

¿PUEDE UN MED/ARB¹ ACTUAR EN DOS PROCESOS?

CAN A MED-ARB SERVE IN TWO PROCESSES?

Laura Lozano Correa

LL.M. Pepperdine University.
Fundadora www.faces.adr.org
Lozanicorrea@gmail.com

Resumen: Med-arb es un híbrido controvertido de dos procesos de resolución de conflictos en el cual las partes acuden primero a la mediación, y si el proceso no tiene éxito, al arbitraje. En la forma «pura» el profesional neutral actúa en ambos procesos. La principal ventaja de esta práctica es el tiempo y el dinero que se puede ahorrar. Pero, ¿cómo puede un árbitro que ha mantenido conversaciones privadas con las partes cumplir con los requisitos de «imparcialidad» y ser un «árbitro justo?». Los temas que se analizan son: 1) si una misma persona puede actuar como profesional neutral en el proceso de Med-Arb, 2) los reglamentos del CNUDMI y del CCI respecto al proceso de mediación-arbitraje, y 3) el abordaje de algunas recomendaciones.

Abstract: Med-Arb is a controversial hybrid of two processes in which the parties first use mediation, and if the process is not successful, arbitration. In the «pure» form, the same Neutral assists both processes. The main advantage of this practice is the time and money that can be saved. But how can an arbitrator who has held discussions with the parties satisfy the requirements of «impartiality» and be a «fair arbitrator?»² The issues analyzed are: 1) if the same Neutral can fairly serve in the Med-Arb process, 2) the UNCITRAL and ICC rules regarding the Med-Arb process, and 3) some recommendations.

Palabras-Clave: Med/Arb, Mediador, Árbitro, Imparcialidad, Confidencialidad, Caucus, Reglamento de la CNUDMI, Reglamento de la CCI.

Key words: Med/Arb, Mediator, Arbitrator, Impartiality, Confidentiality, Improperly Influence, Caucus, Uncitral Rules, Icc Rules.

¹ MED/ARB: Figura de resolución de conflictos que quiere decir Mediador/Árbitro. ² Nigel Blackaby y Constantine Partasides con Alan Redfern y Martin Hunter, Redfern y Hunter sobre el Arbitraje Internacional: 5ª Edición. Página 48.

¿Puede participar en dos procesos un profesional neutral?

El mayor riesgo de un Med-Arb es que el profesional neutral no sea capaz de desempeñar eficazmente los roles de mediador y árbitro en un mismo caso. Por ello, para mantener la integridad del proceso, el profesional neutral debe asegurar su imparcialidad y flexibilidad como conciliador.³ La preocupación por la objetividad del profesional neutral está justificada en el caso de que el Med-Arb proponga un «caucus», ya que puede invitar a las partes a hablar sobre cuestiones emocionales importantes para la resolución, pero no con un fin de resolución. Cuando se cambia de postura surgen cuestiones éticas, legales y prácticas.⁴

Como resultado de ello, cuesta creer que el Med-Arb no se sienta afectado por una discusión íntima con las partes puesto que puede sentir empatía hacia una de ellas. Actuando como mediador, la empatía no ha de ser un problema; sin embargo, puesto que el árbitro tiene que tomar decisiones difíciles basadas en su opinión subjetiva, hacer caso omiso de la información divulgada durante la etapa de mediación es muy difícil y puede llevar a la parcialidad.

Dado que una de las partes puede cuestionar al árbitro o a su decisión, basándose en el hecho de que el árbitro estaba influenciado por la información conocida durante la etapa de mediación, se tiene que tener en cuenta seriamente su imparcialidad. Además, una de las partes puede sostener que el mediador prejuzgó el caso durante la etapa de la resolución cuando se presentaba la evaluación de los méritos del caso. Y lo que es más, pueden presentarse «una o más

reclamaciones indicando que el árbitro ha tomado represalias contra una de las partes en el proceso de arbitraje por no prestar atención a sus consejos mientras hablaban para resolver el conflicto.»⁵ Así, los árbitros tienen que trabajar con iniciativas que los pueden descalificar como árbitros. Por lo tanto, y con el fin de minimizar este riesgo, los árbitros habrán de limitar el uso de técnicas que, por otra parte, harían más eficaces los esfuerzos de resolución.⁶

Pese a esta preocupación por la imparcialidad del proceso de Med-Arb, que podría dar lugar a un aumento de resoluciones revocadas, muy pocas instituciones han incluido esta cuestión en sus reglamentos.⁷ El CEDR del Reino Unido (Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos) publicó un reglamento para facilitar la resolución en arbitrajes internacionales. En el Artículo 7 del mismo, se lee: «Si como consecuencia de su implicación para facilitar la resolución, a un árbitro le asaltan dudas sobre su capacidad para seguir siendo imparcial o independiente en el transcurso futuro del procedimiento de arbitraje, tendrá que dimitir.»

Por ello, para mantener la imparcialidad, las partes del conflicto, o incluso el profesional neutral, pueden modificar el proceso. Por otra parte, el reglamento del CEDR prohíbe que un Med-Arb se reúna con una de las partes sin que esté presente la otra. De esta forma, para prevenir la imparcialidad, se elimina la sesión de reunión preliminar y el árbitro no puede obtener información de ninguna de las partes si no se ha compartido con la otra parte.⁸

La posibilidad de que las partes rechacen el requisito de imparcialidad como

norma estándar para los árbitros internacionales no está clara. Las cuestiones de hasta qué punto y en qué etapa se podrán rechazar sus derechos procesales sigue sin determinarse, si la intención es que la información proporcionada durante las conversaciones privadas del «caucus» siga siendo confidencial.⁹

El problema surge cuando el conciliador, por ejemplo, solicita información confidencial para la resolución del conflicto, celebra un «caucus», y empieza a «examinar la realidad» y a evaluar el fondo de las reclamaciones. Incluso estas iniciativas se pueden beneficiar del proceso de resolución porque pueden hacer que el proceso de arbitraje se vea como un ataque legal.¹⁰ Los abogados ingleses dan por hecho que no se permita a un Med-Arb citar a alguien a un caucus privado y confidencial y luego decidir sobre la materia preventivamente. Sin embargo, cabe recordar que las reuniones de caucus tienen menos riesgos cuando el esfuerzo de resolución se centra en soluciones de futuro, como por ejemplo continuar la relación empresarial, en vez de en problemas que miran hacia el pasado del estilo de las que normalmente surgen en el proceso de arbitraje.¹¹

Es más, según los críticos, el Med-Arb puede tener un efecto paralizante sobre las partes que saben que el mediador puede ser posteriormente el árbitro.¹² Dado que sigue cabiendo la posibilidad de un caucus en el proceso, las partes quizás no hablen de sus debilidades o no permitan al Med-Arb explorar los antecedentes del caso. Puede que las partes no sean tan francas como deban porque son conscientes de que el Med-Arb tiene el poder de tomar decisiones y puede utilizar lo que se ha dicho en contra de

³ Harold I. Abramson: *Protocols for International Arbitrators who dare to settle cases*, The American Review for International Arbitrator, 1999. ⁴ Prof. Stipanowich: Video 'Along the borderline'; Pepperdine Law School, Straus Institute, ⁵ Ver nota 3 más arriba ⁶ Id. ⁷ Como se verá más adelante, ni la CNUDMI ni la CCI contemplan esta cuestión en sus reglamentos. ⁸ Rf. Reglamento CEDR para facilitar la resolución en arbitrajes, Art 2 disponible en <http://www.Cedr.co.uk> ⁹ James T. Peter: *Med-Arb in International Arbitration*, American Review of International Arbitration, 1997 ¹⁰ Ver nota 3 más arriba. ¹¹ Id. ¹² Robert L Ebe: *A different approach to conducting Med. Arb in Complex Commercial Litigation Matters.*, ADR Produces, Alternatives to the High Cost of Litigation, March 2001.

ellas.¹³ Mientras tanto, la parte excluida se preocupará porque el profesional neutro «haya puesto a las partes en contra durante los esfuerzos de resolución» y porque esto pueda «levantar sospechas de que la otra parte haya contaminado la visión que el profesional neutral tiene del caso en las circunstancias en las que la parte excluida pueda no cuestionar la información.»¹⁴

Teniendo en cuenta estas preocupaciones, si las partes deciden no celebrar el caucus, habrán de trabajar con sus asesores antes de la mediación y evaluar todas las opciones. Por lo tanto, si ambas partes llegan preparadas a la reunión, la segunda etapa, el arbitraje, se podría pasar por alto, que no daría lugar a un Med-Arb, sino que se centrarían en ampliar el círculo como parte del proceso de mediación.

Finalmente, en el proceso se tiene que tener en cuenta las Reglas de Ética AAA/ABA para árbitros. Estas establecen 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.»

Normas institucionales

El Reglamento de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho

mercantil internacional) que figura en la Ley Modelo sobre Conciliación de 2002, dice en su artículo 12, «A menos que las partes acuerden lo contrario, el conciliador no actuará como árbitro respecto a un conflicto que haya surgido del mismo contrato o relación legal o de cualquier contrato o relación legal relacionados». La razón para excluir al conciliador de esta acción como árbitro en relación con un conflicto en el que ha formado parte del proceso de conciliación es la preocupación por la confidencialidad. En la Ley Modelo, por el contrario, un árbitro puede actuar como conciliador.¹⁵ Por otra parte, «la comisión ha acordado que la Ley Modelo no tiene por objeto especificar si un árbitro puede o no actuar o participar en el proceso de conciliación en relación con un conflicto.»

Parece que el lenguaje utilizado en este artículo puede ser redundante en lo que se refiere al Artículo 3, que confirma la libertad de las partes para excluir o modificar cualquier disposición de la Ley Modelo para responder mejor a sus necesidades. Sin embargo, al igual que en el arbitraje, la conciliación está sometida a la autonomía de las partes, con lo que hay que respetar el acuerdo al que hayan llegado las partes.¹⁶ Al mismo tiempo, otros expertos consideran el lenguaje empleado como una posibilidad que lleva a la conclusión de que hay dos grados distintos de autonomía de las partes, un grado superior y otro inferior. Esta disposición se puede aplicar

a «un conflicto que ha sido o es objeto de conciliación» y, por lo tanto, se refiere a conciliaciones pasadas y también en proceso de resolución. Por otra parte, la frase «respetando cualquier otro conflicto que haya surgido del mismo contrato o relación legal o cualquier contrato o relación relacionados» hace referencia a aquellos conflictos que son distintos pero que están estrechamente relacionados con el objeto de la conciliación.¹⁷

No obstante, hemos de tener en cuenta que el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI «autoriza al tercero neutral a emplear cualquier método que considere apropiado basado en los principios de objetividad, equidad y justicia», considerando «los derechos y obligaciones de las partes, las preocupaciones comerciales y las circunstancias que los rodean.»¹⁸

Del mismo modo, la CCI contempla también este proceso híbrido en el Reglamento RCA¹⁹, que significa «Resolución de Conflictos Amistosa», de la CCI «para las partes que deseen resolver sus conflictos o diferencias amistosamente con la ayuda de una tercera parte, la parte neutral en un marco institucional.» El Art. 7(3) establece que «a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito, no actuará ni tendrá participación en una acción judicial, arbitraje o procedimiento similar relacionado con un conflicto una tercera parte neutral en caso de RCA, ni como juez, ni como árbitro, ni como experto ni como representante o asesor de una de las partes.»

13 Ver nota 9 más arriba **14** Ver nota 3 más arriba. **15** Ver nota 1 más arriba. **16** Según el Reglamento sobre Conciliación de la CNUDMI, si las partes no han firmado un acuerdo de conciliación, y si la parte invitada rechaza la invitación a conciliar, no se llevará a cabo el procedimiento de conciliación. **17** «El Reglamento Modelo de UMA y de la CNUDMI: «An emerging Consensus on Mediation and Conciliation». Journal of Dispute Resolution, Volume 2003, p193. El CIADI, por su parte estipula que una persona que haya actuado previamente ya sea como conciliador o como árbitro para la resolución del mismo conflicto que se ha llevado a arbitraje no puede ser designado para el tribunal (Norma de Arbitraje 1(4)). **18** Las circunstancias implicadas incluyen «toda práctica comercial previa entre las partes». Ver Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Jack J. Coe Jr «Settlement of Investor State Disputes through Mediation - Preliminary Remarks on Process, Problems and Prospects» **19** Como consecuencia de la naturaleza amistosa de la CCI RCA, la CCI se refiere a estas normas como «resolución de conflictos amistosa», en vez de usar «la resolución de conflictos alternativa» que se ha utilizado en el pasado. Sin embargo, la resolución de conflictos amistosa desarrollada por la CCI no incluye el arbitraje, el único procedimiento que no tiene como resultado decisiones aplicadas por ley, aparte del Art.7.3 del que se hablará en este trabajo.Ver también el Reglamento de la CCI n.1, del CMAP n.2 de París, del CEPANI n.3 de Bélgica, de la OMPI n.4, del Centro de arbitraje y mediación de Ginebra, o el Reglamento suizo de mediación comercial de

Por tanto, si las partes contemplan este proceso híbrido en su acuerdo inicial, un tercero neutral puede cambiar su posición y actuar como árbitro después de haber desempeñado su papel de mediador. Según la Guía para la RCA de la CCI²⁰ dichos acuerdos se realizarán por escrito. El Reglamento para la RCA de la CCI permite a las partes llegar a un acuerdo sobre cualquier técnica de resolución que ellas consideren que se ajusta mejor a sus necesidades para resolver el conflicto.²¹ Dicho de otro modo, las partes pueden acordar por escrito que el árbitro actúe como tercero neutral en el mismo caso, según el procedimiento de RCA de la CCI. Sin embargo, ante la ausencia de acuerdo, la mediación es el método por defecto utilizado por para la resolución.²²

El Reglamento de RCA de la CCI permite flexibilidad y enfatiza la autonomía de las partes, ya que les permite elegir el método de resolución que más les conviene. Por otra parte, en caso de que no exista acuerdo entre las partes, se recurrirá a la mediación.

Según la CCI, el proceso es confidencial a menos que una de las partes tenga que revelar información por exigencia de alguna norma nacional. Para reforzar dicha confidencialidad, las partes pueden: (i) incluir en el acuerdo de RCA una cláusula de confidencialidad, con o sin penalización, (ii) ejercer la confidencialidad estatutariamente,²³ (iii) mostrar documentación sólo en el «caucus» (aunque desemboque en un conflicto de impar-

cialidad para el tercero neutral), o (iv) incorporar una serie de normas de confidencialidad en su contrato, que es el método óptimo.²⁴

Puesto que tanto la CCI como la CNUDMI están en contra de los procesos de Med-Arb, se debe nombrar como árbitro a una nueva persona que no haya participado en la mediación, que es el Co-Med-Arb. Aunque desaparezcan todas las preocupaciones relativas a la imparcialidad, este proceso pierde eficacia. Se han de pagar más honorarios al árbitro nuevo y se repetirá todo el proceso, perdiendo todo el conocimiento adquirido anteriormente en el proceso de mediación. Además, la fase probatoria se podría también repetir.²⁵ Por lo tanto, tiene lugar un aumento general de los costes, lo que da como resultado una pérdida de eficacia.

La razón principal por la que tanto la CNUDMI como la CCI están en contra de que los conciliadores sean también árbitros en procedimientos subsiguientes es que estarían en posesión de información inadmisibles como prueba para el arbitraje,²⁶ si una de las partes no quiere presentar esa prueba en el arbitraje. Se cree que dicha prohibición proporcionará una salvaguarda más, ya que la inadmisibilidad formal podría no ser suficiente para proteger los intereses de las partes. De hecho, las partes han de considerar la posibilidad de que si la conciliación no se lleva a cabo con éxito, el conciliador puede ser nombrado árbitro, o bien por

la otra parte o por la autoridad competente. Es más, y como ya se ha referido anteriormente, existe la preocupación de la parte «que pierde» desautorice la conciliación, y por esta razón muchas instituciones están en contra del Med-Arb. Teniendo esto en cuenta, las partes pueden estar menos dispuestas a participar en el proceso de conciliación. Sin embargo, las partes pueden considerar al tercero neutral actuando como mediador y como árbitro en el mismo proceso es ventajoso, por ejemplo para la gestión del caso con mayor eficacia. Dadas las circunstancias en las que las partes han evaluado las ventajas y desventajas, no existen razones para impedir que las partes conjuntamente nombren a dicha persona como árbitro.

Recomendaciones para ambas instituciones

Debido a la falta de unas pautas en esta materia que sienten precedente, para mantener la confidencialidad, la autora 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 de conciliación y que de otra forma no se pueda descubrir independientemente.²⁷ Por ejemplo, según la Ley de Arbitraje de la República Popular China²⁸ toda información confidencial revelada al Med-Arb se tiene que presentar igualmente a la otra parte²⁹.

las Cámaras de Comercio suizas n.5, la mayor parte de las normas sobre mediación comercial serán restrictivas y no permiten, sin un consentimiento especial, que la misma persona sea mediador y árbitro. ²⁰ La Guía de la RCA de la CCI da una explicación del reglamento e indica que una vez que una de las partes ha acordado el proceso de la CCI RCA no se pueden retirar del mismo antes del primer encuentro con el tercero neutral. ²¹ 'Avoiding the Full Court Press: International Commercial Arbitration and Other Global Alternative Dispute Resolution Process' Loyola of Los Angeles Law Review, Summer 2007. ²² Al igual que la CCI, tanto la AAA como la LCIA ofrecen mediación internacional, sin embargo, al contrario que la CCI sus reglamentos se limitan expresamente a servicios de mediación. ²³ Es decir, la Ley de Mediación Uniforme de los EE.UU. ²⁴ Dyalá Jiménez-Figueres «Amicable means to resolve dispute. How the ICC ADR Rule works», artículo online. ²⁵ Otto Sandrock, «The Choice between forum selection, mediation and arbitration clauses: European perspectives.» The American Review of International Arbitration, 2009, 20 Am. Rev. Int'l Arb 8. ²⁶ Ver Artículo 10 sobre la Ley Modelo. ²⁷ Los acuerdos de confidencialidad son una práctica estándar en la mediación, ya que «favorece la franqueza y que se acepten los riesgos en las discusiones de resolución». Ver nota 3 más arriba. ²⁸ En el modelo chino, el árbitro puede ser conciliador, y luego vuelve a ser árbitro en cualquier momento del procedimiento. ²⁹ M. Scott Donahey, Seeking Harmony, Is the Asian Concept of the Conciliator/Arbitrator Applicable in the West? 50 Disp. Resol. J. 74 ,Abril 1995.

Además, tras sopesar los riesgos y beneficios de la utilización del caucus, se sugiere que ambas instituciones de gobierno hagan que las partes decidan si quieren o no tener caucus.³⁰ El objetivo de esta recomendación es proteger la justicia de la decisión arbitral y reducir la posibilidad de que la parte que pierde, recuse la misma. Sin embargo, si las partes actúan sinceramente y de buena fe no hay necesidad de revelar ciertas cosas al mediador durante las sesiones del caucus; estas revelaciones se pueden hacer directamente a la parte con la que existe una relación comercial.

Por otra parte, ambas instituciones deberían reducir el papel que desempeña el tercero neutral al de un mejor conciliador que no evalúe el fondo del asunto, las pruebas o lo razonable de las posturas de cada uno. Toda evaluación por parte de un conciliador corre el riesgo de ser imparcial, ya que puede parecer que ha prejuzgado el caso cuando se retoma el procedimiento de arbitraje. Sin embargo, «esta restricción no se debe interpretar como que se prohíbe al mediador ayudar a las partes a que evalúen el caso».

La decisión sobre este aspecto imitará la flexibilidad como mayor ventaja del proceso de mediación. Es más, para ambas instituciones merece la pena incluir la formación en temas éticos, normativo, y sobre técnicas del proceso de Med-Arb.

Conclusión

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 señalar que los casos en los que la mediación no ha funcionado, pero en los que las partes han solicitado al mediador que continúe como árbitro, si «acuerdan que se siga el arbitraje, el mismo será más eficaz, si es eso lo que las partes conjuntamente han decidido que sea su Mejor Alternativa Para un Acuerdo de Negociación (BATNA según las siglas en inglés).»³¹

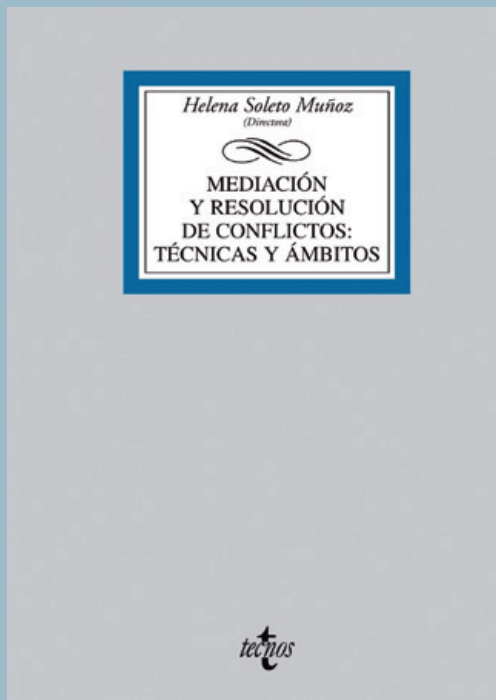
Además, las distintas experiencias culturales pueden determinar las acti-

tudes de los participantes hacia un tercero neutral que actúe en los dos procesos. Según Harold Abramson, diversos árbitros de Europa occidental y partes son más receptivos a la resolución de los casos en comparación con los participantes de EE.UU. Scott Doahey³² ha comparado la situación en EE.UU. y en Alemania en un informe en el que llegó a la conclusión de que los alemanes «muy a menudo se encuentran con que los árbitros participan en las negociaciones de resolución», mientras que en EE.UU. esta actitud se ven «en pocas ocasiones». Y más aún, el 92% de los alemanes consideran que esta actitud es adecuada, mientras que el 71% de la población de muestra en EE.UU. rechaza que el árbitro desempeñe este papel.

En conclusión, el Med-Arb es una figura que plantea ventajas interesantes para las partes sujeta, sin embargo, a la capacidad de mantener la imparcialidad del tercero neutral; y hasta que no se resuelva este punto débil, y dada la falta de una regulación definitiva de las instituciones de gobierno, la validez del proceso sigue siendo cuestionable.

³⁰ Las reuniones privadas puede crear un ambiente en el que las partes cuenten sus intereses al tercero neutral, y de esta forma el neutral puede utilizar la información para alcanzar a soluciones aceptables por ambas partes. Por otra parte, este entorno creado por el caucus puede ayudar a que las partes muestren y liberen su ira, aclaren sus posiciones e intereses, y reconozcan sus puntos débiles y fuertes. ³¹ Eric W. Fiechter: Casting Issues can or should the Same Person be Mediator, or Conciliator and Arbitrator? 2008 Cámara de Comercio Croata, Anuario croata de arbitraje. ³² Ver nota 29 más arriba.

PREMIOS AMMI 2012 - REVISTA DE MEDIACIÓN



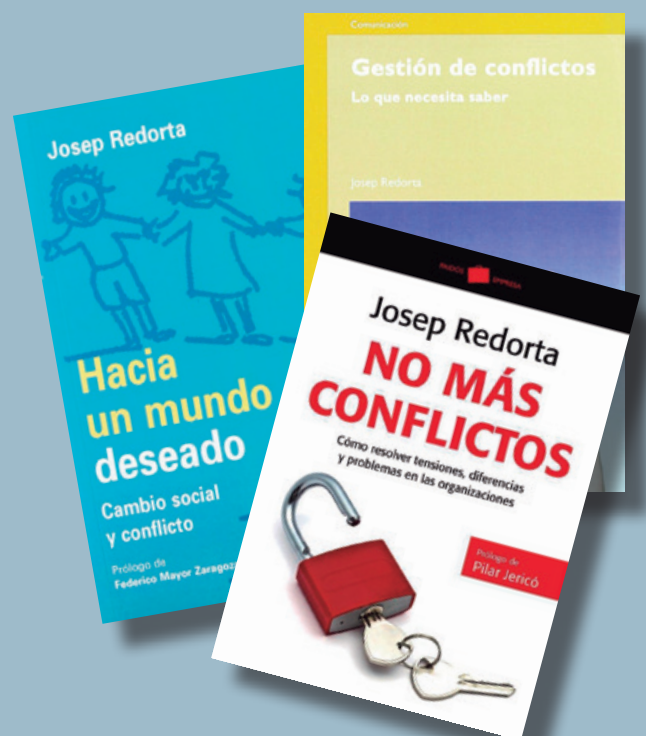
Premio AMMI-Revista de Mediación a la mejor publicación del año 2011 en Mediación: «Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos», de Helena Soletó Muñoz (Directora) y cols. Editorial Tecnos.



Mención especial AMMI-Revista de Mediación: «Violencia de género, justicia restaurativa y mediación», de Raquel Castillejo Manzanares (Directora) y cols. Editorial La Ley.

Premio AMMI- Revista de Mediación al mejor autor del año: Josep Redorta Lorente por:

- «No más conflictos». Editorial Paidós.
- «Hacia un mundo deseado: cambio social y conflicto». Editorial Milenio.
- «Gestión de conflictos: lo que necesitas saber». Editorial UOC.



REVISTA de MEDIACIÓN

Sumario

Editorial: Creatividad y crisis **03**

Mediación deportiva **06**
Olga Montesinos Muñoz

«Mediando en Salud». Una propuesta de mediación
sanitaria en hospitales **13**
María Carnero de Blas

Mediación: parte integral de la asistencia a víctimas de
violencia sexual **19**
Dolores Cidoncha Romero

Mediación intercultural para la mejora de la alianza
familia-escuela **27**
Eva Rodríguez Vindel

Mediación en empresas familiares **34**
Carla Alonso Dal Monte
y *M^a José Naranjo Hernández*

CASO DE MEDIACIÓN Mediación en una empresa
familiar **42**
Sara Rejero Serret
y *Cesar Gil Ballesteros*

¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos? **50**
Laura Lozano Correa

