

PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y COMERCIO INTERNACIONAL *

Miguel VIRGÓS SORIANO

I. El contexto: el mercado de mecanismos de solución de controversias.–II. Las modalidades de ADR.–III. ¿Y si la mediación falla?–IV. La gestión de conflictos en el mercado de mecanismos de solución

I. EL CONTEXTO: EL MERCADO DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Vamos a tratar del papel de los procedimientos alternativos de resolución de disputas y de su papel en el comercio internacional. Estos procedimientos son conocidos por su acrónimo inglés ADR, que por eso utilizaré a lo largo de mi exposición.

2. Hablar de comercio internacional es hablar de relaciones que trascienden las fronteras de los Estados y, con ellos, de sus sistemas jurídicos. Un contrato se dice internacional cuando presenta contactos, conexiones, con dos o más Estados. Estas conexiones explican que los tribunales de dos o más países puedan considerarse competentes para resolver eventuales disputas entre sus partes. Esto quiere decir que en un contrato entre una parte española y una parte rusa tanto los tribunales rusos como los españoles pueden conocer del asunto. *Ex post*, una vez que surge la disputa, esta alternativa abre posibilidades de *forum shopping* el demandante escogerá presentar su demanda ante aquellos tribunales que mejor convengan a su causa. *Ex ante*, en cambio, la competencia alternativa de los tribunales españoles y rusos puede verse como una oportunidad de elegir y mediante una cláusula de sumisión fijar de mutuo acuerdo aquellos tribunales que, cualquiera que sea nuestra posición, pensemos que nos ofrecerá un mejor servicio. Las partes escogerán

* Se ha mantenido el formato y contenido de la ponencia, añadiendo algunas referencias útiles como ulterior información.

los tribunales que mejor respondan a sus necesidades en términos de servicio, costes y duración; con otras palabras, como en un mercado, es posible la elección, el *forum planning*.

3. Junto a los tribunales de justicia se pone, con singular fuerza, el arbitraje comercial. El arbitraje no sólo está admitido como modo de solución de disputas comerciales en la mayoría de estados del mundo, sino que la eficacia de la elección del arbitraje está garantizada por una red convencional y cuya pieza más importante es el Convenio de Nueva York de 1958, del que son parte más de 135 Estados, cuyo artículo II dispone que el tribunal al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan acordado someter a arbitraje, «remitirá a las partes al arbitraje», a menos que compruebe que dicho acuerdo es inválido o inaplicable. El arbitraje no se debe contemplar como una excepción a la jurisdicción natural de los jueces y tribunales nacionales que, por esto mismo, deba ser construida restrictivamente, sino como un sistema de resolución de disputas basado en la autonomía privada, que es un valor constitucionalmente protegido (al menos en España) y que, por esta precisa razón, merece el respeto del Estado y de los tribunales. La misma alternativa que antes planteaba entre dos tribunales nacionales se plantea ahora entre esos tribunales y el arbitraje. Las partes pueden elegir entre ambas rutas.

4. En el contexto internacional el arbitraje presenta algunas ventajas frente a la jurisdicción. La primera es su adaptación al medio. Los tribunales aplican Derecho nacional, normalmente el Derecho privado bajo el modelo savigniano de asignar a cada relación una «sede» y atribuir al Derecho vigente en el lugar donde se localice esa sede su regulación jurídica; y el Derecho público bajo un modelo de aplicación unilateral que no se fija en la relación, sino en el interés regulatorio de cada norma y fija su alcance en atención al bien o interés protegido. Sin embargo las transacciones internacionales, por el mismo hecho de presentar conexiones con diversos ordenamientos, no «pertenecen» a ninguno, ni afectan tampoco a los intereses de uno sólo de ellos. Si en lugar de adoptar el punto de vista de un ordenamiento, tomamos el punto de vista de un observador externo, las transacciones internacionales no se desenvuelven en un marco jurídico único, sino en la intersección de diversos órdenes jurídicos, naciones e internacionales, en lo que con acierto Boaventura de Sousa de Santos, en su cartografía simbólica del Derecho, denomina «interlegalidad». Esta interlegalidad impone un reto importante a los jueces nacionales, quienes educados en una cultura jurídica y acostumbrados a aplicar un ordenamiento jurídico dado se ven en la necesidad de operar en un sistema abierto, incidido pero no controlado por ningún Estado concreto. En este contexto, incluso conceptos que parecen unívocos, la idea misma de contrato, pueden no serlo tanto. Basta comparar la idea de contrato en que se basa nuestro Derecho con el concepto de contrato tradicional de otras culturas: de un intercambio del que surgen en cada parte derechos y obligaciones ciertos y una distribución de riesgos que debe respetarse, a un modelo basado en la idea de una relación que se abre («*an unfolding process*») a un proceso de continua acomodación a las contingencias futuras (1).

(1) P. MC CONNAUGHAY, «*The scope of autonomy in International Contracts and its Relation to Economic Regulation and Development*», pp. 18 y ss. Este trabajo puede descargarse de Social Science Research Network. Electronic Paper Collection (<http://ssrn.com>).

El conocimiento de esta interlegalidad, del mismo modo que el conocimiento de los usos y prácticas del sector del tráfico de que se trate, no puede predicarse de los jueces de cada Estado. El arbitraje permite a las partes centralizar en un solo foro todas las disputas, elegir a quienes actuarán como jueces, definir el procedimiento a seguir y fijar los criterios de decisión que deberán aplicar los árbitros [inclusive alguna manifestación de la *lex mercatoria* (2)]. Frente a jueces formados en un ordenamiento nacional determinado del que son funcionarios, los árbitros son elegidos por sus conocimientos y capacidades personales y por ello se desenvuelven mejor en esta interlegalidad. Hasta el punto de que algunos, exageradamente, llegan a decir que en el ámbito internacional, dadas las diferencias de nivel tan fuertes entre las jurisdicciones nacionales, los árbitros son los verdaderos jueces naturales en las relaciones comerciales. Sin llegar tan lejos, sí podemos decir que el arbitraje encuentra en el campo internacional una razón de ser propia.

En nuestro ejemplo, a la posibilidad de someter el litigio a los tribunales rusos o españoles se une esta tercera posibilidad, que es recurrir al arbitraje. Y dentro del arbitraje a un arbitraje en España, en Rusia o en un foro neutral, Suiza por ejemplo. Cada uno de estos tres arbitrajes potenciales se regiría por leyes de arbitraje distintas que abren posibilidades también distintas. Las leyes de arbitraje de esos tres países permiten tanto arbitrajes institucionales como *ad hoc*. Si las partes hubieran elegido como lugar de las sede del arbitraje Madrid, por poner un ejemplo, las partes podrían someter su arbitraje a una institución arbitral, local (CIMA o la Corte de Arbitraje de Madrid, por ejemplo) o internacional (CCI, ICDR o LCIA son algunas de las preferidas por nuestros operadores). Esto amplía el abanico de mecanismos de resolución de eventuales disputas que se les ofrece, *ex ante*, a las partes de una futura transacción.

Estas dos formas de resolución de disputas, la jurisdiccional y el arbitraje siguen el modelo de «adjudicación»: en ambos casos un tercero adopta una decisión que se impone a las partes y que resuelve con alcance definitivo la controversia. A su lado están fórmulas que se basan en el modelo de «negociación» y proporcionan a las partes las bases para encontrar un arreglo. Entre ambos modelos caben, como en seguida veremos fórmulas intermedias.

5. Esta exposición inicial tiene por objeto proporcionar la imagen de un mercado de mecanismos de resolución de controversias que se pone a disposición de las partes de una transacción internacional. En este mercado podemos ya concluir que concurren distintos «servicios», públicos y privados, que se basan en cuatro modelos básicos: 1) litigación judicial, 2) arbitraje, 3) mediación, 4) negociación.

Esta idea de mercado se refleja muy bien en la forma en que las firmas de abogados anglosajonas se organizan para prestar servicios a sus clientes: de los tradicionales departamentos de *litigation* se pasa a *litigation and arbitration* y de ambos a *dispute resolution*. El tránsito del concepto estrecho de «litigación» al más amplio de «resolución de disputas» refleja perfectamente el auge en EE. UU.

(2) Así, por ejemplo, el artículo 34.2 de la Ley española de Arbitraje permite a las partes someterse no a un Derecho nacional, sino a las «normas jurídicas» de su elección. La elección de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (accesibles en www.unidroit.org), una opción que se maneja en la práctica en circunstancias en que no es posible acordar un Derecho nacional, quedaría perfectamente amparada por dicho precepto.

y en Gran Bretaña de la mediación comercial y de los mecanismos de ADR. Aunque es difícil dar estadísticas fiables, parece existir consenso en que una amplia mayoría de los casos que se llevan a mediación en estos dos países se solucionan sin litigación posterior (algunas fuentes hablan de porcentajes por encima del 70 por 100) y que un amplio porcentaje de disputas se someten a algún tipo de ADR previo. Esto se corresponde con las conclusiones de estudios recientes. Así, según el informe *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2006*, Queen Mary University of London and PriceWaterhaouseCoopers, el 73 por 100 de las empresas con actividad comercial internacional prefieren el arbitraje como método de solución de controversias y en la mayoría de los casos las partes no se someten directamente a arbitraje, sino en combinación con alguna fórmula de ADR (3).

6. Esos cuatro modelos tienen características diferentes. Así, es normal ordenar estas diferentes fórmulas o mecanismos de resolución de diferencias según su naturaleza adversarial o conciliatoria (en el primero prima la visión de «derechos», en el segundo de «intereses») y el grado de control de las partes sobre el procedimiento:

– Litigación judicial: implica una decisión por un tercero que es vinculante para las partes. El tercero que decide, el juez, está predeterminado por la ley (las partes no pueden elegirlo) y este juez aplica normas procesales y procedimientos prefijados por la ley y que no puede ser modificado por las partes. El modelo es adversarial: las partes «luchan» para vencer sobre la base de tener mejor derecho (= «rights-based» procedure). La lucha se centra en las posiciones legales de las partes («ganar-perder» es la alternativa que se presenta a las partes).

– Arbitraje: hay también una decisión por un tercero que se impone con carácter vinculante a las partes, pero este tercero es elegido por las partes; las reglas procesales son básicamente disponibles pero el procedimiento mismo vincula a las partes (una parte no puede escapar del procedimiento simplemente marchándose de él o no respondiendo al requerimiento o solicitud de arbitraje). Sigue también un modelo adversarial basado en las posiciones legales de las partes («ganar-perder»).

– Mediación: no hay una decisión que se imponga a las partes; el tercero asiste para facilitar el acuerdo entre las partes. Éstas retienen el control y pueden retirarse unilateralmente poniendo fin al procedimiento. Sigue un modelo conciliatorio («ganar-ganar») que intenta acomodar los intereses de las partes (= «interests-based» procedure).

– Negociación: no se involucra a un tercero, las partes retienen todo el control.

II. LAS MODALIDADES DE ADR

7. Los ADR se basan inicialmente en el modelo de la mediación: se trata de un procedimiento no vinculante controlado por las partes. El tercero desempeña

(3) Este informe está accesible en www.pwc.com/arbitrationstudy.

una función esencialmente facilitadora o evaluativa. Es un procedimiento confidencial. Ésta, junto con el énfasis en los intereses de las partes, es una de las claves de la mediación. Las informaciones reveladas en el curso de la mediación no deben poder ser reveladas ni usadas fuera de la mediación. Intenta prevenir el uso de la negociación como modo de obtener una ventaja procesal para usarla en la litigación o arbitraje posterior. Por la misma razón, el mediador no puede prestar testimonio en otros procesos.

Ahora bien, los ADR son productos de la autonomía privada y como tales pueden acercarse a la negociación, limitándose a ser un proceso tutelado de negociación, o hacia el arbitraje, las partes se obligan a aceptar como vinculante la evaluación o dictamen del tercero, que cobra entonces fuerza contractual entre ellas.

8. Muchas veces se escucha decir que los ADR son en realidad «vino viejo en botella nueva», pero lo cierto es que la búsqueda de nuevas fórmulas ha mejorado y sofisticado su práctica y profesionalizado su ejercicio de un modo notable. Su éxito deriva del modo en que está estructurado el proceso de ADR. Muchas de las prácticas hoy habituales proceden de EE. UU. que viene operando a estos efectos como un gran laboratorio. Mejor que dar cuenta de estas fórmulas es describir cómo operan algunas de las técnicas más utilizadas en la práctica y cuya finalidad común es solucionar conflictos minimizando los costes y la interferencia en las relaciones entre las partes.

1) La mediación se guía por el interés comercial de las partes, más que por sus posiciones legales estrictas. El modelo no es el de la negociación tradicional. El formato típico de ésta arranca de una petición inicial alta, seguida de una revelación limitada de información sobre los hechos y las preferencias propias, pocas concesiones y de menor importancia, combinada con argumentos y ofertas «finales» y una aparente firmeza en mantenerse en sus posiciones durante todo el proceso de negociación. El mediador, en cambio, debe incentivar la negociación cooperativa, remodelando y controlando el proceso y aplicar técnicas de búsqueda de comunes en lugar de enfatizar visiones antagonistas.

La estructura de una mediación es sencilla: se pone en marcha mediante una solicitud de mediación y se nombra un mediador de común acuerdo o, en su defecto, por la autoridad nominadora que se haya elegido. El mediador contacta a las partes y se pone de acuerdo en el modo de estructurar la mediación. Normalmente comienza por un intercambio de informaciones entre las partes: cada una prepara un breve sumario que se acompaña de los documentos en su caso citados. Es usual limitar el número de páginas y que las partes presenten un juego común de documentos. A partir de ese momento el mediador mantiene reuniones conjuntas y separadas con las partes para identificar problemas y priorizarlos, explorar los intereses de cada una de ellas, desarrollar opciones y evaluar las opciones disponibles. Un modelo sencillo de procedimiento de mediación comentado que puede consultarse es el del CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*, www.cedr.co.uk).

2) Evaluación neutral: las partes se ponen de acuerdo en solicitar de un tercero, un experto, su opinión sobre la cuestión en conflicto entre las partes. El valor de la opinión deriva del reconocimiento que a la autoridad del evaluador den las partes. Si las partes acuerdan vincularse a la opinión del experto, entonces se pasa del

campo de la evaluación al campo de la decisión pericial o «expert determination» y dicha decisión vale con fuerza contractual entre las partes.

3) Mini-juicio (*minitrial*): se forma un panel compuesto normalmente de tres miembros, dos directivos u altos cargos de las partes y un tercero independiente. Los altos cargos no deben de haber estado involucrados directamente en el conflicto origen de la controversia y deben tener poderes para llegar a un arreglo y concluir una transacción; el tercero es un mediador o facilitador y su función es ayudar a encontrar una solución. Normalmente el tercero controla y dirige el proceso. Cada una de las partes, normalmente sus abogados, presenta de forma concisa el caso desde su perspectiva. Después los miembros del panel se reúnen e intentan buscar una solución aceptable para todos. Los directivos tienen una mejor comprensión de los intereses de ambas partes y tienen opciones que no están al alcance de un árbitro o de un juez (e.g. un nuevo negocio o una modificación del vigente). El mini-juicio permite a los directivos tomar un conocimiento mejor del problema y les permite adoptar posiciones más realistas. Las negociaciones tienen lugar entre los directivos dentro del panel con datos explícitos sobre los méritos del caso. El tercero mediará o moderará los términos de la negociación. Normalmente no se transcriben ni se levantan actas del mini-juicio para asegurar la confidencialidad del procedimiento. En caso de acuerdo las partes firmarán un documento en el que se recojan los términos del arreglo y el fin de la controversia.

4) Juntas de solución de conflictos (*Dispute boards*): Son cada vez más frecuentes en el campo de los grandes proyectos de construcción e infraestructura. Las juntas son órganos de uno, tres o cinco miembros que se constituyen con expertos elegidos por las partes para conocer de las desavenencias que pueden surgir en el curso de ejecución del proyecto. Estas desavenencias son normalmente de carácter técnico y por esa razón sus miembros son personas con esos conocimientos: ingenieros, arquitectos, etc. Normalmente las juntas son órganos permanentes, que se establecen al inicio del proyecto para resolver cualquier conflicto relativo a su ejecución, hasta su terminación. La Junta emite recomendaciones o, preferiblemente, decisiones que se deben cumplir. Si las partes están en desacuerdo con el contenido de las decisiones, pueden llevar esta cuestión a arbitraje al final. Una diferencia fundamental con otras formas de ADR es que las juntas de solución de conflictos se constituyen desde el principio y no cuando surge una disputa. Forman parte del proyecto y conocen su desarrollo. Aunque suponen un coste añadido, permite una fluidez mucho mayor en la consecución del proyecto.

Si son nombrados al comienzo del proyecto, se les debe informar del desarrollo y progreso de su ejecución. Debe adoptar sus decisiones o recomendaciones en un período breve de tiempo. Las recomendaciones de la junta serán normalmente observadas por la impresión negativa que el no cumplimiento de una recomendación hecha de expertos independientes puede producir en el árbitro o juez que finalmente decida. Cuando las juntas adoptan decisiones, su valor es meramente contractual (no son laudos con fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada). Los expertos no son jueces ni están obligados a seguir sus reglas o las de los árbitros y normalmente pueden hacer sus propias investigaciones. El procedimiento que suelen seguir es sencillo: se comienza con una solicitud y cada parte presenta por escrito las razones por las cuales piensa que su opinión sobre la ejecución del contrato es la correcta. A continuación se celebra una vista o audiencia ante la Junta en la que las partes presentan sus opiniones. El recurso a expertos externos no es habitual,

puesto que los miembros de la junta lo suelen ser. Normalmente no hay transcripciones y los miembros de la Junta deliberan y adoptan su decisión o recomendación en un plazo breve de tiempo.

Desde 1995 la formación de estas juntas es obligatoria en todos los proyectos financiados por el Banco Mundial. Aunque es difícil hablar en términos generales, suele considerarse que un 50 por 100 de los costes legales asociados a los grandes proyectos provienen de los costes de litigación; y los costes legales pueden subir del 5 por 100 de los costes totales, lo cual representa una cifra significativa. Las juntas sirven para contener estos costes en la medida en que muchas desavenencias son resueltas sobre la marcha, sin interrumpir la ejecución del proyecto, y las partes saben que si no están conformes con el resultado siempre pueden acudir a la vía del arbitraje, donde se resolverán las diferencias en términos económicos. Distintas instituciones disponen de reglamentos sobre estas juntas o *dispute boards* (4).

9. En principio, fuera de sectores específicos, la mediación sigue siendo la fórmula de ADR más utilizada. Es revelador, en este sentido, que en el Reglamento ADR de la CCI se diga expresamente que salvo que las partes se pongan de acuerdo en otro procedimiento, la técnica a utilizar será la mediación (art. 5.2).

En la experiencia española, algunos problemas entre empresas de primer nivel se han resuelto de modo confidencial a través de mediación, fundamentalmente *ad hoc*. Sin embargo no se puede decir que la mediación o en general fórmulas de ADR sean procedimientos favoritos de solución de controversias en nuestro entorno; normalmente se pasa de la negociación directa al arbitraje o la litigación judicial sin solución de continuidad. Cambiar esta dinámica requerirá probablemente de incentivos legislativos.

En España existe, además, un problema con el tratamiento de la confidencialidad, porque las informaciones y comunicaciones intercambiadas con vistas a lograr una transacción no gozan de ningún tratamiento especial por ley, a diferencia de otros países, y pueden ser presentadas como pruebas en un juicio posterior. De ahí la necesidad de pactar expresamente la confidencialidad. Sería deseable que el legislador incorporara normas como el artículo 9 de la Ley Modelo de 2002 sobre Conciliación Comercial Internacional elaborada por UNCITRAL, que dispone que toda información relativa a un procedimiento de mediación o conciliación será confidencial salvo que su divulgación esté prescrita por ley o sea necesaria para el cumplimiento o ejecución del acuerdo al que se llegue; y el artículo 10 de esa misma Ley, que limita la admisibilidad como prueba en un juicio o proceso arbitral posterior de las opiniones, declaraciones o propuestas hechas en el curso de un procedimiento de conciliación y de cualquier documento preparado únicamente para esos fines.

10. Al igual que ocurre con el arbitraje, donde las instituciones arbitrales proporcionan reglas y servicios de nominación y administración que facilitan la cons-

(4) Una comparación útil de las reglas del Banco Mundial (World Bank Dispute Review Boards), FIDIC Dispute Adjudication Boards, American Arbitration Association (AAA Dispute Review Boards) y Cámara de Comercio Internacional (ICC Dispute Boards) puede verse en JENKINS/STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law*, 2006, pp. 109 y ss. Normalmente en estos proyectos hay subcontratistas y muchas disputas pueden involucrarlos. En estos casos, la junta o DB constituida en el primer nivel debe ser autorizada por los sucesivos contratos para resolver disputas en los niveles más bajos de la jerarquía contractual.

titución de los tribunales arbitrales y el desenvolvimiento de los procedimientos, lo mismo ocurre en el caso de los ADR. Así tanto la CCI (5) como la LCIA (6) y el ICDR (7), tres instituciones habituales para los operadores españoles, tienen reglas y servicios de mediación y otras fórmulas de ADR. En el Reglamento CCI, el tercero nombrado por las partes acordará con ellas el procedimiento concreto que se aplicará en su caso, sea el de la mediación tradicional u otra. Hay también instituciones especializadas, como el CEDR (*Centre for Effective Dispute Resolution*) (8) o el CPR (*Internacional Institute for Conflict Prevention & Resolution*) (9). UNCITRAL (10) ha publicado un Reglamento de Conciliación que las partes pueden utilizar a su conveniencia y que son el paralelo a las reglas sobre arbitraje. Alternativamente, las partes pueden ponerse de acuerdo en un procedimiento ad hoc. De hecho algunas empresas tienen sus propias fórmulas que son incluidas en sus contratos. Y, desde luego, las partes pueden someterse a un ADR aunque esto no se haya previsto en el contrato.

III. ¿Y SI LA MEDIACIÓN FALLA?

11. Ni la mediación ni otras fórmulas de ADR producen resultados mágicos. Normalmente el «demandante» comparará la posibilidad de transigir con la litigar. Su «punto de reserva» es la cantidad por encima de la cual prefiere transar y por debajo de la cual litigará. El «demandado» hace lo mismo y su punto de reserva será la cantidad por debajo de la cual prefiere negociar y por encima litigar. Si el punto de reserva del demandante está por encima del punto de reserva del demandado no hay posibilidad de acuerdo. La cuestión es si el Derecho, afectando a los beneficios y costes esperados, puede hacer algo por favorecer el acuerdo. Para generar incentivos al arreglo no contencioso de los conflictos, en algunos sistemas se aplica la siguiente regla: si una de las partes hace una oferta de transacción que no es aceptada y finalmente la decisión del tribunal de condena a esa parte por debajo de la cantidad que ofreció, el demandante paga las costas del proceso (aunque haya ganado) y si la cifra de la condena es superior a la ofertada, las costas correrán a cargo del demandado (11).

12. En cualquier caso, el eventual fracaso del ADR es algo con lo que siempre debe contarse. Por eso en la práctica son cada vez más habituales cláusulas mixtas que combinan el arbitraje y el ADR. Estas cláusulas contemplan o combinan procedimientos diferentes (mediación y arbitraje, por ejemplo). Comienzan con fórmulas negociales y acaban en fórmulas de litigación (de ahí que se las

(5) International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) <http://www.iccwbo.org/court>.

(6) London Court of International Arbitration (LCIA) <http://www.lcia-arbitration.com>.

(7) International Centre for Dispute Resolution/American Arbitration Association (ICDR/AAA) <http://www.adr.org/international>

(8) www.cedr.co.uk

(9) www.cpradr.org/CPR

(10) www.UNCITRAL.org

(11) No es este el lugar apropiado para analizar los resultados de esta regla, véase R. B. Korobkin, «The Role of Law in Settlement», accesible en <http://ssrn.com>.

conozca como «escalation clauses») y regulan el tránsito de una a otra fase o escalón. Para evitar dilaciones o maniobras a cargo de una parte, estas cláusulas deben permitir expresamente el pasar al siguiente escalón o fase una vez transcurrido un plazo de tiempo predeterminado, incluso si la fase de negociaciones o ADR no ha concluido o no se ha llegado a iniciar.

La práctica es también rica en formulaciones. Haremos mención a dos de ellas. La primera combina ambos procedimientos (ADR y arbitraje) bajo la fórmula conocida como procedimiento «Med-Arb»: el mediador «cambia de sombrero» y terminada la mediación pasa a ser árbitro en el procedimiento contencioso, en el que podrá hacer uso de la información que ha recibido de las partes en la fase anterior (decir lo contrario parece poco realista). Las partes lo saben y este hecho probablemente limitará el volumen de información con el que el mediador podrá desenvolverse como tal su función en la fase precontenciosa. Distinta de esta posibilidad es la función que algunos sistemas asignan a los árbitros de intentar un arreglo amistoso entre las partes en el curso del procedimiento arbitral; no ocurre así en el sistema español, donde los árbitros tienen un papel bien definido.

Otra fórmula, aunque no usual en España, es la conocida como «Medaloo» (*mediation and last offer arbitration*). Aquí las partes terminan la fase de negociación haciendo cada una de ellas una oferta final y el árbitro sólo puede decidir, a la vista de las circunstancias del caso, entre las dos ofertas hechas por las partes. Esto obliga a las partes a ser realistas en sus ofertas durante la negociación y este hecho favorece el acuerdo antes de llegar al arbitraje.

Por último, la combinación más frecuente es la de ADR con un arbitraje tradicional si el procedimiento previo fracasa.

IV. LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL MERCADO DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN

13. Los procedimientos de ADR tiene como objetivo básico alcanzar un compromiso; hay, sin embargo situaciones en las que no cabe un compromiso. El ejemplo típico es la de aquellos casos que implican la interpretación de una cláusula utilizada en muchos otros contratos: aquí se necesita una decisión no un compromiso. La finalidad de un ADR es llegar a una solución comercial. Por eso puede tener más éxito al comienzo que al final de una relación en curso. Lo mismo puede decirse si la relación entre las partes ya está rota y no hay perspectiva de que se renueve. El terreno más propicio para los procedimientos de ADR son los contratos relacionales (*joint-ventures*) y de larga duración (proyectos de construcción o suministros a largo plazo, por ejemplo). En cambio, en proyectos más limitados las partes pueden preferir ir directamente al arbitraje o la jurisdicción si las negociaciones entre ellos no logran solucionar la controversia o problema. En estos casos basta establecer una cláusula de previa negociación de buena fe antes de pasar a la fase contenciosa (12).

(12) Si las partes siempre pueden negociar, ¿por qué incluir una cláusula de negociación previa obligatoria? Hay diferentes razones; una de ellas es que de otro modo la petición de negociar de una de las partes puede percibirse como una manifestación de debilidad («tanta razón no tendrá cuando comenzó negociando»).

14. Esta breve introducción no pretende ser una guía de recomendaciones sino más simplemente poner de manifiesto el papel importante que en el momento de negociar un contrato tienen las cláusulas de solución de disputas (denominadas en la jerga jurídica como «cláusulas de medianoche» porque suelen abordarse en la última fase de las negociaciones) y el abanico de posibilidades que en una transacción internacional se abre a las partes y a sus asesores. Como tantas veces, no hay una única mejor solución, sino una mejor solución para cada caso y situación, y corresponde al abogado, como ingeniero transaccional, buscar en cada caso la mas conveniente. Esta breve exposición no ha tenido otro propósito que describir a los estudiantes de esta Facultad la riqueza del abanico de posibilidades de que disponen.