozca tanto de la mediación y del arbitraje, en un mismo proceso; y por otra parte, las consecuencias que pudieran acontecer de la utilización de una cláusula contractual mixta (mediación y arbitraje vinculados), en los contratos comerciales actuales.

Por lo que se refiere a la primera parte, y considerando acuerdos de la intervención de una tercera parte en su actividad conjunta, nos enfocamos sobre tres criterios que pudieran entorpecer su aplicación conjunta:

- Que tan eficiente será el proceso de resolución definitiva, en el que se les dé a los disputantes en una primera instancia, la oportunidad de que voluntariamente *negocien* la disputa, bajo la premisa de que cualquier acuerdo alcanzado por las partes, por simple naturaleza congénita, debe tener preferibles ventajas que uno que fue impuesto por una tercera parte ajena a la relación.

- Si el resultado alcanzado en esta propuesta, resulta en un beneficio mayor que los que las partes hubieran podido alcanzar en procesos diferentes y utilizados de manera independiente; en este apartado, la ecuación tiempo y dinero, en su amplia concepción analizada en esta tesis, adquiere especial relevancia.

- En consideración a la anterior cuestión, el resultado que se obtenga de un proceso med-arb, tiene mayores posibilidades de considerarse como permanente que los demás procesos, al tratarse de acuerdos voluntarios de altos beneficios conjuntos, la preferencia sobre estos, es mayor que aquellos que no lo son, y que tales resultados son probables para ser más estables sobre el tiempo que otros acuerdos.

En nuestro punto de vista, la desventaja y riesgo de med-arb no es insuperable en todos los casos y no justifican un rechazo del todo como herramienta de los ADR, específicamente donde los disputantes son partes comerciales que escogen med-arb con sus ojos abiertos bajo su propio riesgo y posibles deficiencias.

En el mundo moderno, es cada vez más frecuente dejar un lado, el empleo de éstas formas puras, y reemplazarlas por fórmulas mixtas que combinan estos mecanismos, por medio de las cuales las partes buscan en primer lugar, soluciones consensuales a sus controversias, pero en donde previamente ya

están de acuerdo que si su voluntad no basta para solucionar de manera autocompositiva el conflicto, será un tercero que bajo la figura del arbitraje, impondrá de manera posterior una solución en menor tiempo en comparación con un proceso judicial ordinario.

Esto no significa que tanto el sistema judicial como los ADR en su acepción aislada, no deban de utilizarse nunca, sino por el contrario, significa ponerlo en su justo término; es decir, que deban usarse cuando sea mejor su empleo en relación con las ventajas que presentan los demás mecanismos alternativos, siendo en definitiva, una decisión libre de las personas señalar cual mecanismo será el que más se ajusta a sus necesidades de justicia, o una formal y lenta o una rápida y económica.

Ahora bien, en la actualidad ya no se trata solo de llegar a un acuerdo de beneficios aleatorios y unilaterales, sino que desde el punto de vista jurídico y económico, se debe buscar un acuerdo que mejor se adapte y cumpla las pretensiones de cada parte interviniente, y como efecto indirecto, cuide el entorno social en el que se desenvuelve. Ello, sin lugar a dudas, precisa una serie de enfrentamientos paulatinos, en atención a que resulta por demás dificultoso conseguir arreglos que satisfagan las necesidades y/o intereses de todos los involucrados en una disputa.

Sin embargo, de no ser posible en esta modalidad, mínimo que exista la tranquilidad de las partes, que se agotaron todos y cada uno de los mecanismos que existían a su alcance, para la solución de sus diferencias con los demás.

En relación al proceso med-arb y de la cláusula contractual med-arb

Med-arb es el resultado de la legalización de los ADR y los esfuerzos para usar el arbitraje para reparar a la mediación y la mediación para reparar el arbitraje. Con este proceso, es posible solventar los problemas inherentes en ambos procesos de mediación y arbitraje en su aplicación aislada. Las partes luchan para tratar de acordar en mediación, pero necesitan la finalidad del arbitraje, y las partes infelices con las imposiciones del arbitraje necesitan agregar la flexibilidad de la mediación.

Ello, ya que la mediación no brinda absoluta certidumbre sobre el resultado, si bien el porcentaje de éxitos de los procesos de mediación en España y en el mundo, son muy elevados, ello implica también que existan casos en los que la controversia queda sin resolver.

Ahora bien, la mediación aislada establecida en una cláusula contractual, también reviste especiales consideraciones, cuando alguna de las partes no quiera en realidad cumplir las obligaciones impuestas en el contrato, como lo sería el desahogo de un proceso de mediación para resolver la controversia. La mediación puede mantener su utilidad, si es posible concientizar a las partes sobre su utilización; no obstante, puede ser que un incumplidor de mala fe no comprenda los inconvenientes de su postura en el largo plazo, y que en repetidas ocasiones se niegue a desahogar este procedimiento pactado contractualmente, lo que plantea un serio obstáculo a la mediación y puede hacerla completamente ineficaz o retardar los efectos de la misma.

En relación a esa mala fe de que hablamos, algunas posturas doctrinarias, han alertado sobre la posibilidad de que la mediación se convierta en un obstáculo añadido para incumplir con la obligación guardada, si el incumplidor pretende

aprovecharse de sus bondades y dilatar los alcances y efectos de la misma. No siendo óbice a lo anterior, el hecho de que le mediador al percatarse de lo anterior, y en uso de sus facultades, precise poner fin de inmediato a dicho proceso de mediación, ya que lo anterior, de igual manera, vuelve a situar a las personas que si actuaron de buena fe en el proceso, en una situación de desventaja frente al incumplidor.

Bajo esas posibilidades, una cláusula simple de mediación no evitaría en algunos casos la necesidad de recurrir a los tribunales para resolver la contienda; por eso, en tiempos actuales, si bien es un proceso que ha adquirido especial utilización en nuestros tiempos, también por estos defectos se ha aconsejado no incluirla en los contratos comerciales.

El anterior inconveniente como lo hemos demostrado en el cuerpo de esta investigación, es remediable a través de cláusulas escalonadas que unifiquen la mediación y el arbitraje, por las consideraciones siguientes:

1. Si la mediación no resuelve toda la controversia, las partes habrán de someterse a la solución obligatoria de un ulterior arbitraje. De esa manera, el contratante que pretenda no hacer frente a sus obligaciones contractuales, y que tenga la intención de obrar de mala fe en el proceso de mediación pactado, ahora sabe que si no hay acuerdo, en un arbitraje se resolverán a través de un laudo, las cuestiones planteadas. En el que, de la misma manera, se hará la declaración en gastos y costes del procedimiento; con esto, se desincentiva cualquier conducta dolosa o fraudulenta de cualquiera de las partes para evitar el incumplimiento.
2. De la misma manera, los adversarios remisos a proceder a la conformación de acuerdos voluntarios en el proceso de mediación, ahora saben que ante su falta de cooperación para conseguir acuerdos, trasladarán esa potestad

a un tercero (árbitro), para que resuelva la contingencia, perdiendo consecuentemente el control total de los resultados de la disputa.

3. También es de observarse, que dentro de los beneficios ofrecidos por esta cláusula med-arb, al estar garantizado un resultado vinculante y por la ley protegido a través del arbitraje (laudo), las partes evitarán terminantemente los inconvenientes que representa acudir a las instancias judiciales.

Por ello, los efectos de estas cláusulas en este sentido, son muy benéficos para las partes, ya que estimulan paulatinamente el cumplimiento voluntario de los contratos a través de una mediación, pero también estimulan el cumplimiento obligatorio de los contratos, evitando que surjan controversias a posteriori de naturaleza judicial.

Bajo esta concientización de los efectos producidos, se facilita la negociación en mejora continua de los intereses de las partes, para que la mediación sea el propulsor de arranque de aquellas, y el arbitraje la salida inmediata a la falta de entendimiento de la autocomposición.

4. Vemos entonces, como estos procesos vinculados establecidos a través de una cláusula escalonada,³⁵⁷ prevén dotar de nuevos resultados mas satisfactorios a las partes. Med-arb es percibido como un camino para corregir las desventajas adversariales de cada uno de estos procesos, proporcionando para ambos finalidad y flexibilidad. Así, a medida que las partes en conflicto son ayudadas a llegar ellas mismas a una solución con la libertad de terminar este proceso en cualquier momento, las condiciones de este proceso de mediación, son esencialmente diferentes a las que se dan, por ejemplo, en el arbitraje en el que uno tiene que aceptar acogerse a una decisión final de antemano.

³⁵⁷ Concepto tomado del Reglamento sobre Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI.

Por consiguiente, la intención que persigue cualquiera de las modalidades previamente enunciadas, no es otra sino estar conscientes de la obligatoriedad de que un proceso iniciado por las partes en este tipo de cláusulas escalonadas, es la culminación efectiva de la contienda. Siendo que la decisión que vinculará a las partes a través del arbitraje puede estar o no definida, para que antes de que se de la circunstancia anterior, las partes hayan participado en el respectivo proceso de mediación, ya sea a manera *ad cautelam* para prevenir un proceso de arbitraje obligatorio, o *a posteriori* cuando el proceso de arbitraje ya se ha iniciado.

5. No olvidemos que, la cantidad de flexibilidad de este proceso, permite su aplicación como proceso med-arb y también como arb-med. Por ejemplo, el proceso de arb-med involucra una completa fase de audiencia arbitral con cada lado presentando su caso, posteriormente, las partes se mueven a la etapa de mediación solamente con dos opciones; o bien llegar a un pleno acuerdo negociado en la etapa de mediación, o recurrir al laudo previamente dictado que contiene la decisión arbitral vinculante.

Sobre este proceso, conviene hacer una serie de críticas respecto de su utilización, en comparación con el proceso med-arb. En el proceso (med-arb), las partes están primero dándose la oportunidad para resolver el problema por ellas mismas a través de la mediación y entonces se mueven al arbitraje si es necesario. Esto, efectivamente permite a las partes mantener su autonomía sobre el resultado de la controversia, ya que de llegar las partes a un acuerdo total sobre la controversia, en uso de esa autonomía de que hablamos, la participación del árbitro resultaría ser innecesaria, con esto favoreciendo las expectativas de las partes por lo que se refiere a tiempo y dinero.

6. En el caso de proceso arb-med, y en afán de no ser repetitivos con lo ya expuesto en la esencia de esta investigación, solo diremos que el proceso arb-med, a diferencia de su homólogo inverso, no efficientiza la economía del proceso, ya que para que el objeto de esta forma se perfeccione, refiere inicialmente la emisión de un laudo arbitral, previo al desenvolvimiento del proceso de mediación, lo que en cierta manera transgrede esa autonomía de las partes para resolver la contienda, ya que anticipado a su posible acuerdo, un laudo arbitral ya fue impuesto, lo que salvo la mejor opinión de los defensores de esta postura, presiona a las partes a buscar un acuerdo en base a la expectativa de que existe previamente un laudo arbitral no modificable.

De igual manera, se estima que este proceso, genera nuevos problemas procesales con su aplicación, ya que para el supuesto que se emita un laudo sobre el total de las adversidades sobre las partes, no prevé o dificulta, acuerdos parciales que pudieran ser susceptibles de presentarse en la posterior etapa de mediación, mismos que no fueron contemplados en el laudo inicial, lo que en cierta forma complicaría más la formalización de este sistema que se propone. Por lo que, si bien no se descarta su factibilidad, pensamos que el mismo reviste características muy especiales y difíciles de apreciar, para ser incluido en este estudio, como parte sub-dependiente del proceso med-arb.

7. No obstante lo anterior, se estima que en este trabajo, hay suficientes argumentaciones positivas para poder considerar al proceso med-arb consistentemente como una mejor opción a los procesos de mediación y arbitraje aislados, en el entendido que proporciona una mejor oportunidad para salvaguardar un resultado positivo en consideración del cuidado de las relaciones entre las partes.

Robustece lo anterior los comentarios de Adams,³⁵⁸ al considerar que en todas las prácticas diarias la aplicación del proceso med-arb, es más comúnmente usado que arb-med, incluso se piensa que dicho proceso contraviene la noción tradicional de justicia natural y la ordinaria transparencia del arbitraje, mediante el cual los árbitros solamente reciben información de las partes en audiencia pública que puede ser contrarrestada. De esa manera, y dado que las partes ya conocieron el carácter de disputantes con el empleo de esta herramienta, sería difícil deshacerse de esa personalidad para posteriormente incoar en un proceso facilitador de las relaciones como la mediación.

Entonces, si bien ambos procesos híbridos ofrecen ventajas únicas para resolver las controversias, ningún proceso es ideal para todo tipo de conflictos y para todas sus circunstancias. Por ello, la importancia que reviste el relacionar el proceso apropiadamente con la disputa, en un esfuerzo para crear la mayor posibilidad de una resolución mutuamente benéfica entre las partes contratantes.

Como posible ejemplificación de lo anterior, en la mayoría de los países asiáticos, se permite a las partes que han resuelto su controversia a través de la conciliación, designar un árbitro para que especialmente en el caso, dicte un laudo basado en el acuerdo allegado por las partes en el proceso de conciliación. Países como la República de Corea y China, han seguido esa práctica patentada en sus propios ordenamientos legales.

Citando a la República de Corea, cabe decirse que la normativa que existe sobre arbitraje, no contiene disposiciones formales sobre el proceso de

³⁵⁸ George W. Adams, "Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations. The honourable, Q.C." (Toronto: CCH Canadian Limited, 2003) 326:331.

conciliación; no obstante, sí existen apartados referenciales para poder recurrir a la conciliación o a la mediación previa o durante el proceso.³⁵⁹

Y es en esa medida, que dicha legislación otorga la potestad al conciliador para postergar su actuación nombrándosele árbitro, y esté facultado para emitir una decisión que sea vinculante para las partes (laudo arbitral), siempre y cuando así haya sido acordado por ellas mismas.³⁶⁰

En el caso de Hong Kong, su legislación nacional incluye la denominada “Arbitration Ordinance”,³⁶¹ misma que fielmente permite la utilización del proceso med-arb. No obstante, la diversa disposición de este país para ventilar los arbitrajes internacionales “The Hong Kong International Arbitration Centre” (HKIAC),³⁶² no permite la mezcla med-arb para ser parte del proceso de arbitraje contenido en sus estatutos.

Por lo que se refiere a la conciliación en China, ésta puede estar a cargo de un tribunal arbitral, y la legislación establece que si del procedimiento, ha lugar a un acuerdo de transacción, el tribunal arbitral dejará constancia por escrito de este o se dictará una resolución en forma de “laudo arbitral” de conformidad a lo manifestado por las partes en el acuerdo de transacción de que hablamos.³⁶³

³⁵⁹ Vid: Reglamento de Arbitraje Comercial de la Junta de Arbitraje Comercial de Corea, de 14 de diciembre de 1993. Artículo 18. Mismo que dispone que si la Conciliación no prospera, el conciliador pasará a ser considerado como árbitro “designado en virtud del acuerdo de las partes”, para que el acuerdo a que se llegue sea considerado como un laudo en los términos que las propias partes hubiesen convenido.

³⁶⁰ Vid: Reglamento de Arbitraje Comercial de la Junta de Arbitraje Comercial de Corea, de 14 de diciembre de 1993. Artículo 18, tercer párrafo. En el mismo, no se encuentra reglamentada la conciliación, sin embargo se refiere constantemente a ella. Si la conciliación prospera, se considerará que el conciliador es el árbitro designado en virtud del acuerdo de las partes y que el arreglo al que se ha llegado será tratado como un laudo en los términos convenidos por las partes.

³⁶¹ Consultable en:

http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/C05151C760F783AD482577D900541075?OpenDocument&bt=0.

³⁶² Disponible en: <http://www.hkiac.org>

³⁶³ En la legislación de algunos países, se permite a las partes que han resuelto una controversia por la vía de la conciliación, designar un árbitro especialmente para que dicte un laudo basado en el acuerdo de transacción

Así, China como Hong Kong comparten las mismas tradiciones, ambas entidades tienen leyes de arbitraje, permitiendo a un mediador (o conciliador) también jugar el rol de árbitro en la misma disputa.

Dado la ejemplificación anterior de las disposiciones legales, que sí permiten la aplicación de procesos de manera conjunta de mediación y arbitraje a través de un mismo tercero neutral; se reafirma entonces que la contratación de los MASC, es a final de cuentas una determinación contractual de las partes, donde ellas estipulan todo aquello que está a su alcance, como una herramienta de solución de conflictos como med-arb.

El tercero neutral en med-arb

Parte del éxito que representa la puesta en marcha de un sistema como el propuesto, se refiere a la actividad del tercero neutral que participará en la realización de esta herramienta. Recordemos que para la solvencia de este proceso, pueden ser consideradas dos alternativas en relación con el tercero neutral: 1) que sea la misma persona investida con suficientes facultades para conocer de ambas fases; o, 2) que se elijan dos diferentes terceros neutrales para que uno participe de la mediación y posteriormente, el otro encause el posible proceso de arbitraje.

8. En primer término, atendiendo a los razonamientos expuestos en el contexto medular de esta investigación, descartamos la segunda alternativa a la luz de este sistema, toda vez que se considera que la misma, no encuadra con los objetivos perseguidos con la propuesta, ya que

concertado entre ellas. Existen entre esas legislaciones y prácticas: Hungría y en la República de Corea. En China la conciliación puede estar a cargo de un tribunal arbitral, y la legislación dispone que, si el procedimiento da lugar a un acuerdo de transacción, el tribunal arbitral dejará constancia por escrito de éste o dictará un laudo arbitral de conformidad con el acuerdo de transacción.

empleando un neutral diferente para cada fase (mediación y arbitraje) se merma la eficiencia del proceso, ya que algunos de los atributos más atractivos de med-arb, son eliminados, como lo es el tiempo y el costo, toda vez que bajo esa postura forzosamente se prevé la actividad conjunta de dos auxiliares para el desarrollo de este proceso.

Aunado a lo anterior, algunos estudios,³⁶⁴ han mostrado que usando una diferente parte para la mediación y el arbitraje, pueden actualmente ser menos efectivos; en cambio, cuando un mediador también fue árbitro (tradicional med-arb), los disputantes estuvieron menos molestos, sin hacer comentarios hostiles y con un menor número de comparaciones odiosas; aunado a que también se favoreció la propuesta de muchas y más alternativas para lidiar con los problemas. En conclusión de lo anterior, cuando los dos procesos fueron conducidos con diferentes neutrales, el mediador fue menos activo y menos involucrado que en una mediación pura o med-arb.

9. Ahora bien, en el caso del mismo tercero neutral en el proceso med-arb, también acarrea diferentes problemas en su aplicación; por ello, para que pueda conducir el mismo neutral med-arb correctamente el proceso, se requiere un individuo con la suficiente experiencia en ambas materias (mediación y arbitraje) para servir como un árbitro calificado y con las destrezas facilitadoras excepcionales para permanecer imparcial durante la mediación.

Y esa experiencia y conocimiento avanzado sobre ambos procesos, debe ser a tal nivel que si la persona que ha mediado intenta ser árbitro, debe

³⁶⁴ Barry Bartel, ob. cit. pp. 681. Dos explicaciones fueron ofrecidas para este fenómeno: "(1) que los mediadores sienten menos responsabilidad por el resultado porque la disputa sería turnada sobre alguien más para decidir si ellos no podrían alcanzar un acuerdo; y (2) que los mediadores pueden haber sido desmoralizados con un poco de poder en comparación al árbitro potencial."

esforzarse para ver los hechos del caso en una completa nueva luz, como si anteriormente al arbitraje no hubiera tenido conocimiento de nada. Para lo cual, la capacitación adecuada es un factor determinante en el éxito de este proceso compuesto. Así, las deficiencias en el desarrollo del proceso med-arb, son susceptibles de concretarse invariablemente en el recurso humano empleado, el cual puede ser capaz de ser seducido por la empatía de las partes, o la vulneración de la información conocida, empero, esas anomalías podrían figurar en cualquier ADR en general, no propiamente del analizado en esta investigación. Por lo que esos defectos, son imputables como se menciona, al propio tercero neutral actor, y no precisamente al sistema planteado.

- 10.** La razón para satisfacer las anteriores deducciones, estriba en la forma en que se desenvuelva la actividad del tercero neutral, siendo que este por lo que se refiere a su participación en la primera fase (mediación), puede ser capaz de lidiar con la información confidencial que le presenten las partes en el contexto de la mediación, lo cual en esencia, reviste el principal problema en que sea la misma persona la que conozca de ambos procesos. De la misma manera, el tercero neutral en su papel de mediador, debe desarrollar estrategias para asegurarse que las partes no se sienten tentadas a restringir información durante la mediación.

Sin embargo, no encontramos riesgo alguno si se racionalizan los verdaderos intereses y propósitos de los ADR en general, considerando que la aplicación de los mismos, siempre se redirecciona a considerar la voluntad y la buena fe de las partes como pilares insustituibles para el éxito de los ADR; por ello, más que profundizar en todos los pros y contras de un mecanismo, solo deben analizarse aquellas cuestiones que quedan fuera del alcance de las partes, siendo entonces que las cuestiones de confidencialidad de la información, como claramente han sido regulados en

las respectivas normativas de mediación y arbitraje, no debieran considerarse como un problema sin solución en este proceso híbrido.

11. Aunado a ello, el hecho que el med-árbitro tenga poder sobre la información a la que tiene acceso, no debería necesariamente ser considerado como algo negativo. El “muscle” que el med-árbitro en realidad tiene, puede fomentar una mediación más productiva, ya que como las partes son conscientes de este poder y conocen que eso puede ser ejercitado si ellos no pueden llegar a un acuerdo para la solución de su disputa, ese conocimiento podría potencialmente reorientar a las partes a encontrar soluciones autocompositivas y reabrir caminos anteriormente desconocidos para ellas, en un continuo interés por solucionar la disputa en ejercicio de su propia potestad solucionadora.

12. Nos podríamos cuestionar la admisibilidad de un acuerdo de med-arb, si no es posible encontrar un árbitro imparcial a lo largo de todo el proceso. Al mismo tiempo, se duda que si el mediador fracasa, la misma persona con los mismos hechos de las partes, sea capaz de resolver el caso mediante un arbitraje. Cabe precisar que con este proceso, no se garantiza que la mediación vaya a tener éxito, recordemos que el propósito principal es la certidumbre que la contienda será resuelta, y que se respetarán las garantías de autocomposición en primer término para lograr ese cometido; no obstante, si ello no es posible, la resolución arbitral será impuesta.

Bajo esa tesitura, lo que se espera es que en los casos donde la mediación no ha funcionado, pero que las partes han solicitado al mediador que continúe como árbitro, el mismo será más eficaz, simplemente porque las partes conjuntamente han decidido que sea su mejor alternativa a un acuerdo negociado (BATNA). Por eso la insistencia del estudio sucinto de los conceptos básicos de la negociación, ya que sin lugar a dudas, los

resultados son más benéficos aún y ante los fracasos de las partes, por haber sido respetados los lineamientos configurativos en los términos de su voluntad de contratar.

13. Está claro que la mayoría de los críticos de med-arb, están en realidad expresando sus sospechas acerca de la capacidad de los med-árbitros, para poder llevar a cabo el rol que es requerido de ellos y no necesariamente acerca del propio proceso. Por ello, en relación al proceso no debiera suscitarse cuestión alguna, ya que como anteriormente lo hemos puntualizado, los principios fundamentales que gobiernan tanto a la mediación como el arbitraje, son los mismos (confidencialidad, neutralidad, imparcialidad, etc.), siendo que la principal diferencia entre ambos, la constituye la función de la figura del mediador y del árbitro; es decir, la de un sistema autocompositivo frente a la de un sistema heterocompositivo.

14. En atención a ello, es que en el ámbito internacional,³⁶⁵ cada vez es más frecuente la utilización de las herramientas más útiles de cada uno de estos procesos, creando las llamadas cláusulas híbridas o escalonadas. Más aún que las partes, siempre tendrán el derecho potestativo de incluir en sus contrataciones cuantas cláusulas de confidencialidad y de desahogo de procesos alternos deseen, si lo que se busca es garantía suficiente del pleno funcionamiento y uso de la información presentada tanto al tercero neutral como de las demás partes intervinientes.

De esa manera, si al arbitraje se le permite combinarse con otras figuras como la mediación, aquel deja de ser un proceso heterocompositivo puro y de imposición, y permite ser reflejado a la luz de la mediación, para volver a su razón inicial de recuperar virtudes como la flexibilidad, capacidad de ofrecer varias soluciones comerciales, y agilidad en el proceso; cuestiones

³⁶⁵ Vid: Reglamentos de la CCI y la OMPI.

las anteriores, que se han ido desvaneciendo al ir formalizando al arbitraje como una herramienta aparejada al sistema judicial en la búsqueda exclusiva de soluciones legales y apagadas a derecho, y no propiamente los intereses reales de las partes.

15. Finalmente, encontramos que en la práctica de este proceso, pudiera suscitarse la posibilidad de que el med-árbitro, en sus funciones primeras de mediador, se vea tentado a forzar a las partes a abandonar la mediación, con la intención de iniciar un arbitraje, en el cual ahora el tendría las facultades decisorias y de imposición, y que por obvias razones, incrementaría los costes del proceso.

Para remediar lo anterior, el profesor Blankley³⁶⁶ propuso la creación de un desincentivo financiero para los med-árbitros, asegurando el ahorro en costes, pagando al neutral un “Premium” si el caso se acuerda en mediación. De esta manera, se refuerza la intención para que las propias partes se esfuercen en solucionar su contienda, aunado a que esto atraerá mayores beneficios tanto para ellas como a los terceros neutrales que participarán en la disputa.

LA CONFIDENCIALIDAD EN EL PROCESO

La puesta en marcha del proceso med-arb, requiere inusuales destrezas sobre las partes intervinientes, así como de las personas que fungirán como neutrales quienes participarán en dos roles. Los mediadores, después de todo, son indispensables para facilitar la discusión y para ayudar a las partes en sus

³⁶⁶ Kristen M. Blankley, ob. cit. 328.

propias soluciones a los problemas objeto del conflicto. Los árbitros, son necesarios para valorar la evidencia presentada del caso y rendir su juicio a través de un laudo obligatorio de cumplimiento, en base a dicha evidencia.

La dinámica de ambos procesos, es sustancialmente diferente: la mediación se esfuerza exclusivamente en minimizar la adversidad natural de la disputa, mientras que el arbitraje persiste en la atracción objetiva y valorativa de sucesos, para decidir quién tiene la razón.

No obstante lo anterior, en este proceso existe una intención directa de las partes de unir ambos procesos, es ahí donde nace la preocupación de la información confidencial que las partes aportan a cada una de las fases, y si existe compatibilidad en ellas, como para poder usarse indistintamente en ambas etapas; ya que de considerarse insalvable lo anterior, podría afectarse el resultado del proceso si el caso fuere arbitrado, siendo que tal abuso sería poco probable para ser tolerado por las partes.

De esta manera, las preocupaciones más importantes con esta aplicación conjunta de la mediación y arbitraje, podrían reducirse a dos, la primera y que fuera analizada en relación al tercero neutral, es la inherente posibilidad de que el med-árbitro en cualquiera de las fases, pueda ejercer coacción sobre las partes disputantes. Y del otro lado, y que se concluye en esta parte, es la relativa a la información confidencial ganada durante la mediación y que puede ser mal empleado en la subsecuente etapa de arbitraje, y peor aún, influyendo en la decisión final.

16. Las partes en ese uso de su autonomía de la voluntad, y atendiendo al principio de la libre determinación para escoger el proceso que mas les convenga, también pueden ser aptas para decidir que el mismo tercero neutral funcione como mediador y posteriormente como árbitro, lo

importante de llevar a cabo esta opción, es que las partes deben estar bien informadas sobre todos los problemas éticos que plantea la utilización de procesos híbridos, para posteriormente exteriorizar su consentimiento informado.

Para ello, la mejor manera de quedar asentado lo anterior, es la firma de una estipulación contractual, en la que se otorgue el consentimiento para usar un proceso aún y los riesgos que este pueda significar, así como un posterior acuerdo de renuncia a los derechos de descalificar al neutral y desafiar el laudo.

- 17.** No obstante lo anterior, la adopción de códigos de ética para terceros neutrales que fungirán como mediador y árbitro en la misma contienda, parece ser una buena opción; en la que se vacíe fielmente los alcances de la información confidencial que será manejada por el med-árbitro, así como las permisiones y prohibiciones a que tengan derecho las partes para su uso, cuyo incumplimiento llevaría aparejado, además de las sanciones disciplinarias internas tipificadas para tales casos, la responsabilidad profesional pertinente.

De esa manera, se estaría dotando de suficiente potestad normativa a la actividad del tercero neutral, incluyendo el enfoque ético en relación a un doble aspecto que interesa en su actividad:

- a. Confirmar el consentimiento informado de las partes, con un entendimiento de los posibles riesgos y desventajas del procedimiento, y;

- b. Para dejar asentado, la forma en que se conducirá el proceso, de una manera fiel y honesta, de acuerdo a las estipulaciones acordadas por las partes.

Combinando mediación y arbitraje en secuencia, puede ser un proceso justo, eficiente y de bajo costo para resolver disputas, si las partes otorgan su *consentimiento informado* para usar med-arb y determinan las facultades y limitaciones del med-árbitro.³⁶⁷

- 18.** Con la anterior prevención, se pueden evitar su sinnúmero de situaciones de interpretación a la hora de ejecutar el proceso de med-arb; no obstante, insistimos en recomendar un código de ética para los med-árbitros, en el cual se les asista sobre el manejo de la información confidencial obtenida en las audiencias privadas (caucus). Para que de esa manera, también pueda establecerse de acuerdo a los objetivos de las partes, que la liberación de cualquier tipo de información, debe ser empleada estrictamente para los fines de la mediación, y que para reiterar lo anterior, la decisión arbitral sea basada única y directamente sobre la evidencia presentada por las partes (Pruitt 1995, 368).

Por eso, la mediación a diferencia del arbitraje, desarrolla percepciones subjetivas de las partes para solo canalizarlas a llegar a un acuerdo; mientras que el arbitraje, dictamina sus resultados de manera objetiva, por toda la evidencia probatoria y relevante para asistir al árbitro a dictar un laudo coherente.

³⁶⁷ “The California ADR Practice Guide” contiene un ejemplo de tal renuncia: “The parties understand that this process will likely cause the arbitrator to receive information that might not otherwise have been received as evidence in the arbitration and to receive information confidentially from each of the parties that may not be disclosed to the other side”.

- 19.** En atención a lo anterior, la información confidencial adquirida en mediación, ya no representaría un riesgo más en el arbitraje, ya que el árbitro o juzgador tiene que considerar objetivamente la admisibilidad de la evidencia que presentan las partes. Tan es así, que el árbitro dentro de sus facultades, deberá desechar o declarar inadmisibles todo tipo de evidencia subjetiva que no vaya concorde con los estándares del propio arbitraje, un árbitro competente sabrá que tiene que desprenderse de ella, de una manera que no altere la decisión final estampada en un laudo.
- 20.** Otras legislaciones nacionales como el caso de China, para proteger la información confidencial del proceso med-arb, establecen que la información revelada por las partes en la etapa de mediación, no puede ser usada posteriormente en otro proceso. Así, tanto las Reglas del CIETAC³⁶⁸ como la Ley de Arbitraje de China, permiten al tribunal arbitral también actuar como un mediador durante el arbitraje. (Reglas del CIETAC, artículo 45(1) y Ley de Arbitraje, artículo 51).

Así, cuando la mediación falla, toda opinión, afirmación o cualquier propuesta que exprese la aceptación o rechazo de las partes o del tribunal en el proceso de mediación, no debe ser invocado como fundamento de la demanda, ni en la contestación por alguna de las partes.

Según la Ley de Arbitraje de la República Popular de China, toda la información confidencial revelada al mediador-árbitro, se tiene que presentar igualmente a la otra parte,³⁶⁹ permitiéndosele además al árbitro ser conciliador, y posteriormente regresar a ser árbitro, si las características del caso así lo permiten.

³⁶⁸ China International Economic and Trade Arbitration Commission.

³⁶⁹ M. Scott Donahey, "Seeking Harmony, Is the Asian Concept of the Conciliator/Arbitrator Applicable in the west?" Dispute Resolution 50, Journal número 74, 2005)

21. Adicionalmente a lo anterior, la voluntariedad del proceso significa que la ocultación de hechos es improbable, la voluntaria elección del proceso med-arb, indica que los participantes conocen acerca del proceso y que confiarán en el med-árbitro para comportarse profesionalmente. Si las partes realmente estas preocupadas acerca de su deshonestidad, el acuerdo de med-arb puede específicamente mandar que cada parte revele toda la información pertinente a la otra parte.

Con esto, se cumple fielmente con uno de los principios rectores de los ADR, que es la voluntad de elección del foro que conocerá de su conflicto, y si las mismas deciden hacer un lado el principio de confidencialidad podrán hacerlo; siempre y cuando, se atienda a las relativas disposiciones territoriales que así lo dispongan.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

No obstante lo anterior, las estipulaciones contractuales no pueden ir en contra del sentido que el legislador precisó para definir los actos jurídicos de las partes, en el sentido de considerar el establecer cláusulas que contravengan el espíritu o sentido de la previsión legal. En otras palabras, para que una disposición contractual pueda surtir efectos jurídicos en un espacio geográfico determinado, se requiere su inserción y regulación en el marco normativo del territorio donde se pretenda implementarse, en el que se prevea la forma de su utilización.

En el caso de España, el legislador español si bien *no prohíbe su utilización*, es omiso en favorecer expresamente la práctica de estos mecanismos, tan es así, que como se advirtió del estudio pormenorizado de las diversas disposiciones nacionales que regulan los ADR en el territorio español, no se

desprende fehacientemente la permisión para la utilización de esta forma híbrida, lo que traería como consecuencia, una serie de posibles obstáculos que podrían verificarse por la falta de identificación legal de este proceso en el marco normativo español.

Por ejemplo, para que un arbitraje en España, pueda denominarse y ejecutarse como tal, precisamente ha de situarse en las hipótesis a que hace mención la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, o en su caso, según el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Situación que como hemos mencionado, no sucede para el caso de la cláusula med-arb, lo que permite estimar algunas consideraciones al respecto:

22. Siendo que, según se advierte de dichas disposiciones, no se encuentra regulación alguna que prevea la utilización conjunta de mediación y arbitraje en el mismo proceso. Entonces, la recomendación en este apartado para el legislador español, que si bien en las regulaciones estudiadas en este proyecto, no se desprendió la prohibición manifiesta para que las partes acuerden en sus contratos las herramientas de solución de conflictos que más se adapten a sus necesidades, con las salvedades de ley; cabe decirse que el silencio al respecto, puede ser motivo de futuras impugnaciones o desperfectos en las cláusulas contractuales.

Por lo que lo ideal sería, la inclusión en las normativas vigentes, de una previsión que considere la aplicación conjunta de procesos híbridos a través de cláusulas escalonadas de mediación y arbitraje, para que sea posible inicialmente acudir a un proceso de mediación, y posteriormente ante el posible fracaso de la primera, continuar obligatoriamente con un arbitraje.

RECOMENDACIONES FINALES

Como hemos constatado, la vida del ser humano debe ajustarse a ese contexto autocompositivo como primera opción, sin necesidad de sobrecargar las instancias judiciales heteroaplicativas, con asuntos en los que íntegramente los ciudadanos tienen toda la capacidad, el derecho y la voluntad de solucionar sus diferencias, dejando que los jueces y árbitros, se dediquen a dirimir las controversias en las que los particulares tienen diferencias realmente irreconciliables o porque así lo requiera el orden público, la complejidad de los problemas o porque los bienes jurídicos que están de por medio así lo exijan, de igual manera, cuando del conflicto insalvable, se afecten derechos de terceros.

Como segunda premisa, asegurar la resolución del conflicto ante el fracaso de esa primera opción, que brinde certeza a las partes que el conflicto será resuelto, pero ahora porque el canal autocompositivo desahogado, no fue suficiente para entender la problemática, reforzándose lo anterior, con una decisión vinculante de un tercero ajeno al conflicto, que será capaz de ver los hechos constitutivos de la acción *de manera objetiva*.

Con lo anterior, gradualmente las personas violentas o que no controlan sus arranques emocionales de ira, serán aislados del resto de la sociedad tal y como actualmente se comienza a aislar a los fumadores y en menor medida a los alcohólicos. De la misma manera, se irán adicionando gradualmente cláusulas de una mediación previa, en los contratos comerciales y por qué no, de cualquier tipo, donde ambas partes se comprometan a asistir primero al proceso de mediación antes de acudir a los tribunales (judiciales o arbitrales); eso tiene que ser así, en la medida que nos convenzamos de las bondades de recibir ayuda de especialistas en la naturaleza humana y manejo de conflictos, para que a través de dichos procesos de mediación, se puedan legitimar acuerdos autónomos de las propias

partes, soluciones que sean diseñadas perfectamente por los contratantes, precisamente en atención al mejor criterio por ellos consensado.

Dicho lo anterior, en mi punto de vista, la desventaja y riesgo de med-arb no es insuperable en todos los casos y no debe justificar un rechazo total como herramienta adicionada a los ADR, específicamente cuando sean los propios contratantes comerciales los que escojan med-arb, con pleno conocimiento de causa, bajo su propio riesgo y posibles deficiencias. Por ello, nos permitimos concluir esta investigación explorativa, exponiendo las siguientes reflexiones sobre le tema que nos ocupa:

23. Debe considerarse que la conveniencia de incluir cláusulas escalonadas en un contrato, ha de variar en función de los intereses de las partes contratantes, ya que puede consistir en un arma de doble filo de acuerdo con el uso que se le dé; por ello, recapitulamos sobre el entendido que med-arb, viene a figurar como otro aliado de los ADR en general, y no un sustituto de la mediación y del arbitraje. Motivando su utilización bajo los siguientes beneficios generales:

- a) Genera una reducción significativa de tiempo y de costes para resolver la controversia, ya que el arbitraje solo será utilizado, si la mediación no arroja resultados.
- b) Garantiza que la relación entre las partes se deteriore menos que en un proceso contencioso de confrontación abierta.
- c) Salvaguardando la confidencialidad, permite preservar una buena imagen hacia al exterior de la relación contractual y previniendo pérdidas económicas a futuro.

De la misma manera, su utilización presenta los siguientes posibles riesgos:

- a) En caso de fracasar la mediación, el tiempo y los costes se incrementan, precisamente por lo que se refiere a la duración total del proceso, y el aumento de los honorarios del tercero neutral; lo que puede tener repercusiones en plazos de prescripción de las acciones civiles y mercantiles, así como el excedente de las cargas económicas para la parte que eventualmente pierda y resienta los montos de gastos y costes.

- b) Si una de las partes no tiene voluntad para negociar de buena fe, puede utilizar las instancias previas de mediación o de procesos autocompositivos, como estrategia dilatoria para la obtención de una resolución obligatoria que le pueda afectar.

En esa tesitura, tal y como lo hace valer Miguel Virgós Soriano,³⁷⁰ el fracaso de los ADR es algo con lo que siempre debe contarse, por ello que en la práctica sea cada vez más común las cláusulas mixtas que combinen dos mecanismos, asegurando el éxito del proceso.

24. Con esta idea, se incrementan las opciones de las partes para resolver sus contiendas, dejando a un lado como lo ha propuesto Menkel-Meadow,³⁷¹ el concepto habitual de medios alternos de solución de conflictos, por el de medio *apropiado* de resolución de disputas (*appropriate dispute resolution*), en una necesidad de ser más flexibles, hacer del mundo un mejor lugar, y fomentando diferentes modelos de solución de problemas, no solo adversariales, sino también mutuamente conciliatorios.

³⁷⁰ Miguel Virgós Soriano, “Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional” en *Medios Alternativos de Solución de Conflictos*. (Universidad Autónoma de Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho número 11, 2007) pp. 86.

³⁷¹ Carrie Menkel-Meadow, “Ethics in ADR: the many ‘Cs’ of professional responsibility and dispute resolution”, (University Law Center, Georgetown Law, 2001).

25. Así, si bien la mediación y el arbitraje son procesos efectivos cada uno en su plataforma de búsqueda de objetivos para lo que fueron creados, incluso al ser preferidos a la litigación en la Corte tradicional, ha quedado evidenciado que ninguno de los dos procesos es perfecto, y es en respuesta a esa carencia de perfección, que nacen las formas híbridas, en la cual se consideren los beneficios de cada proceso, y sopesando las posibles deficiencias, incluyendo el compromiso del tercero neutral que conocerá del procedimiento.

26. En esta complejidad que se presenta, ya no importa el modelo elegido para resolver la disputa, sino más bien entender y respetar los verdaderos intereses de las partes; ya que es muy común en la práctica que sean los propios abogados o los terceros neutrales, los que asesoren sobre la mejor estrategia para conseguir el mayor provecho de la contienda; sin estar plenamente identificada, con la manera que verdaderamente persiguen las partes contratantes.

Considerando lo anterior, la respuesta nunca puede ser la misma, ya que de esa forma se transgrediría la voluntad de las partes de selección del mejor proceso que ha de adaptarse a sus necesidades. La labor del asesor entonces, es presentar a su representado todo el abanico de posibilidades que existen, y que precisamente sea el cliente y sus intereses los que decidan la vía a implementar en cada uno de los casos en los que prevean solucionar un conflicto.

27. Estas cláusulas escalonadas, pueden ser configuradas de muy distintas formas, siendo aconsejable la remisión a una institución que ampliamente las tenga contempladas en sus reglamentos, por obvios motivos de “economía procesal”, para que sea capaz de administrar tanto la mediación como el posible arbitraje. Siendo también necesario, constatar que la

institución, ofrezca absolutas garantías de imparcialidad, confidencialidad y neutralidad, en caso de así ser requerido por las partes.

Finalmente, me permito hacer una reflexión sobre el impulso que dio origen esta investigación, en una constante terquedad de encontrar otra alternativa a los múltiples y cada vez más complejos conflictos por los que atraviesa el ser humano, conflictos no solo a manera de violaciones contractuales, que recaen exclusivamente en el pago de daños, perjuicios e indemnizaciones. Sino en general, de todo conflicto que además de lo anterior, altera la convivencia en sociedad y produce daños irreparables en las vidas de las personas como las constantes guerras violentas.

Desde principios de la era “civilizada” de la humanidad (entre 5,100 años de historia de la humanidad) hasta nuestros días, se tiene un registro aproximado de 14.513 guerras, con consecuencias catastróficas de más de 3.000 muertos, identificándose tan solo 292 años de paz, y un estimado de muertes de 1.240 millones de personas a causa de las guerras.³⁷²

Con esas repercusiones devastadoras, está por demás decir que la humanidad aún no ha podido encontrar la solución correcta y definitiva a todos sus problemas. Por ello, con la inclusión de una nueva forma de lidiar con el conflicto, permite a los individuos, otra oportunidad de dar mejores resultados a sus diferencias, proporcionando nuevos medios para la mutua comprensión.

Consecuentemente a todo lo anterior expuesto, en aras de conseguir de una manera saludable y velar por los principios rectores de los ADR, resulta necesario entender, comprender y centrarse conjuntamente en los *intereses de todas las partes*, y no tanto en las diferencias que existan entre ellas, ya que esos intereses pueden ser los cimientos sobre los que se apoye el acuerdo que se

³⁷² Fernando Savater. Ética para Amador. Barcelona: Ariel, 2010.

pretenda alcanzar, así como las bases en que se sujetara el cumplimiento del mismo.

Hay una creencia perdurable que un árbitro no necesariamente tiene que aplicar la ley, la obligación es simplemente hacer justicia,³⁷³ para lo cual, la buena fe y voluntad como principios rectores de los ADR, deben ser puestos en marcha, con la necesidad de que los mecanismos alternos posibles en nuestros días, sean capaces de evolucionar positivamente y adaptarse a las necesidades de la época actual.

³⁷³ Los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Disponibles en: <http://www.unidroit.org>

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Adame Goddard, Jorge. *El Contrato de Compraventa Internacional*. México: McGraw Hill, 1994.
- ❖ Adams, George W., “Mediating Justice: Legal Dispute Negotiations. The honourable, Q.C.” (Toronto: CCH Canadian Limited, 2003): 326.
- ❖ Albrecht, Karl G. *Cómo negociar con éxito: el método de avanzada para construir tratos justos para todos*. Barcelona: Buenos Aires: Granica/Vergara, 1994.
- ❖ Ager, Sheila L. “Interstate arbitrations in the Greek World, 337-90 B.C.” (Los Ángeles: Lóndres: University of California Press, 1998)
- ❖ Aubet Sammler, María Eugenia. “El comerç fenici i les comunitats del ferro a Catalunya”. (En *Laietania: Estudis d'història i d'arqueologia de Mataró i del Maresme*, número 8, 1993)
- ❖ Barnes, Bruce E. *Culture, conflict and mediation in the asian pacific*. Maryland: University Press of America, 2007.
- ❖ Barona Vilar, Silvia. *Solución extra jurisdiccional de conflictos: Alternative Dispute Resolution (ADR) y el Derecho Procesal*. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999.
- ❖ Bartel, Barry. “Med-arb as a distinct method of dispute resolution: History, analysis, and potential”. (*Willamette Law Review* 27, (3), verano 1991): 661-92.

- ❖ Baruch Bush, Robert A. “Substituting mediation for arbitration: the growing market for evaluative mediation, and what it means for the ADR field” (E.U.A., Pepperdine Dispute Resolution Law Journal Vol. 3 Issue 1, 2002): 115.

- ❖ Barret, Jerome T. y Joseph P. Barret. A history of alternative dispute resolution, The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. E.U.A.: Jossey-Bass, 2004.

- ❖ Bêlohlávek, Alexander J. y otros. (coords.) Independence and Impartiality of Arbitrators 2014. Vol. 14. New York, Juris Publishing, 2014.

- ❖ Bercoff, Maurice A. El arte de la negociación: El Método Harvard en 10 preguntas. Barcelona: Deusto, 2005

- ❖ Bianchi, Roberto. Mediación prejudicial y conciliación. Argentina: Zavalia, 1996

- ❖ Blankenship, John T. “Developing your ADR attitude” (E.U.A., Tennessee Bar Journal, Vol. 42 Issue 11, Noviembre2006): 28

- ❖ Blankley, Kristen M. “Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the same neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case” (Baylor Law Review. Vol. 63:2., 2011): 332

- ❖ Brams, Steven J. La solución ganar-ganar. Una nueva técnica de negociación. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

- ❖ Brett, Jeanne M., Zoe I. Barsness y Stephen B. Goldberg, “The effectiveness of mediation: An independent analysis of cases handled by four major service providers” (Negotiation Journal, Vol. 12 (3), Julio 1996): pp. 259-269.

- ❖ Brewer, Thomas J. y Lawrence R. Mills. “Combining mediation and arbitration” (Dispute Resolution Journal, Vol. 54 (4), Noviembre 1999): 32-39.
- ❖ Calcaterra, Rubén A. Mediación Estratégica. España: Editorial Gedisa, 2009.
- ❖ Castrillón y Luna, Víctor M. Los tratados de libre comercio celebrados por México en el entorno de la globalización. México: Editorial Porrúa, 2013.
- ❖ Cazorla González, M.J. “La mediación de consumo en el arbitraje institucional” UOC Workshop Internacional sobre ADR/ODRS, Septiembre 2009)
- ❖ Cobbedick, G. “Arb-med: an alternative approach to expediting settlement.” (Boston: Harvard Program on Negotiation, 1992)
- ❖ Cohen, Steven y Ricardo Altamira. Claves de Negociación con el corazón y la mente. Madrid: Editorial McGraw Hill, 2004.
- ❖ Conlon, Donald E., Henry Moon y K. Yee Ng, “Putting the cart before the horse: the benefits of arbitrating before mediating”. (Journal of Applied Psychology. Vol. 87 (5), Octubre 2002): 978-984.
- ❖ Costello, Edward J. Controlling conflict: Alternative dispute resolution for business. Chicago: CCh, Inc., 1996.
- ❖ Cremades, Bernardo M. El arbitraje en la doctrina constitucional española. (Lima Arbitration, número 1, 2006): 219.
- ❖ Colina Garea, Rafael. El arbitraje en España. Ventajas y desventajas. España, Grupo Difusión, 2009.
- ❖ De Manuel Dasí, Fernando y Rafael Martínez-Villanova Martínez. Técnicas de Negociación, Un método práctico. Madrid: Business&Marketing School, 2006.

- ❖ De Vera, Carlos. “Arbitrating harmony: ‘Med-arb’ and the confluence of culture and rule of law in the resolution of international commercial disputes in China”. (Columbia Journal of Asian Law, 18:1, 2004)
- ❖ Elliott, David C. “Med/arb: Fraught with danger or ripe with opportunity?” (*Alberta Law Review*, número 34, Octubre 1995): 163-79.
- ❖ Entelman, Remo F. Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.
- ❖ Estavillo Castro, Fernando. “Mecanismos alternativos de solución de controversias”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.
- ❖ Fernández-Ballesteros, Miguel A. *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*. Madrid: Editorial Lurgium, 2014.
- ❖ Fisher, Roger y Danny Ertel. *Obtenga el Sí en la práctica*. Barcelona: Gestión 2000.com, 2004.
- ❖ Fisher, Roger y otros. *Obtenga el SI, El arte de negociar sin ceder*. España: Gestión 2000.com, 1995.
- ❖ Fisher, Roger, William L. Ury y Bruce Patton. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Barcelona: Penguin Editores.1992.
- ❖ Fisher, Roger y Scott Brown. *Getting together: Building Relationship as we Negotiate*. Barcelona: Penguin Editores, 1991.
- ❖ Frenkel, Douglas N. y James H Stark. *The practice of mediation*. E.U.A.: Aspen Publishers, 2008. pp. 290.

- ❖ Fuller, John L. "Collective bargaining and the arbitrator" (E.U.A., Fifteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators, 1962).
- ❖ Fullerton, Richard. "The ethics of mediation-arbitration", (E.U.A., AAA Dispute Resolution Journal, 2010): 55-60.
- _____ "Med-arb and its variants. Ethical issues for parties and neutrals". (Med-arb Dispute Resolution Journal. The Colorado Lawyer, Vol.38, Mayo/Octubre 2010)
- ❖ Gaillard, Emmanuel y John Savage. Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration. Francia: Kluwer Law International, 1999.
- ❖ García Castaño, F. Javier y Cristina Barragán Ruiz-Matas. Mediación intercultural en sociedades multiculturales: hacia una nueva conceptualización. España, Universidad de Huelva, 2004.
- ❖ Gelfand, Michele J., y Jeanne M. Brett. (Editores) The Handbook of Negotiation and Culture. California: Stanford University Press, 2004.
- ❖ Ginsberg, Eugene S. "A med-arb variant: binding mediation an oxymoron? Yes but doable". (NYSBA New York dispute Resolution Lawyer, Vol. 2, No., Otoño 2009): 68.
- ❖ Golan, Dwight y Jay Folberg. Mediation. The roles of advocate and neutral. New York: Aspen Publishers, 2006.
- ❖ Goldberg, Stephen B. "The case of the squabbling authors: A 'med-arb' response (Negotiation Journal 6 (4), Octubre 1990): 391-396.

- ❖ Goldberg, Stephen B. y Jeanne M. Brett, “Disputants’ perspectives on the differences between mediation and arbitration”. (Negotiation Journal num. 6(3), Julio 1990): 249-255.
 _____ “Disputants Perspectives on the Differences Between Mediation and Arbitration” (Negotiation Journal, vol. 6, No. 3, Julio 1990): 249.
- ❖ Goldberg, Stephen B. y otros, Dispute Resolution. Negotiation, mediation and other process. New York: Aspen Publishers, 1995.
- ❖ Gómez-Pomar Rodríguez, Julio. Teoría y técnicas de Negociación. Barcelona, Editorial Ariel, 2004.
- ❖ Gorjón Gómez, Francisco Javier. “Negociación de Créditos, problemas fiscales, problemas de credibilidad y mala fama”. (Revista Jurídica Jalisciense, México, Universidad de Guadalajara, Año 11, núm. 53, 2011): 126.
- ❖ Graham, James A., y otros. Guía Práctica para el Arbitraje Internacional. México: Lazcano Garza Editores, 2005.
- ❖ Haderspock, Brian. “Reflexiones en torno a las cláusulas escalonadas” (Alicante: Revista ADR News. Acuerdo Justo Editorial, 2015) Consultable en: <http://www.acuerdojusto.com/Descargas/Revista%20Doctrinal%20ADR%20News%20nº%201:2015.pdf> 2015
- ❖ Harvard Business Essentials, Negociación, Una Guía para directivos ocupados. Bilbao: Editorial Deusto, 2004.
- ❖ Haynes, John M. Fundamentos de la Mediación Familiar. Madrid: Gaia Ediciones, 2012.

- ❖ Hernández Fraga, Katuska. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. (Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa. Núm. 6, junio 2012): 27-46.
- ❖ Herrera de las Heras, Ramón. “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación”, (Revista de Derecho Vol. XXV, Julio 2012): 176.
- ❖ Karen, Henry L. “Med-arb: “An alternative to interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes” (Ohio State, Journal on Dispute Resolution num. 3, 1988): 385-398.
- ❖ Kagel, Sam. “Combining mediation and arbitration” (Monthly Labor Review 96, Septiembre 1973): 62-63.
- ❖ Kagel, Sam, and John Kagel. “Using two new arbitration techniques”. (E.U.A.: *Monthly Labor Review número 11, Vol. 95, Noviembre 1972*): 11-14.
- ❖ Kaufmann, Gabrielle y otros. “Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China” (Holanda: Journal of International Arbitration número 25(4), 2008): 479–492.
- ❖ Kellor, F. American arbitration: Its history, function and achievements. New York: Harper & Brothers, 1948.
- ❖ Kennedy, Gavin y otros. Cómo negociar con éxito. Bilbao: Editorial Deusto, 1986.
- ❖ Kenneth Kressel y Dean G. Pruitt, Mediation research: the process and effectiveness of third party intervention. E.U.A.: Jossey-Bass, 1989.
- ❖ Landry, Sherry. “Med-arb: mediation with a bite and an effective ADR Model” (Defense Counsel Journal 63, Abril 1996): 263-269.

- ❖ Lapedra Alcamí, Rosa. Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
- ❖ Lebel, Pierre. El Arte de la Negociación. Barcelona, Editorial CEAC, 1992.
- ❖ Lewicki, Roy J. y otros, Fundamentos de Negociación, 4º ed. México: McGraw Hill, 2008.
- ❖ Lewicki, Roy J. Fundamentos de la Negociación. México: McGraw Hil, 2008.
- ❖ Lozano Correa, Laura. “¿Puede un med/arb actuar en dos procesos. Can a med-arb serve in two processes?2 (Revista de Mediación, año 5, número 10, 2ª Semestre 2012): 50-54. Disponible en <http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2014/01/Revista10-7.pdf>
- ❖ Llopis-Llombart, Marco de Benito. El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria. España, Editorial Aranzadi, 2010.
- ❖ López de Argumedo Piñeiro, Álvaro y Constanza Balmaseda, La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid. N.d. Visible en:
http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3975/documentos/Art_UM.pdf?id=4923
- ❖ Luo, Jing. China Today, An encyclopedia of life in the people’s republic. E.U.A.: Greenwood Press, 2005.
- ❖ Macho Gómez, Carolina. “Los ADR –alternative dispute resolution- en el comercio internacional.” (Universidad de Cantabria. Cuadernos de Derecho Transnacional, número 2, volumen 5, Octubre 2013).

- ❖ Malaret, Juan. *Negociación en acción*. Madrid-Buenos Aires: Ediciones Díaz de Santos, 2007.

- ❖ Margaret L. Moses. *The principles and practice of international commercial arbitration*. E.U.A., Cambridge Edition, 2004.

- ❖ Márquez Algara, María Guadalupe. *Mediación Penal en México*. México: Editorial Porrúa, 2013.

- ❖ Meek, Susan B. *Alternative Dispute Resolution*. Arizona: Lawyers and Judges Publishing company, Inc., 1996.

- ❖ Menkel-Meadow, Carrie y otros. *Dispute Resolution, Beyond the Adversarial Model*. New York: Aspen Publishers, 2005.

- ❖ Mingarro, Luis Martí. “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”. (Revista Jurídica de Castilla de León, Núm. 3, enero 2013): 1

- ❖ Mnooklin, Robert y otros. *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos, Cómo plantear la negociación para generar acuerdos*. España: Gedisa Editoriales, 2002.

- ❖ Munduate Jaca, María de Lourdes. *Conflicto y negociación*. Madrid: Pirámide Ediciones, 2003.

- ❖ Muñoz Sabaté, Luis. *Diálogo con un escéptico en materia de arbitraje España*: Wolters Kluwer, 2011.

- ❖ Ovejero Bernal, Anastasio. *Técnicas de Negociación, Cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid: McGraw Hill Ediciones, 2004.

- ❖ Ortiz Ahlf, Loretta. Derecho Internacional Público. México: Oxford University Press, 2002.

- ❖ Pacheco Pulido, Guillermo. Mediación, Cultura de Paz, Medio alternativo de Administración de Justicia. México: Editorial Porrúa, 2004.

- ❖ Pappas, Brian A. “Med-Arb and the legalization of alternative dispute resolution” (Harvard Negotiation Law Review, Verano: 2015): 157-190

- ❖ Phillips, Gerald F. “Same-neutral med-arb: what does the future hold?” (Dispute Resolution Journal núm. 60 (2), Mayo-Julio 2005): 24-33.

- ❖ Pekar Lemereur, Alain y otros. Método de mediación, en el corazón de la mediación. México: Grupo Editorial Patria, 2010.

- ❖ Peter, James T. “Med-arb in international arbitration”. (The American Review of International Arbitration, 8, (1), 1997): 82-117

- ❖ Redfern, Alan y Martin Hunter. “Law and Practice of International Commercial Arbitration”. (California: Sweet & Maxwell, 1999).

- ❖ Remeseiro Rioboo, Carlos. Conflicto y Negociación. Madrid: Ibérico Europea Ediciones, 1994.

- ❖ Roberts, Simon y Michel Palmer. Dispute Processes, ADR and the primary forms of decision-making. Reino Unido: Ediciones Cambridge, 2005.

- ❖ Robles Garza, Magda Yadira (coord.). Escenarios actuales del arbitraje internacional. México: Universidad de Monterrey, 2011.

- ❖ Rodríguez Jiménez, Sonia. El sistema arbitral del CIADI. México: Editorial Porrúa, 2006

- ❖ Reig Fabado, Isabel. “Obras de infraestructura bajo financiación privada: la experiencia europea del proyecto euro túnel frente al proyecto argentino-boliviano del gasoducto” (Revista Boliviana de Derecho, número 6, 2008): 133-154.

- ❖ Savater, Fernando. Ética para Amador. Barcelona: Ariel, 2010.

- ❖ Scott Bill. Cómo negociar con ventaja. Tácticas y contra tácticas en la negociación. Madrid: Editorial Paraninfo, 1991.
- ❖ Schneider, Michael E. “Combining arbitration with conciliation” (Transnational Dispute Management 1, Febrero 2007)

- ❖ Steele Garza, José Guadalupe y Rubén Cardoza Moyron (coords.) Mediación y Arbitraje. Leyes Comentadas y Concordadas del Estado de Nuevo León, México, Editorial Porrúa, 2009.

- ❖ Silva Silva, Jorge Alberto. Arbitraje Internacional en México. México, Editorial Oxford, 2001.

- ❖ Soletto Muñoz, Helena y Milagros Otero Parga, (coords.) Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

- ❖ Sones, Trevor. Choosing between med-arb and arb-med. An exploratory study. E.U.A.: VDM Verlag Dr. Müller, 2009.

- ❖ Stern, James. 1984. The mediation of interest disputes by arbitrators under the Wisconsin med-arb law for local government employees. *Arbitration Journal* 39 (June):41-5.

- ❖ Stitt, Allan J. *Alternative Dispute Resolution for Organizations, How to design a system for effective conflict resolution*. Canada: John Wiley & Sons Canada Limited, 1998.

- ❖ Stork, Anita. "The Use of Arbitration in Copyright Disputes: IBM v. Fujitsu". (Berkeley Technology Law Journal, Vol. 3 (2), Otoño 1988): 241-65

- ❖ Sussman, Edna. "Developing an effective med-arb/arb-med process" (NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 2, número 1, 2009).

- ❖ Telford, Megan Elizabeth. "Med-arb: a viable dispute resolution alternative" (Kingston: Industrial Relations Center Queens University, 2000)

- ❖ Teplitsky, Martin. *Making a deal: The art of negotiating* Canadá: Lancaster House, 1992).

- ❖ Touzard, Hubert. *La Mediación y la solución de los conflictos*. Barcelona: Editorial Herder, 1981.

- ❖ Ury, William L. y otros. *Getting Disputes Resolved, Designing systems to cut the costs of conflict*. New York: Jossey-Bass Editorial, 1988.

_____ Ury, William L. *Getting Past No: Negotiating with difficult people*. New York: Bantam, 1991.

- ❖ Ury, William L., Jeanne M. Brett y Stephen B. Goldberg. Designing an effective dispute resolution system. (*Negotiation Journal* 4 (4), Octubre 1998): 413:431.

- ❖ Vargas Viancos, Juan Enrique y Francisco Javier Gorjón Gómez. Arbitraje y Mediación en las Américas. Chile. CEJA, 2007.

- ❖ Vilalta Nicuesa, Aura Esther. “La cultura del diálogo y la justicia relacional como tercera vía” Cataluña: UOC. Revista de internet, derecho y política, número 8, 2009).

- ❖ Vilhelm, Aubert. “Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution”. (*Journal of Conflict Resolution*, número 7, 1963): 26-32

- ❖ Virgós, Miguel y Francisco J. Garcimartín. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

- ❖ Vorys, Yolanda. “The best of both words: The use of med-arb for resolving will disputes” (*Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2007): 871-874

- ❖ Walton, Richard E, y Robert B. McKersie. Teoría de la Negociación. Barcelona: Labor Ediciones, 1974.

- ❖ William H. Ross y Donald E. Conlon, “Hybrid forms of third party dispute resolution: theoretical implications of combining mediation and arbitration” (*The Academy of Management Review*, vol 25, número 2, Abril 2000).

- ❖ William H. Ross, Cheryl Brantemier y Tina Ciriacks. “The impact of hybrid dispute resolution procedures on constituent fairness judgments”. (*Journal of Applied Social Psychology*, vol. 32 (6), 2002): 1151-1188.

- ❖ William, Simkin y Nicholas Fidandis, Mediation and the dynamics of collective bargaining (E.U.A., Bureau of National Affairs, 1986): 191-192

- ❖ Yarn, Douglas H. (editor) Dictionary of Conflict Resolution. San Francisco: Ediciones Jossey -Bass, Inc. 1999.

- ❖ Zack, Arnold M. "The quest for finality in airline disputes: A case for arb-med. (Dispute Resolution Journal núm. 58 (4), Enero 2004): 34-38.

- ❖ Zappalá, Francesco. "Universalismo Histórico del Arbitraje" (Universitas Bogotá (Colombia), número 121, Julio-diciembre 2010): 193-216.

Páginas WEB:

- <http://www.adr.org/aaa/>
- <http://www.aranzadigital.es>
- <http://www.cba.org/>
- <http://www.cobar.org>
- <http://congresodemediacion.org/sp/>
- <http://www.courtadr.org>
- <http://dublinarbitration.ie/>
- <http://www.fmcs.gov>
- <http://www.fundacionsignum.org/>
- <http://www.hkiac.org/en/>
- <http://www.iccwbo.org/>
- <http://www.icdr.org>
- <http://www.isba.org>
- <http://www.jamsadr.com>
- <https://millenium.itesm.mx/>
- <http://www.ontario.ca/laws/>
- <http://simc.com.sg>
- <http://www.solucionegociada.com>
- <http://www.tribunalconstitucional.es>
- <http://www.uncitral.org/uncitral/es/>
- <http://www.uncitral.org>
- <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/>
- <http://www.vicentellop.com/TEXTOS/alfonsoXsabio/las7partidas.pdf>
- <https://www.whitehouse.gov/1600/Presidents>
- <http://www.wipo.int/portal/es/>