

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA**  
**FACULTAD DE LENGUAS**  
**PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRADUCCIÓN**

**TRABAJO FINAL DE LA ESPECIALIZACIÓN EN TRADUCCIÓN**  
**JURÍDICA Y ECONÓMICA**

**de**

**Virginia Funes**

**TÍTULO DEL TEXTO:** Chapter two: "Non-arbitral Methods of Alternative Dispute Settlement Available in International Trade: An Overview".  
Páginas **29 a 49**

**FUENTE:** Coe, Jack, Jr. (1997). *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Contexto* New York: Transnational Publishers, Inc.

<b>Autor:</b>	<b>Jack Coe Jr.</b>
<b>Título</b>	<b>Capítulo 2: “Métodos no arbitrales alternativos para la solución de controversias en el comercio internacional: panorama general”.</b>
<b>Tipo de traducción</b>	<b>Escrita</b>
<b>Responsable de la traducción:</b>	<b>María Virginia Funes</b>
<b>Idioma:</b>	<b>Inglés &gt; español</b>
<b>Título original:</b>	<b>Chapter two: "Non-arbitral Methods of Alternative Dispute Settlement Available in International Trade: An Overview".</b>
<b>Lugar y fecha de publicación del texto original:</b>	<b>Nueva York, 1997.</b>
<b>Idioma original:</b>	<b>Inglés</b>
<b>ISBN</b>	

[Escriba texto]

**CAPITULO 2**  
**MÉTODOS NO ARBITRALES ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL**  
**COMERCIO INTERNACIONAL: PANORAMA GENERAL**  
**SINOPSIS**

**2.1 Introducción y alcance**

**2.2 Renegociación**

**2.3 Mecanismos de evaluación previos al arbitraje**

2.3.1 Generalidades

2.3.2 Órganos de resolución de controversias e intervención de peritos

2.3.3 Procedimiento precautorio prearbitral y medidas cautelares

**2.4 Mediación y conciliación**

2.4.1 Generalidades

2.4.2 Normas de conducta para mediadores

2.4.3 Etapas de la mediación

2.4.4 Particularidades de la mediación "internacional"

**2.5 Minijudio**

2.5.1 Generalidades

2.5.2 Idoneidad para controversias complejas

2.5.3 Normas institucionales para minijudios

2.5.4 Variantes de minijudios

**2.6 Mediación y arbitraje**

2.6.1 Generalidades

2.6.2 MEDALOA®

**2.7 Factores que influyen en la elección del método**

---

[Escriba texto]

## 2.1 Introducción y alcance

El ejercicio de la profesión en los Estados Unidos contempla una variedad de métodos de solución de controversias comerciales además del arbitraje y el litigio. En este capítulo se presenta una descripción general de los principales métodos no arbitrales alternativos al litigio que son aplicados por instituciones de los Estados Unidos en el comercio internacional<sup>1</sup>. La mayoría de estos métodos se distinguen fácilmente del arbitraje y uno o más de ellos pueden ser preferibles a este en una situación determinada.

## 2.2 Renegociación<sup>2</sup>

La renegociación podría describirse de forma más precisa como un método de prevención de controversias. Se basa en el principio de que es posible evitar las controversias mediante la autorización previa de la reevaluación colaborativa de una relación comercial viable. Una vez en marcha, el proceso de renegociación permite neutralizar posibles diferencias entre las partes mediante el acuerdo de nuevas condiciones apropiadas atendiendo a las circunstancias que puedan originarse. Este método es particularmente apropiado para contratos a largo plazo, en los cuales los hechos y supuestos económicos que impulsan la negociación original tienden a dejar de ser precisos con el tiempo<sup>3</sup>. Los contratos de inversiones constituyen probablemente un ejemplo típico de dichos acuerdos a largo plazo<sup>4</sup>.

Si bien las cláusulas de renegociación autorizan cambios en un contrato, habitualmente no contemplan ajustes automáticos. En cambio, se basan en alguna forma de proceso de negociación para concretar modificaciones pactadas<sup>5</sup>. Con frecuencia, el proceso<sup>6</sup> se inicia con un hecho desencadenante<sup>6</sup>,

---

<sup>1</sup> Véanse en general *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (N. Horn ed. 1985) (en lo sucesivo *Adaptation and Renegotiation*); W. Fox, *International Commercial Agreements*, págs. 183-202 (2ª ed. 1988); L. Riskin y J. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers* (ed. abreviada 1987); M. Hoellering, "Alternative Dispute Resolution and International Trade", en *Arbitration and the Law 1986* (AAA, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos 1986); L. Perlman y S. Nelson, "New Approaches to the Resolution of International Commercial Disputes", 17 *International Law*, pág. 215 (1983) (en lo sucesivo *New Approaches*).

<sup>2</sup> Véanse en general Fox, nota 1 *ut supra*, pág. 84; W. Peter, "Arbitration and Renegotiation of International Investments Agreements" (1986) (en lo sucesivo *Arbitration and Renegotiation*); J. Somarajah, "Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts", 5 *Journal of International Arbitration* 29 (1986).

<sup>3</sup> Fox, nota 1 *ut supra*, pág. 154.

<sup>4</sup> Véase en general P. Kuruk, "Renegotiating Transnational Investments Agreements: Lessons for Developing Countries From the Ghana-Valco Experience", 13 *Michigan Journal of International Law* 43 (1991).

<sup>5</sup> En la nomenclatura imperante, se diferencia renegociación de "adaptación". Ambas técnicas se diseñaron con el fin de introducir cambios en los acuerdos contractuales vigentes y, a veces, no se observa una clara distinción entre los dos conceptos en la práctica. Sin embargo, en términos generales, la adaptación se emplea para hacer referencia a cláusulas que facilitan la resolución de lagunas endémicas del contrato o que sirven de atenuantes de condiciones que se vuelven indebidamente abusivas. A menudo, los ajustes se hacen en forma automática, por la mera aplicación de la cláusula. Un ejemplo son las condiciones de los precios que fluctúan conforme a un índice externo o bien la aplicación de un nuevo precio. No es necesario un proceso colaborativo; la cláusula de adaptación del contrato original preautoriza el cambio. Por lo general, los contratos a largo plazo incluyen una serie de cláusulas

[Escriba texto]

que se especifica en el contrato. La cláusula puede hacer que la renegociación sea inevitable e inminente al utilizar el simple transcurso del tiempo como desencadenante o bien porque se presenta un suceso anticipado, como el llegar a un determinado nivel de producción<sup>7</sup>. No obstante, en la práctica esto no es uniforme. En algunas cláusulas se adopta un desencadenante menos predecible, con la consecuente reducción de la disposición al equivalente de una *cláusula de fuerza mayor o adversidad*<sup>8</sup>. Algunas cláusulas de renegociación exigen que las condiciones que dan lugar a la renegociación sean substanciales e imprevistas<sup>9</sup>. A menudo, además de especificar un desencadenante, las cláusulas de renegociación establecen normas para los cambios en el contrato y los parámetros relativos al alcance de un cambio que se anticipa<sup>10</sup>. El alcance del ajuste negociado puede estar limitado por el contenido<sup>11</sup>, o por una directriz abstracta<sup>12</sup>, o por ambos<sup>13</sup>.

El proceso de renegociación no es vinculante como lo es el arbitraje. No obstante, se podría decir que se atribuye el deber de buena fe en ciertos escenarios, de manera que ignorar completamente un pedido apropiado de renegociación o comenzar el proceso con la intención de frustrarlo puede constituir un incumplimiento. Se puede encontrar respaldo legal colateral a este concepto en el Código Uniforme de Comercio (UCC, Uniform Commercial Code) de los Estados Unidos<sup>14</sup> y en otras fuentes

---

de este tipo. Véase Fox, nota 1 *ut supra*, págs. 83-84,190-92. La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y otras organizaciones han redactado varios modelos de cláusulas de adaptación que consideran las circunstancias que comúnmente surgen en, por ejemplo, los contratos de construcción internacionales. *Id.* págs.190-91; véase también W. Craig *et al*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, págs.693-96 (2ª edición 1990) (en lo sucesivo Craig *et al.*) (que describe los procesos conforme a las normas para la regulación de las relaciones contractuales de la Cámara de Comercio Internacional).

<sup>6</sup> Véase en general *Arbitration & Renegotiation*; nota 2 *ut supra*, págs. 154-157.

<sup>7</sup> *Id.* pág. 156.

<sup>8</sup> Un contrato estudiado por Peter exigía que las partes consultaran sobre posibles ajustes en el caso de "un cambio profundo en las circunstancias" existentes en el momento del contrato. *Id.* pág. 155.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.* págs. 157-58.

<sup>11</sup> Por ejemplo, si se limita solo a aquellas disposiciones que asignan la carga impositiva respectiva de las partes.

<sup>12</sup> Por ejemplo, según lo requieren los principios de "justicia y equidad". *Id.* pág. 158.

<sup>13</sup> Por ejemplo, "...la falta de revisión de este Contrato perjudicará la capacidad de la Empresa de mantener la credibilidad financiera en el exterior y de obtener financiamiento mediante préstamos internacionales de un modo que sea habitual para el sector minero y conforme a condiciones habituales para este". *Id.* págs. 157-58 (extracto de Peter).

<sup>14</sup> Los artículos relevantes del UCC son 1-203 y 2-103 1) b). Conforme a estos artículos, un comerciante (una persona que comercializa mercadería de ese tipo) debe ser honesto de hecho y debe cumplir con "normas comerciales razonables para el trato justo en el comercio". El requisito de buena fe del UCC concierne a la compraventa de mercadería, y, probablemente, incluso corresponda a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Cada vez

[Escriba texto]

nacionales. Además, como se sugiere en el capítulo siguiente (§ 3.10.3), la práctica mercantil internacional también puede admitir la obligación de negociar de buena fe para superar dificultades imprevistas en los contratos. No obstante, debido a que los remedios de equidad concedidos por el tribunal son extraordinarios, es poco probable que los tribunales de los Estados Unidos puedan hacer cumplir concretamente las cláusulas de renegociación<sup>15</sup>; y también será difícil comprobar daños y perjuicios significativos. Sin embargo, una parte perjudicada por la mala fe de la otra parte en la renegociación debe al menos poder exponer la conducta de la parte abusiva al solicitar las costas en procesos subsiguientes. Algunos tribunales y árbitros estarán dispuestos a escucharlas.

Dado el carácter no obligatorio de la renegociación y la posibilidad de que las partes puedan llegar de buena fe a un punto sin solución, se recomienda anticipar problemas insuperables en el contrato; por ejemplo, se pueden estipular ajustes automáticos que entren en vigencia al no lograr acordar nuevas condiciones. A menudo, dichas condiciones de incumplimiento pueden elaborarse de modo de mantener un equilibrio en el contrato<sup>16</sup>. Asimismo, la cláusula de renegociación puede estructurarse de manera que las disposiciones automáticas no entren en vigor hasta que se hayan agotado todas las instancias de la renegociación estándar y de la mediación. Como una alternativa a las condiciones de incumplimiento predeterminadas, se puede autorizar a una entidad neutral, por ejemplo, un experto del sector, a determinar los ajustes o suplementos del contrato convenientes en estas circunstancias. Ese perito o grupo especial cumpliría entonces la función de árbitro autorizado para actuar como *amigable comonedor* o dictar un laudo *ex aequo et bono*, designaciones que proporcionan al tribunal gran flexibilidad para alcanzar un resultado apropiado<sup>17</sup>.

---

más, también comprenderá directamente el arrendamiento de mercadería. No regula contratos de servicios. Los tribunales de los Estados Unidos han estado dispuestos a aplicar el UCC por analogía, y otros contratos pueden estar sujetos a una obligación substancialmente similar conforme a la jurisprudencia o la legislación estatal. Véase *Fire Prevention Serv., Inc. v. Coca Cola Bottling Corp* de H Russell Taylor, 160 California Reporter 41 (5º Dist. 1979); véase también *United Crude Mktg. and Transp. Co. v. Robert Gordon Oil Co.*, 831 P.2d 659, 662 (Tribunal de Apelaciones de Oklahoma 1992); véase Burton, *nota 49 infra*, págs. 646-50 (que trata sobre “el incumplimiento de la obligación de conciliar” a la luz de *Advance Micro Devices. Inc. v. Intel Corp.*

<sup>15</sup> Los Tribunales son reacios a ordenar la exigencia del cumplimiento estricto de servicios personales y obligaciones similares, dada la dificultad que puede presentarse al intervenir en el cumplimiento del pedido y la sensación de que exigir desempeño personal puede equivaler a servidumbre involuntaria. Véase D. Laycock, *Modern American Remedies* págs.413-416 (2ª ed. 1994).

<sup>16</sup> Las condiciones de incumplimiento de obligaciones que favorecen a una parte pueden disuadirla de buscar la renegociación de manera satisfactoria.

<sup>17</sup> Véase A. Redfern & M. Hunter, *International Commercial Arbitration* págs.183-84 (2ª ed. 1991). Sin embargo, los autores referidos advierten:

Las partes que desean facultar a un tribunal arbitral para adaptar su contrato o para salvar diferencias en él, deberán redactar la cláusula de arbitraje con extremo precaución. Deberán también asegurarse de que la cláusula de arbitraje determine un lugar para el arbitraje, lugar en el cual la ley autorice que se ejerza esta facultad sin ningún riesgo de que el laudo sea desestimado.

[Escriba texto]

## 2.3 Mecanismos de evaluación previos al arbitraje

### 2.3.1 Generalidades

En Estados Unidos y en otros países, la práctica de la resolución de controversias ha promovido una variedad de mecanismos cuyo objetivo es intervenir en los conflictos y solucionarlos sin derivar, necesariamente, en la mediación o el arbitraje. Hay diversos procedimientos “previos al arbitraje”<sup>18</sup>. En esta sección, se describirán algunas de las formas más reconocidas.

### 2.3.2 Órganos de resolución de controversias e intervención de peritos

Existe una creciente aceptación de los órganos de solución de controversias (DRB, Dispute Resolution Boards) en los contratos a largo plazo de la construcción y otros similares<sup>19</sup>. En general, un DRB consiste es un grupo especial de tres personas cuyos miembros son imparciales y están familiarizados con la ejecución y las contraprestaciones pertinentes al proyecto en particular<sup>20</sup>.

Normalmente, el grupo se constituye en la parte inicial del proyecto. Sesionan en forma periódica, generalmente en el lugar donde se ejecuta el proyecto. A lo largo de todo el proyecto, el grupo especial atiende los reclamos a medida que surgen. Recibe habitualmente los argumentos de ambas partes, respaldados por documentación según sea necesario. Con frecuencia los miembros también actúan como investigadores de los hechos<sup>21</sup>.

Un DRB funciona con relativa informalidad. Generalmente, no se llevan actas de las reuniones ni se cumple con las normas jurídicas en materia de prueba. En forma habitual, el reclamo de una parte propicia una recomendación del DRB<sup>22</sup>, que puede servir como base del acuerdo<sup>23</sup>. Muchas

---

*Id.* pág. 184; véase también Craig *et al.*, note 5 *ut supra*, págs. 693-94 (“Dependiendo del sistema judicial...la tarea de la adaptación puede ser en realidad encomendada a los árbitros que proceden conforme al reglamento de arbitraje de la CCI”).

<sup>18</sup> Véanse en general H. Arkin, “Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is It, Where Is It and Why?”, 21 *International Business Law* 353 (1993); J. Hoenig y K. Hunter, “Other Forms of Alternative Dispute Resolution”, en *The Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, cap. 36, (B. Roth *et al.* ediciones 1993) (en lo sucesivo *Other Forms*)

<sup>19</sup> Véase en general *Avoiding and Resolving Disputes During Construction-Successful Practices and Guidelines* de La Sociedad Estadounidense de Ingenieros Civiles (ASCE, American Society of Civil Engineers) (1991).

<sup>20</sup> Con frecuencia, cuando el grupo está compuesto por tres miembros, cada una de las dos partes selecciona un integrante del grupo, mientras que el tercero es designado por los miembros del grupo especial elegidos por las dos partes. Arkin, nota 18 *ut supra*, pág. 357. La rápida creación del grupo está autorizada dentro de instrumento de licitación o en una cláusula del contrato resultante. *Id.*

<sup>21</sup> Véase J. Coffee, “Dispute Review Boards in Washington State”, 43 4) *Arbitration Journal* 58, 58-60 (Dic. 1988).

<sup>22</sup> *Id.*

[Escriba texto]

concepciones de los DRB establecen que las partes conservan el derecho de recurrir al arbitraje cuando no se llega a un acuerdo<sup>24</sup>. De hecho, nada impide que el DRB actúe como mediador o árbitro si así lo autorizaran<sup>25</sup>. El sistema de revisión inmediata, que un DRB permanente aporta, redundará en un rápido y económico procesamiento de controversias y en una mínima interrupción del proyecto. Debido a la creciente y minuciosa familiaridad de este órgano con el proyecto desde su comienzo, se puede disponer de sus recomendaciones a pocos días de la presentación de los argumentos de la controversia.

La “intervención pericial” se asemeja en su aspecto funcional al mecanismo del DRB<sup>26</sup>. La premisa central de este método es que se pueden evitar controversias prolongadas en diversos escenarios por medio de la intervención de un perito imparcial que puede interpretar hechos controvertidos en su contexto inmediato<sup>27</sup>. El método fue perfeccionado para proyectos complejos y a largo plazo.

Salvo que las partes acuerden lo contrario, el perito no decidirá sobre cuestiones jurídicas ni dictará remedios jurídicos provisionales. El concepto del perito más bien estaría dirigido a si el desempeño se encuentra dentro de las especificaciones del contrato, es decir, constataría hechos que se presentan en un determinado contexto. Con el acuerdo de las partes, un perito interventor estará facultado para tomar determinaciones y decisiones vinculantes<sup>28</sup>. Sin embargo, la consecuencia precisa que dichas conclusiones pueden tener en actuaciones arbitrales o judiciales posteriores no es del todo predecible<sup>29</sup>.

Un sistema perfeccionado de intervención de peritos es el dirigido por la CCI, la cual estableció el Centro Internacional de Peritaje en diciembre de 1976<sup>30</sup>. Esta institución colabora con varias organizaciones de profesionales en la designación de peritos competentes para la controversia

---

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> Arkin, nota 18 *ut supra*, pág. 374.

<sup>25</sup> Véase *Other Forms*, nota 18 *ut supra*, pág.3.

<sup>26</sup> Véase Craig *et al.*, nota 5 *ut supra*, págs. 685-89.

<sup>27</sup> Por ejemplo, entre un constructor y el dueño durante la construcción de una fábrica. *Id.* pág. 687.

<sup>28</sup> *Id.* págs. 686, 689, 693.

<sup>29</sup> Craig, Park, y Paulsson hacen las siguientes recomendaciones:

En consecuencia, la decisión más acertada sería considerar los resultados de la pericia técnica como vinculantes (cuando las partes lo hayan estipulado expresamente en tal sentido) como una cuestión de hecho dentro de la jurisdicción que sea en última instancia competente (un tribunal común o un tribunal arbitral), dejando que este último establezca las conclusiones jurídicas y, en particular, que tome decisiones relacionadas con las disposiciones finales de las relaciones contractuales.

*Id.* pág. 689.

<sup>30</sup> *Id.*

[Escriba texto]

correspondiente de manera *ad hoc*. Con el objeto de facilitar la asignación de un perito, la CCI ha promulgado normas y una cláusula modelo.

### 2.3.3 Procedimiento precautorio prearbitral y medidas cautelares

Recientemente, la CCI desarrolló un mecanismo previo al arbitraje llamado “procedimiento precautorio prearbitral”<sup>31</sup>, inspirado en el sistema jurídico francés, que facilita el acceso inmediato a un magistrado cuando se necesiten medidas cautelares con urgencia<sup>32</sup>. El árbitro de emergencia de este procedimiento, conforme a las normas de la CCI<sup>33</sup>, está facultado para tomar ciertas medidas<sup>34</sup> y debe hacerlo “dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que le haya sido entregado el expediente”<sup>35</sup>. Sin embargo, el pronunciamiento del árbitro de emergencia no implica una decisión definitiva sobre el fondo de la controversia. Simplemente brindará una solución temporal a la controversia, ya que un tribunal arbitral o tribunal de justicia serán quienes decidan sobre los derechos sustantivos que corresponden a la causa<sup>36</sup>. No obstante, en la introducción del Reglamento de la CCI se especifica que la decisión del

---

<sup>31</sup> Véase Craig *et al.*, nota 5 *ut supra*.

<sup>32</sup> *Id.* pág. 691.

<sup>33</sup> El Reglamento del procedimiento precautorio prearbitral de la CCI (en vigencia a partir de 1 enero de 1990), reimpresso en Craig *et al.*, nota 5 *ut supra*, Apéndice III-13 (en lo sucesivo *Reglamento precautorio*).

<sup>34</sup> El párrafo 1 del Art. 2 del *Reglamento precautorio* estipula que el árbitro de emergencia tiene la facultad de:

- a) ordenar toda medida precautoria o de restitución que se necesite con urgencia ya sea para evitar el daño inminente o la pérdida irreparable y salvaguardar así cualesquiera de los derechos o bienes de una de las partes;
- b) ordenar a una de las partes que pague a otra de las partes o a cualquier otra persona, un pago que deba efectuarse;
- e) ordenar a una de las partes que tome toda medida que deba adoptarse de conformidad con el contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la intervención de una de las partes para procurar la firma o entrega de un documento;
- d) ordenar cualesquiera medidas que sean necesarias para conservar o constituir pruebas.

<sup>35</sup> *Reglamento precautorio*, párrafo 2 del Art. 6. Compara este periodo relativamente largo con la velocidad casi supersónica con la que los árbitros de emergencia propuestos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) deben actuar; véase nota 47 *infra* y el texto que la acompaña.

<sup>36</sup> En consecuencia, el párrafo 3 del Art. 6 del *Reglamento precautorio* establece:

La orden del Árbitro de emergencia no prejuzgará sobre el fondo del asunto, ni será vinculante para la autoridad competente la cual podrá entender sobre cualquier duda, cuestión o desavenencia sobre la cual se haya dictado la orden.

La orden del Árbitro de emergencia no obstante seguirá en vigor a menos que el Árbitro de emergencia o la autoridad competente decidan lo contrario y hasta ese momento.

[Escriba texto]

árbitro de emergencia podría "sentar las bases del arreglo final [relativo a la controversia] ya sea mediante acuerdo o alguna otra forma". Conforme a lo declarado por Yves Derains<sup>37</sup>, la resolución del árbitro de emergencia compromete a las partes contratantes a actuar de conformidad con esta decisión<sup>38</sup>. A menos que las partes acuerden lo contrario, el árbitro de emergencia no podrá actuar en calidad de árbitro en ningún procedimiento subsiguiente<sup>39</sup>. El árbitro de emergencia puede ser nombrado por las partes, o en caso de no llegar a un acuerdo, la CCI puede hacerlo<sup>40</sup>.

En abril de 1996, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) distribuyó un documento de consulta<sup>41</sup> con la propuesta de crear un procedimiento de medidas cautelares de emergencia que se rige conforme a un reglamento complementario<sup>42</sup>. Las partes tendrían la opción de disponer de este procedimiento como complemento de los procedimientos de arbitraje existentes de la OMPI. El Centro explica la necesidad de dichos procedimientos del siguiente modo:

La posibilidad de obtener medidas cautelares puede ser particularmente relevante en varios contextos de propiedad intelectual a fin de evitar un daño inminente a los derechos de propiedad intelectual del propietario de dichos derechos. Es común, por ejemplo, que se recurra a medidas cautelares para impedir el marketing de un producto cuando se presume la violación de los derechos de una patente o una marca, evitar la divulgación de secretos comerciales o impedir la destrucción de pruebas que demuestran la violación de un derecho de propiedad intelectual o que ayudan a cuantificar el daño causado por estas acciones. En cada uno de los casos, la falta de medidas cautelares puede causar un daño que no puede enmendarse ni resarcirse de manera adecuada con una decisión posterior sobre el fondo de la controversia<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Craig *et al.*, nota 5 *ut supra*, pág.692 (con referencia al comentario de Yves Derains, quien desempeñó un papel muy importante en la creación del *Reglamento precautorio*).

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Reglamento precautorio*, párrafo 3 del Art. 2.

<sup>40</sup> *Id.* párrafo 2 del Art.4.

<sup>41</sup> Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Proposed WIPO Supplementary Emergency Interim Relief Rules (19 de abril de 1996) (en lo sucesivo *WIPO Consultation Document*).

<sup>42</sup> *Id.* Anexo 3.

<sup>43</sup> *Id.* pág. 1.

[Escriba texto]

Como se prevé, el reglamento complementario sería particularmente beneficioso en jurisdicciones en las cuales no hay disponibles medidas cautelares rápidas en los tribunales. Conforme a este reglamento, un árbitro de emergencia nombrado por la OMPI y de conformidad con la cláusula de arbitraje sobre facultad de las partes, dictaría un laudo en forma de orden luego de haber recibido las presentaciones por escrito<sup>44</sup> y de haber celebrado una audiencia expeditiva<sup>45</sup>. Si es necesario, se puede celebrar una audiencia *ex parte*. El laudo, que incluye una serie de medidas<sup>46</sup>, se dicta "dentro de las seis horas hábiles posteriores a las audiencias" y antes si es posible<sup>47</sup>. El documento de consulta y el proyecto de reglamento se presentan como un apéndice de esta referencia<sup>48</sup>.

## 2.4 Mediación y conciliación<sup>49</sup>

### 2.4.1 Generalidades

A pesar de que algunos autores distinguen la conciliación de la mediación<sup>50</sup>, en este estudio se utilizará "mediación" para referirse a ambos procesos<sup>51</sup>. Según se utiliza en este panorama general,

---

<sup>44</sup> En general, la respuesta al pedido de medidas cautelares debe darse dentro de las 24 horas de la solicitud. *Id.*, Anexo 3, párrafo a) del Art. IV.

<sup>45</sup> El reglamento complementario faculta al árbitro de emergencia a "convocar con la menor antelación posible, a las partes a efectos de celebrar una audiencia en una hora, fecha y lugar fijados por [él o ella]." *Id.* Anexo 3, párrafos b) i) del Art. IX.

<sup>46</sup> Véase *Id.* Anexo 3, Art. X.

<sup>47</sup> *Id.*, Anexo 3, párrafo a) del Art. XI.

<sup>48</sup> Apéndice 38

<sup>49</sup> Véanse en general T. Arnold, "Advocacy in mediation", 5 *American Review of International Arbitration* 169 (1994) (en lo sucesivo *Advocacy*); S. Burton, "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", 18 *Hastings International and Comparative Law Review* 637 (1995); I. Dore, *Arbitration and Conciliation under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, cap. 1 (1986) (en lo sucesivo *Arbitration and Conciliation*); G. Hermann, "Conciliation as a New Method of Dispute Settlement in New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions" 145 (P. Sanders ed., ICCA 1982); L. Reif, "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes", 14 *Fordham International Law Journal*. 578 (1990-91).

<sup>50</sup> Véase Fox. nota 1 *ut supra*, pág. 193.

<sup>51</sup> En los estados entre sí y en algunos sistemas privados, la conciliación contempla que una comisión neutral, luego de la evaluación de la controversia, proponga las condiciones del arreglo de las partes; la función del grupo especial en teoría puede concluir allí. "Mediación" por consiguiente puede referirse a una técnica más dinámica y fluida en la cual se requiere que el mediador haga múltiples propuestas y use varios recursos para promover el arreglo. Las distinciones que se hacen entre conciliación y mediación con frecuencia son difíciles de mantener en la práctica. Es además común que en el lenguaje de resolución de controversias privadas se refiera a los dos procesos indistintamente, una medida conveniente que no parece ser completamente desalentadora. En la presente, se los tratará como variaciones del mismo proceso. Véase T. Dress, "International Commercial Mediation and Conciliation", 10 *Loy. L.A. International and Comparative Law Journal* 569, 574 (1988).

[Escriba texto]

mediación significa un proceso a través del cual una persona independiente <sup>52</sup> ayuda a las partes en litigio a alcanzar un arreglo por medio de varias técnicas con el objeto de esclarecer hechos fundamentales, determinar las posturas e intereses respectivos de las partes y construir una base sobre la cual las partes puedan continuar su relación para beneficio mutuo. La característica central del método es el papel imparcial y conciliador del mediador, quien por su imparcialidad, conocimiento y familiaridad con los intereses de las partes puede promover condiciones para un arreglo que sean aceptables para ambas partes. Así, el mediador pretende reducir los obstáculos de comunicación, precisar las cuestiones materia de discusión y explorar alternativas. En muchos aspectos, la teoría de la mediación no difiere mucho de la de una simple negociación, salvo que hay intervención de un tercero <sup>53</sup>.

Varias instituciones han promulgado normas de mediación para relaciones comerciales. Entre las fórmulas conocidas entre los empresarios de los Estados Unidos se encuentra el Reglamento de mediación comercial de la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA, American Arbitration Association)<sup>54</sup>, el Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>55 56</sup> y el Reglamento de Conciliación de la CCI<sup>57</sup>. Otra institución destacada es el Centro de Recursos Públicos (CPR, Center for Public Resources), que ha propuesto el Procedimiento modelo de mediación de controversias comerciales (Model Procedures for Mediation of Business

---

<sup>52</sup> Se puede nombrar a más de un mediador. Las características básicas de la mediación no se modifican con la introducción de una o más partes neutrales adicionales. Cada mediador continúa actuando como un intermediario imparcial.

<sup>53</sup> Fox, nota 1 *ut supra*, pág. 194.

<sup>54</sup> Según enmienda del 1 de octubre de 1987. La Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA) también patrocina ciertas normas de mediación particulares a cada sector. Véanse, por ej., Construction Industry Mediation Rules (Reglamento de mediación para el sector de la construcción) (vigente a partir del 1 de Enero de 1992); Securities Mediation Rules (Reglamento de mediación para el área de valores) (vigente a partir del 1 de Agosto de 1994).

<sup>55</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law).

<sup>56</sup> Adoptado en la 13ª sesión de la CNUDMI, 1981, reimpreso como apéndice 20 de este documento; véase también Resolución de la Asamblea General 35/52, adoptada el 4 de diciembre de 1980 (que recomienda el uso del reglamento "en los casos en que se plantee una controversia en el contexto de las relaciones comerciales internacionales y las partes procuren arreglar amistosamente dicha controversia mediante el recurso a la conciliación").

<sup>57</sup> Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (1993 [actualmente en revisión]), reimpreso como apéndices 19 y 31 de este documento. Nótese además el Reglamento de mediación del Centro de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), reimpreso como apéndice 21 de este documento.

[Escriba texto]

Disputes) junto a un comentario<sup>58</sup>. Al menos un estado (California) ha promulgado legislación por separado para la mediación comercial internacional<sup>59</sup>.

Como otras instituciones, la AAA, el CPR, y la CCI están habilitados para nombrar mediadores. Los procedimientos de mediación patrocinados por la AAA, que en cierta medida son específicos a un sector, autorizan a las partes a elegir su propio mediador<sup>60</sup>, tal como también lo especifica el Procedimiento modelo del CPR<sup>61</sup>. Sin embargo, el Reglamento de Conciliación de la CCI pareciera disponer que el Secretario General de la CCI sea quien exclusivamente realiza el nombramiento<sup>62</sup>.

#### 2.4.2 Normas de conducta para mediadores

En general, el proceso de mediación está sujeto a pocas normas procesales o probatorias estrictas<sup>63</sup>. La mediación no es un proceso vinculante; las partes participan voluntariamente y, por lo general, cada una es libre de aceptar o rechazar las propuestas del mediador<sup>64</sup>. Mediante la revisión de los canones reconocidos por el consenso emergente como relativos a los mediadores puede obtenerse una perspectiva adecuada del proceso de mediación. En febrero de 1995, el Colegio de Abogados de los Estados Unidos (ABA, American Bar Association) a través de su Cámara de Delegados denominó estas

---

<sup>58</sup> Reimpreso en *Containing Legal Costs: ADR Strategies for Corporation Law Firms and Government* 51 (E. Fine ed., 1988) (en lo sucesivo *Containing Legal Costs*)

<sup>59</sup> Arbitration and Conciliation of International Commercial Disputes, título 9.3, Estatutos de California 1988, c. 23 (vigente desde el 7 de marzo de 1988) (codificado en el Código Procesal Civil de California §§ 1297. 11 *et seq.* (West Supp. 1996)), reimpreso como apéndice 10 de este documento; véase A. Golbert y D. Kolkey, "California 's adoption of a code for international commercial arbitration and conciliation", 10 *Loy. LA International and Comparative Law Journal* págs.583, 588-89 (1988).

<sup>60</sup> Véase, por ej., Securities Mediation Rules (Reglamento de mediación para el área de valores) de la AAA (en vigencia desde el 1 de agosto de 1994), Art. 4 ("Si las partes acuerdan nombrar a un mediador o especifican el método para nombrarlo, se respetará esa designación o método").

<sup>61</sup> Véase la serie *CPR Model ADR Procedures and Practices (MAPP)*, "Mediation" I-7 (1995) (en lo sucesivo *CPR Mediation*).

<sup>62</sup> Reglamento de Conciliación de la CCI, nota 57 *ut supra*, Art. 4.

<sup>63</sup> Muchos estados garantizan la confidencialidad del proceso mediante cláusulas que prohíben la divulgación o exhibición en un juicio de las declaraciones realizadas durante una mediación. Véanse el Código Procesal Civil de California §§ 1775.10, 1775.12 (1994); Código de Evidencia de California §§ 703.5, 1152.5 (1994).

<sup>64</sup> Se pueden establecer varios mecanismos para modificar la naturaleza no obligatoria y sin riesgo de la mediación. Por ejemplo, una cláusula de mediación-arbitraje redactada de manera apropiada permite que un arbitraje vinculante de la controversia suceda a una mediación infructuosa. Véanse notas 116-126 *infra* y el texto que la acompaña.

[Escriba texto]

nueve medidas como "Estándares modelo de conducta para mediadores"<sup>65</sup>. Los seis primeros cánones son particularmente reveladores y se detallan a continuación:

1) *Autodeterminación: el mediador reconocerá que la mediación está basada en el principio de autodeterminación de las partes.* El objetivo de la mediación es un acuerdo no forzado y originado por las partes. El proceso es totalmente voluntario; una de las partes puede retirarse en cualquier momento. Por consiguiente, "la función principal del mediador es facilitar la resolución voluntaria de una controversia". El principio de autodeterminación también implica que "se concederá a las partes la oportunidad de considerar las opciones propuestas" y, para facilitar un decisión fundamentada, se deberá promover la consulta a otros asesores según corresponda<sup>66</sup>.

2) *Imparcialidad: el mediador conducirá la mediación de manera imparcial.* Es fundamental para el proceso que el mediador sea percibido como neutral, de manera que inspire confianza a ambas partes. Por lo tanto, el mediador deberá evitar aparentar parcialidad hacia alguna de las partes y debe estar atento para mantener la imparcialidad pese a "las características personales, antecedentes o desempeño de las partes durante la mediación"<sup>67</sup>.

3) *Conflictos de intereses: el mediador revelará cualquier conflicto de intereses real o posible que conozca de manera razonable. Después de revelar el conflicto de intereses, el mediador desistirá de la mediación a menos que todas las partes opten por continuar con el mediador. La necesidad de evitar conflictos de intereses también rige la conducta durante la mediación y después de esta.* La divulgación de conflictos de intereses reales o posibles acentúa la integridad del proceso y promueve el objetivo de que se siga el proceso con imparcialidad. De manera coherente con la idea de autodeterminación, las partes son libres de autorizar al mediador para que continúe a pesar de los temas divulgados<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> La AAA y la Sociedad de Profesionales para la Resolución de Controversias (SPIDR - Society of Professionals in Dispute Resolution) también acompañan a la ABA en el patrocinio de estas normas. Véanse AAA, "Code for Mediators Is Gaining Approval", *Dispute Resolution Times*, Otoño 1994, pág. 8 (en lo sucesivo *Code*); AAA, "Standards of Conduct for Mediators", 1995(1) *Dispute Resolution Journal* 78 (en lo sucesivo *AAA Standards Commentary*) (texto del acuerdo entre la AAA, la ABA y la SPIDR). Las normas se presentan en versión completa como apéndice 40 de este documento.

<sup>66</sup> *AAA Standards Commentary*, nota 65 *ut supra*, pág. 79.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.* La obligación de evitar conflictos continúa después de la mediación. Por consiguiente, en el comentario se establece que "un mediador no creará posteriormente una relación profesional con una de las partes en un asunto vinculado, ni en otro asunto no relacionado bajo circunstancias que podrían llevar a cuestionar legítimamente la integridad del proceso de mediación". *Id.*

[Escriba texto]

4) *Competencia: el mediador actuará como mediador solo cuando el mediador posea las calificaciones necesarias para satisfacer las expectativas razonables de las partes.* Los mediadores no están sujetos a un sistema de matrículas. Por cierto, no es necesario que sean abogados y, según algunos, tampoco es necesario que sean expertos en el campo en particular en el que surge la controversia. Sin embargo, deberán poseer habilidades de mediación y las partes tienen el derecho a conocer los antecedentes, capacitación y experiencia del posible mediador<sup>69</sup>.

5) *Confidencialidad: el mediador satisfará las expectativas razonables de las partes con respecto a la confidencialidad.* Como componente inherente del proceso de mediación, cada parte (y desde su punto de vista) proporciona al mediador una orientación completa de los asuntos involucrados en la controversia. Para ello es mejor si se garantiza a cada parte que los asuntos revelados en confidencia no serán divulgados de manera no anticipada a la contraparte o a personas ajenas al conflicto. Las partes son libres de estipular normas detalladas que rijan el manejo por parte del mediador de la confidencialidad o de la información aparentemente confidencial por parte del mediador. El mediador deberá respetar el acuerdo cuando se haya estipulado<sup>70</sup>.

6) *Calidad del proceso: el mediador conducirá la mediación de modo justo, diligente y de manera coherente con el principio de autodeterminación de las partes.* Esta obligación implica atención puntual por parte del mediador a la imparcialidad del proceso y promueve los objetivos más amplios de la mediación, incluso el mantenimiento del respeto mutuo entre las partes y la prevención del abuso del proceso. Debido a que la expedición y continuidad son fundamentales para el proceso, el mediador no deberá aceptar un nombramiento al que no pueda dedicarle el tiempo y energía necesarios, tampoco deberá permitir que la mediación

---

<sup>69</sup> *Id.* págs. 79-80.

<sup>70</sup> *Id.* pág. 80. El hecho de que las partes hayan divulgado detalles sobre la mediación no autoriza al mediador a que exponga la mediación al escrutinio público. El comentario indica que: "Con el objeto de proteger la integridad de la mediación, un mediador deberá impedir la divulgación de información sobre como las partes actuaron en el proceso de la mediación, los derechos sustantivos que corresponden a las distintas partes sobre los méritos del caso o sobre las ofertas para lograr un arreglo". *Id.* Las partes y el asesor letrado también pueden estar obligados a mantener la confidencialidad. Véase una decisión que sanciona a un abogado por develar detalles de una mediación al tribunal, en *Bernard v. Galen Group, Inc.* 901 F. Supp. 778 (S. D.N.Y. 1995) (mediación judicial).

[Escriba texto]

impulse una conducta ilegal ni autorizar que la mediación sea un medio por el cual una parte abuse de la otra<sup>71</sup>.

### 2.4.3 Etapas de la mediación<sup>72</sup>

A pesar de que el método es naturalmente fluido, en la teoría y en la práctica, una mediación exitosa tiende a desarrollarse en etapas. Aunque cada mediación es única, con frecuencia, el proceso de mediación comercial se desarrolla en etapas tal como se ejemplifica a continuación<sup>73</sup>.

Durante la etapa inicial, el mediador procura crear un entorno de confianza y organización. El mediador comienza por determinar el nivel de hostilidad presente, las posibilidades de que las partes continúen de manera presencial, el nivel de complejidad lingüística de la controversia y la posición fundamental de cada parte. El mediador indaga los argumentos expuestos por las partes para así comprender y restringir los conflictos aparentes. Si las partes proceden sin problemas en una interacción directa y cordial, podrá estimularse dicho acercamiento para lograr eficiencia y espontaneidad; de otra manera, será necesario incluir alguna tipo de estrategia diplomática para la etapa uno. Mediante la indagación inicial del caso, el mediador procura ganarse la confianza y la credibilidad de ambas partes<sup>74</sup>.

El Reglamento de mediación comercial de la AAA permite delimitar en forma temprana el conflicto al exigir a cada parte que presente al mediador un breve memorándum donde especifique su postura diez días antes de la reunión<sup>75</sup>. Además, en la sesión inicial, se espera que las partes "provean

---

<sup>71</sup> AAA Standards Commentary, nota 65 *ut supra*, págs. 80-81. Los últimos tres preceptos son:

7. *Publicidad y ofrecimientos de servicios*: el mediador será honesto al hacer publicidad y ofrecer servicios de mediación.

8. *Honorarios*: el mediador revelará y explicará en detalle las bases de la retribución, honorarios y costas a las partes.

9. *Obligaciones respecto del proceso de mediación*: los mediadores tienen la obligación de mejorar el ejercicio de la mediación.

*Id.* pág. 81.

<sup>72</sup> Véanse en general R. Coulson, *Business Mediation-What You Need to Know* (1991) (en lo sucesivo *Business Mediation*); J. Folberg y A. Taylor, *Mediation: Resolución de conflictos sin litigio* (1984); Fox, nota 1 *ut supra*, págs. 193-98.

<sup>73</sup> Para ver un modelo eficaz que identifica las siete etapas del proceso de mediación, remitirse a J. Folberg y A. TayJor. nota 72 *ut supra*; véase Fox, nota 1 *ut supra*, págs. 194-95 ("En un contexto comercial internacional las siete etapas podrían funcionar de la siguiente manera"). Se divide al proceso de mediación en diferentes etapas principalmente para permitir un mejor análisis. En la práctica, las etapas a veces se combinan imperceptiblemente, una con otra: las etapas también se extienden o se acortan de acuerdo con las circunstancias.

<sup>74</sup> Fox, nota 1 *ut supra*, págs. 194-96.

<sup>75</sup> Norma 9 (según enmienda y efectiva desde el 1 de octubre de 1987) (en lo sucesivo *AAA Rules*) reimpresso en *Business Mediation*, nota 72 *ut supra*, pág. 80.

[Escriba texto]

toda la información que el mediador razonablemente requiera para comprender los conflictos objetos de la mediación”. Según el Reglamento de la AAA, el mediador puede exigir a las partes que complementen el ofrecimiento inicial<sup>76</sup>.

La segunda etapa está caracterizada por la recolección de datos sobre los hechos y la separación y el esclarecimiento de conflictos por parte del mediador<sup>77</sup>. Así, una vez que el mediador haya establecido un formato apropiado y haya identificado los conflictos aparentes, se pueden estudiar las posturas de las partes en detalle. En el mejor de los casos, el mediador adquiere mayor conocimiento de los verdaderos conflictos al contribuir a que las partes hagan lo mismo; en consecuencia, es común que el entendimiento que tienen las partes sobre la controversia evolucione a medida que el mediador indaga sobre el fondo de la cuestión<sup>78</sup>. La preocupación y la rigurosidad que se sigan para aclarar el conflicto son esenciales para la resolución creativa del conflicto que se desarrolla en las etapas subsiguientes.

Tan pronto como se hayan interpretado correctamente los principales hechos y conflictos, se exhorta a las partes a promover, analizar y responder a las posibles soluciones alternativas. Lo que

---

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> *Id.*

<sup>78</sup> Un conjunto de material de capacitación propone las siguientes técnicas para facilitar la determinación de los hechos y el esclarecimiento del conflicto:

1. permitir que las partes describan los conflictos sin resolver y sus puntos de vista;
2. indagar para obtener información adicional;
3. hacer preguntas y, cuando sea necesario, repetir preguntas y respuestas;
4. resumir lo que una parte haya declarado y confirmar si fue una correcta interpretación correcta;
5. solicitar a una parte que replantee el punto de vista del conflicto y confirmar con la otra parte si esto es correcto;
6. escuchar detenidamente lo que se haya declarado (con qué frecuencia, en qué orden y con qué nivel de especificidad) de manera que se comprendan las prioridades de las partes;
7. replantear la posición de una parte;
8. identificar los puntos de acuerdo y desacuerdo;
9. observar como los participantes se sientan, se mueven y reaccionan entre sí.

“Materiales de capacitación” de la AAA, reimprimos en *Business Mediation*, nota 72 *ut supra*, págs. 95, 111-12. Resulta beneficioso elaborar un cuadro con las percepciones y motivaciones de cada parte para así registrarlas para el estudio posterior de los intereses y puntos de vistas que normalmente surgen en estas situaciones. Véase Arnold, *Advocacy*, nota 49 *ut supra*, págs. 172-73

[Escriba texto]

distingue a la mediación de una simple negociación bilateral es el rol del tercero neutral quien elabora las opciones de solución imparciales y procura superar los estancamientos<sup>79</sup>. Los mediadores eficaces no sufren de la miopía y el atrincheramiento que puede caracterizar a las partes del conflicto. Simplemente, se puede llegar a un acuerdo mediante la explicación de la postura de cada uno en una forma particular o mediante la moderación en forma astuta de un encuentro personal. De hecho, ocasionalmente, se han negociado operaciones en conflicto a través de télex o fax o representantes locales. Cuando las partes se reúnen físicamente, la elaboración directa y personal de una posición puede también generar empatía u otras bases para la resolución<sup>80</sup>.

Salvo las soluciones simples, la inventiva del mediador se vuelve indispensable en la resolución de la controversia<sup>81</sup>. Con el objeto de lograr condiciones de arreglo aceptables para ambas partes, podría ser necesario que el mediador celebre reuniones de trabajo periódicas con cada parte. Ofrecer a cada parte una evaluación neutral del fondo de la controversia a efectos de establecer expectativas reales para cada una de ellas puede ser también productivo para el mediador. Cuando la mediación es exitosa, se debe con frecuencia a que las partes llegan a una solución suscitada por el mediador como inventor

---

<sup>79</sup> Véase Riskin & Westbrook, nota 1 *ut supra*, págs. 107-109

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> En el manual básico de la AAA se propone una lista de técnicas que sirve de ejemplo para superar estancamientos. Se recomienda que el mediador:

1. ofrezca sugerencias y... nuevas ideas;
2. cree en las mentes de las partes duda con respecto a sus posturas;
3. haga preguntas hipotéticas;
4. logre que cada parte justifique su postura y responda a los argumentos de la otra parte;
5. aliente a una parte mediante la demostración en forma verbal o no verbal de que [el mediador] está escuchando;
6. haga preguntas que tengan una respuesta favorable como aquellas que prevén una respuesta afirmativa;
7. estimule planteamientos innovadores sobre los conflictos;
8. invite a las partes a que ideen ellos mismos una solución;
9. esté atento a cambios en las posturas o indicios de que una parte está dispuesta a hacer concesiones;
10. recalque las graves consecuencias de no llegar a un acuerdo;
11. invoque a presiones externas, como los plazos.

*Business Mediation*, nota 72 *ut supra*, pág. 112

[Escriba texto]

catalizador e imparcial<sup>82</sup> y como pronosticador reconocido de los riesgos que podrían presentarse si no se logra un acuerdo.

Si la etapa previa resulta productiva, el *modus vivendi* emergente debe plasmarse por escrito y expresarse en una forma que sea aceptable para ambas partes. El documento puede constituirse en un anexo del contrato o en un contrato completamente nuevo. Generalmente, se elaboran proyectos y los representantes de cada parte son responsables de obtener el consentimiento u otros comentarios de sus directivos superiores. En una situación ideal, los representantes tienen la facultad de vincular a las partes o de hacer correcciones de último momento.

Durante esta etapa, la asesoría legal de ambas partes desempeña un papel más importante que en las etapas previas. No importa si son convocados durante el proceso, o en etapas posteriores, la responsabilidad de los asesores será proteger al consenso emergente de combinaciones ilegales y conflictos similares, a la vez que procuran tener una mínima injerencia. Por supuesto, es común que durante el proceso de mediación las partes sean representadas por abogados, internos o contratados, más que, por ejemplo, por ejecutivos de la empresa. La asesoría legal, incluso cuando solo es asignada para analizar los resultados de la mediación, puede enfrentar desafíos importantes<sup>83</sup>. Con frecuencia, en las mediaciones internacionales, se debe considerar la influencia de más de una ley potencialmente vigente, como así también una variedad de asuntos internos o externos de la empresa. Si se convoca a un asesor legal al proceso solo después de que el acuerdo se haya establecido, quizás sea necesario realizar una reelaboración substancial para asegurar el cumplimiento de los distintos regímenes que pueden estar implicados en el convenio.

Es común que un acuerdo de mediación en su forma final cree un mecanismo de control o supervisión del nuevo acuerdo. Por ejemplo, se puede emplear la verificación por parte de un tercero neutral y algún tipo de informe periódico de tres partes<sup>84</sup>. La mediación o la renegociación iniciadas pueden incluirse en el nuevo acuerdo para facilitar una revisión periódica predecible del nuevo acuerdo. El acuerdo puede también incluir una cláusula de arbitraje<sup>85</sup>.

El exigir el cumplimiento del nuevo acuerdo, dentro del país o en el exterior, es fundamentalmente una cuestión del derecho contractual. Por ahora, no existen mecanismos internacionales para acuerdos de mediación que sean comparables a la Convención de Nueva York.

---

<sup>82</sup> Los mediadores hábiles frecuentemente presentan soluciones que las partes mismas no hubieran considerado por sí solas.

<sup>83</sup> Fox, nota 1 *ut supra*, págs. 195-96.

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> Esto se destaca en una de las pocas notas al pie que acompaña al Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Véase Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Art. 13, reimpresso como apéndice 20 de este documento.

[Escriba texto]

Una cuestión interesante que surge es si el mediador está facultado para dar la decisión con respecto al acuerdo en forma de laudo arbitral a efectos de optimizar su cumplimiento a nivel local e internacional. Los comentaristas que han abordado esta cuestión parecen haber llegado a diferentes conclusiones. Los legisladores de California respondieron en forma afirmativa. En la ley promulgada por ese estado en 1988, titulada Arbitraje y Conciliación de Controversias Comerciales Internacionales, se puede encontrar la siguiente cláusula:

Si la conciliación es exitosa en la resolución de la controversia y el resultado de la conciliación es comunicado por escrito y firmado por el conciliador o conciliadores y las partes o sus representantes, el acuerdo por escrito deber ser considerado como un laudo arbitral ejecutado por un tribunal arbitral debidamente constituido con arreglo a las leyes de ese estado y debe tener la misma fuerza y validez que un laudo final en el arbitraje<sup>86</sup>.

#### **2.4.4 Particularidades de la mediación "internacional"**

El hecho de que una controversia implique una o más facetas transnacionales no cambia el carácter fundamental del proceso de mediación que se utilizará para resolverla. En la práctica continúa siendo un proceso cuyo objetivo es lograr que las partes lleguen a un acuerdo con la asistencia de un tercero neutral. No obstante, en la mediación internacional, ciertos factores adquirirían mayor importancia que en una mediación comercial en el ámbito exclusivamente nacional.

En primer lugar, el asiento de la mediación puede influir en la capacidad de las partes para desempeñarse de la mejor manera posible. Para los participantes principales, el lugar ideal debe ser favorable desde un punto de vista lingüístico y neutral desde un punto de vista geográfico. Deberá estar exento de restricciones legales idiosincráticas en el proceso de mediación y deberá ofrecer equipos de telecomunicaciones modernos y otras comodidades relacionadas.

La elección del mediador en un marco internacional tendrá en consecuencia la influencia de consideraciones lingüísticas. Además, en la medida en que se contemple la evaluación neutral de los derechos y obligaciones de las partes, el mediador deberá comprender bien la elección fundamental de las normas jurídicas que tenderán a aplicarse en las jurisdicciones pertinentes, y deberá sentirse cómodo al trabajar con abogados de diferentes culturas jurídicas. Se deben además considerar los factores culturales o religiosos que puedan causar recelo o incomodidad a una o más partes en lo que atañe al mediador propuesto. Asimismo, debido a que las controversias comerciales internacionales tienden a involucrar varias relaciones y partes secundarias, como por ejemplo los consorcios de prestamistas y demás, es particularmente importante que el mediador comprenda el amplio espectro de intereses comerciales (y presiones) que pueden ejercer influencia sobre las partes. Por último, si el proceso lleva a un arreglo, puede analizarse la exigibilidad del mismo y los requisitos de formalidad en lo que atañe a

---

<sup>86</sup> Código Procesal Civil de California § 1297.401 (West Supp. 1996).

[Escriba texto]

jurisdicciones múltiples; y análogamente, cualquier estrategia de resolución de controversias utilizada en el convenio deberá evaluarse atendiendo a posibles leyes vigentes.

## 2.5 Minijudio<sup>87</sup>

### 2.5.1 Generalidades

El minijudio, un recurso relativamente nuevo, en realidad no es un juicio. Con frecuencia, y de manera más apropiada, se lo describe como "un intercambio de información" o "una negociación de un arreglo estructurado formalmente"<sup>88</sup>. El argumento fundamental subyacente es que puede lograrse un arreglo por medio de la transformación de una controversia jurídica en un asunto de negocios y de la participación estrecha de altos directivos en este proceso. En la actualidad, hay varias fórmulas de procedimiento disponibles<sup>89</sup>. Cada una de ellas contiene una síntesis de los mejores argumentos de las respectivas partes, presentados ante un grupo compuesto normalmente por una persona de la gerencia de cada parte litigante. Luego de escuchar los puntos de vista de ambos lados, se espera que el grupo especial inicie negociaciones para llegar a un acuerdo. Por supuesto, es muy conveniente que ambos miembros del grupo estén facultados para actuar en nombre de la parte que representan a fin de procurar la resolución de la controversia.

Frecuentemente participa un tercero neutral que posee conocimientos jurídicos o técnicos especiales. Según los procedimientos de la AAA, un asesor neutral (acordado entre las partes o nombrado por dicha institución) se encuentra presente en la audiencia "para decidir cuestiones de procedimiento y para dar asesoramiento a los representantes de las partes cuando estas lo requieran"<sup>90</sup>. Si los dos directivos no pueden decidir sobre los términos del arreglo, el asesor neutral da "un dictamen sobre el posible resultado del caso si se procediera en un tribunal de justicia"<sup>91</sup>. Luego, los miembros del grupo especial son convocados para nuevamente intentar llegar a un arreglo<sup>92</sup>. Cuando no se logra llegar a un arreglo con la segunda ronda de negociación, las partes pueden, de todos modos, presentar

---

<sup>87</sup> Véanse en general la compilación del *Model ADR Procedures and Practices (MAPP)* del CPR, "Minitrial" (C. Cronin-Harris ed., 1994) (en lo sucesivo *CPR Minitrial*); *CPR Legal Program: Containing Legal Costs* págs. 33-43 (E. Fine ed., 1988); *CPR Legal Program, ADR and the Courts* págs. 99-107 (E. Fine ed., 1987); Riskin y Westbrook, note 1 *ut supra*, págs. 173-82.

<sup>88</sup> Véase W. Hancock, "Corporate Counsel's Primer on Alternative Dispute Resolution Techniques", en *Alternative Dispute Resolution Techniques*, págs. 1.001, 1026 (W. Hancock, ed. 1989) ("simplemente una forma de negociación").

<sup>89</sup> Véase, por ejemplo. AAA Mini-Trial Procedures, *reimpreso* como apéndice 17 de este documento.

<sup>90</sup> *Id.* Art.6.

<sup>91</sup> *Id.* Art.12.

<sup>92</sup> *Id.* Art.13.

[Escriba texto]

propuestas de resolución por escrito, con las cuales el asesor neutral elaborará las bases del acuerdo que propondrá<sup>93</sup>.

El proceso del minijudio puede iniciarse con la solicitud de cualquiera de las partes. Con frecuencia, el proceso avanza conforme al acuerdo por escrito de los mandantes y de sus representantes ejecutivos (es decir, los miembros del grupo especial). En el acuerdo se expone en detalle el procedimiento que se seguirá y los plazos que se incluyeron para acelerar el proceso. En la práctica, hay muchas variaciones del modelo estándar. En la siguiente lista de control se ejemplifican los contenidos de un acuerdo de minijudio típico<sup>94</sup>:

- 1) *Plazos*: se establecen expresamente y deben cumplirse estrictamente.
  
- 2) *Presentación de pruebas*: restricciones en cuanto al alcance y duración; fechas en las cuales se debe completar la presentación de pruebas, por ejemplo, dos semanas antes del minijudio y que no lleve más de 21 días.
  
- 3) *Presentaciones por escrito*: intercambio de las posturas de las partes por escrito antes del minijudio; presentaciones que incluyen reclamos y respuestas y que no deben exceder una extensión determinada ni desviarse de un formato determinado; intercambio simultáneo de listas de pruebas (y posiblemente listas de testigos) que se presenten.
  
- 4) *Lugar y costos del minijudio*: lugar conveniente para todas las partes; las partes comparten las costas.
  
- 5) *Forma de presentación en el minijudio*: se asigna un tiempo limitado a cada representante para que lo use como desee, por ejemplo, para presentaciones de testigos, alegatos orales y pruebas concluyentes; se le permite a los mandantes interrogar a los testigos con el consentimiento mutuo.
  
- 6) *Asesor Neutral*: si fuera necesario, las partes designan un asesor neutral con respecto a uno o más asuntos materia de discusión; el asesor recibirá retribución conforme a un acuerdo

---

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> Véanse Hancock, nota 88 *ut supra*, págs. 1.015 a 1.017; E. Fine, *The CPR Legal Program Mini-trial Workbook* (1985); J. Wilkinson, "A Primer on Mini-Trials", en *Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book* pág.171 (J. Wilkinson ed., 1990); D. Yarn, "Mini-trials and Summary Jury Trials", en Roth *et al.*, *Practice Guide*, nota 18 *ut supra*, cap.18.

[Escriba texto]

por separado de las partes; se establecen garantías de que el asesor no participará en un litigio si el minijudio no logra resolver la controversia.

7) *Debate con vista a la búsqueda de un arreglo*: los miembros del grupo especial se reúnen inmediatamente después de las presentaciones para analizar las posibilidades de llegar a un acuerdo.

8) *Confidencialidad*: los contenidos de la discusión de los miembros del grupo *entre sí* que incluyen, entre otros, los ofrecimientos de arreglo no deberán utilizarse en litigios subsiguientes.

9) *Rescisión*: cualquier parte puede dar el proceso por concluido en cualquier momento.

El minijudio, que puede durar solo unos pocos días, se celebra en privado sin normas procesales en materia de pruebas, excepto tal vez aquellas relativas al secreto profesional y la comunicación privilegiada<sup>95</sup>. El proceso no es vinculante ya que las partes participan de manera voluntaria y mantienen el control sobre el resultado. La controversia puede resolverse rápidamente debido a que las presentaciones se realizan ante directivos que tienen la facultad de llegar a un acuerdo. Además, los directivos se encuentran en una posición excepcional para entender en términos comerciales lo que está en juego<sup>96</sup>. Cuando no puede superarse el estancamiento, se puede continuar con otros métodos de resolución de controversias o comenzar con otros sin recibir la influencia de las posturas divulgadas durante el minijudio<sup>97</sup>. Con frecuencia, los minijudicios tienen lugar luego de una etapa inicial de presentación de pruebas en un litigio. Cuando ya se haya elaborado un fundamento de los hechos, es posible que se decida renunciar la presentación de pruebas o acotarla durante el minijudio para así acelerar el proceso<sup>98</sup>.

## 2.5.2 Idoneidad para controversias complejas

---

<sup>95</sup> CPR Minitrial, nota 87 *ut supra*, en 6.5

<sup>96</sup> Véanse Wilkinson, note 95 *ut supra*, pág.172; E. Green, "Corporate Alternative Dispute Resolution", 1 Ohio State Journal of Dispute Resolution 201. 244 (1986) ("la participación de empresarios en la resolución de conflictos aumentó las oportunidades de encontrar una solución integral y beneficiosa para todas las partes").

<sup>97</sup> En el artículo 14 de los Reglamentos de la AAA se determina, por ejemplo, "El proceso del minijudio es confidencial; ninguna declaración escrita u oral de cualquiera de los participantes en el proceso puede usarse como prueba o confesión en cualquier otra actuación".

<sup>98</sup> Wilkinson, nota 95 *ut supra*, pág. 174.

[Escriba texto]

El procedimiento del minijudicio es intrínsecamente flexible y permite ahorrar tiempo y dinero en forma considerable al mismo tiempo que posibilita que las partes procedan en privado causando el mínimo daño a las relaciones comerciales subyacentes<sup>99</sup>. A menudo, es apropiado para controversias técnicamente complejas. De hecho, se lo utilizó por primera vez y con éxito en 1977 para resolver una controversia compleja de violación de derechos de patente entre Telecredit, Inc. y TRW<sup>100</sup> y ha sido utilizado desde entonces en controversias que se relacionan con tecnología avanzada. Durante el muy discutido arbitraje de IBM-Fujitsu<sup>101</sup>, por ejemplo, el minijudicio estuvo entre las técnicas utilizadas por los árbitros para reducir y esclarecer los hechos y conflictos y establecer el procedimiento<sup>102</sup>. Debido a que los directivos de alto nivel que participan en el proceso a menudo tienen un gran dominio de los aspectos técnicos de la controversia, la naturaleza críptica del tema objeto de la controversia no es con frecuencia un obstáculo para el éxito del minijudicio<sup>103</sup>. En forma similar, el refinamiento y la experiencia de la gerencia superior facilitan una clara comprensión de los temas jurídicos involucrados<sup>104</sup>.

En general, las controversias que son adecuadas para la mediación son también apropiadas para un minijudicio. Ambos métodos permiten que las partes en conflicto consideren que un desacuerdo es como una oportunidad para elaborar planes de negocios actualizados de interés mutuo. La estructura de ambos impulsa a las partes a restar importancia a los derechos y ocuparse de los intereses comerciales comunes. Sin embargo, la mediación tiene procedimientos menos elaborados y es generalmente más económica que el minijudicio<sup>105</sup>.

### 2.5.3 Normas institucionales para minijudicios

Se ha hecho referencia a los Procedimientos de minijudicio de la AAA en la sección 2.5.1<sup>106</sup>. La función principal de la AAA conforme a los Procedimientos es poner a disposición de las partes una lista

---

<sup>99</sup> *Containing Legal Costs*, nota 58 *ut supra*, págs. 33-35.

<sup>100</sup> *Id.* págs. 501, 506.

<sup>101</sup> Véase en general C. Bühring-Uhle, "The IBM-Fujitsu Arbitration: A Landmark in Innovative Dispute Resolution", 2 *American Review International Arbitration* 113 (1991) (en lo sucesivo *Landmark*); M. Margolis, "Hi-Tech Creativity: The IBM-Fujitsu Arbitration", 2 *Review of International Business Law* 59 (1988).

<sup>102</sup> *IBM v. Fujitsu*, Caso No. 13T-I17-0636-85 de la AAA, reimpresso en 4(4) *Journal of International Arbitration*. 153, 159-60 (1987) (arbitrado por R. Mnookin y J. Jones) *Landmark*, nota 102 *ut supra*, págs. 116-17.

<sup>103</sup> Wilkinson, nota 95 *ut supra*, pág. 172.

<sup>104</sup> *Id.*

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> Los Procedimientos de minijudicio de la AAA constan de dieciséis artículos, reimpresso como apéndice 17 de este documento.

[Escriba texto]

de posibles asesores neutrales, y si fracasa el acuerdo entre las partes, nombrar un asesor si las partes así lo desearan<sup>107</sup>. Sin embargo, tal vez la primera institución en proponer el mecanismo del minijudio fue el CPR. El CPR ha elaborado el Reglamento de minijudio para controversias comerciales<sup>108</sup>, un Modelo de un acuerdo de minijudio y un comentario relacionado. También ha modificado su procedimiento básico de minijudio para adaptarlo a controversias comerciales internacionales por medio de la publicación de directrices y del modelo de acuerdo correspondiente<sup>109</sup>. Entre otras fórmulas de minijudio disponibles se encuentran las publicadas por el Chartered Institute of Arbitrators de Londres (Instituto de Arbitraje de Londres) y la Cámara de Comercio de Zurich.

#### **2.5.4 Variantes de minijudios<sup>110</sup>**

Según se esbozó en la sección anterior, los minijudios le ofrecen a la gerencia superior la oportunidad de elaborar un arreglo a través de un proceso cuyo desarrollo es facilitado con frecuencia por un tercero neutral (por ejemplo, un juez jubilado). Sin embargo, el grupo especial (compuesto por miembros de la gerencia de cada parte) generalmente no tiene la obligación de lograr un arreglo. En consecuencia, durante el minijudio, las partes en conflicto enfrentan el riesgo de que el tiempo transcurra sin acercarse a un acuerdo genuino. A la inversa, las partes habitualmente arriesgan solamente su tiempo y costos en el proceso, debido a que ningún tercero ha sido facultado para generar un resultado vinculante. Lamentablemente, una parte que desee posponer la hora de la verdad puede considerar al minijudio como un recurso útil. Esa parte solo necesita que la gerencia finja que intenta procurar un arreglo. Luego de la audiencia, se podría decir que una parte tiene el derecho de sugerir que "ya no hay más nada de que hablar". Sin embargo, durante el proceso el asesor legal de la parte con intenciones maliciosas llegó a descubrir más sobre lo que el adversario considera su argumento más convincente (un valioso pensamiento estratégico).

Como consecuencia de las características precedentes, se sugiere que los minijudios deberían tener consecuencias<sup>111</sup>. Las variantes posibles son diversas. Los siguientes tres ejemplos describen qué puede hacerse mediante la introducción de cambios adecuados en el acuerdo de minijudio.

Una adaptación prevé que la parte que no logra ceder a los términos de acuerdo generados en forma independiente debería hacerse cargo de alguna consecuencia económica. Este enfoque autorizaría al asesor neutral para que actúe como mediador y finalmente redacte un documento de

---

<sup>107</sup> *Id.*, Art. 7.

<sup>108</sup> Reimpreso en *Containing Legal Costs*, nota 58 *ut supra*, pág. 33.

<sup>109</sup> Acuerdo para iniciar el procedimiento del CPR para arreglos de controversias comerciales transnacionales. *Id.* pág. 368.

<sup>110</sup> Véase *New Approaches*, nota 1 *ut supra*, págs. 234-35.

<sup>111</sup> *Id.* pág. 234.

[Escriba texto]

posición y elabore un proyecto de un acuerdo de resolución. La parte que rechaza el acuerdo propuesto por el asesor neutral lo hace asumiendo cierto riesgo cuando el plan es satisfactorio para la otra parte<sup>112</sup>.

Una segunda variante justificaría un incumplimiento limitado de la confidencialidad. En los formatos estándar de minijudio, las actuaciones y los fallos mantienen su carácter confidencial en relación con actuaciones subsiguientes en otros foros. Según la modificación, el procedimiento permitiría que las actuaciones del minijudio y toda recomendación del asesor neutral sean consideradas por jueces en instancias juzgadoras subsiguientes. La determinación del asesor legal no tendría un efecto preclusivo sino que la persona encargada de tomar decisiones en actos subsiguientes le daría el peso que considere apropiado<sup>113</sup>. El peso del informe del asesor neutral variará conforme al fondo inherente de la cuestión, semejante a lo que ocurre con un escrito de amicus. También podría alentarse al que toma la decisión final a que tenga en cuenta los rechazos poco razonables a la propuesta del asesor neutral cuando establezca las costas. En forma similar, se puede tener en cuenta la falta significativa de continuidad del proceso de una de las partes<sup>114</sup>.

Un híbrido que cambia radicalmente el formato básico del minijudio (tal vez con ventaja) le da al asesor neutral la facultad de llevar a cabo procedimientos de mediación-arbitraje ("med-arb"). Al no lograr llegar a un arreglo en la mediación, el asesor neutral cambiaría las funciones que cumple y, luego de las actuaciones pertinentes, dictaría un laudo arbitral vinculante y ejecutable de por sí. El proceso de med-arb se desarrolla en forma más completa en la siguiente sección.

## **2.6 Mediación-arbitraje<sup>115</sup>**

### **2.6.1 Generalidades**

Este término, acuñado por referencia a la secuencia, comprende un enfoque de dos etapas para la solución de controversias en el cual la mediación precede al arbitraje. Este último comienza solo si el primero fracasa. No hay acuerdo en cuanto a si la misma persona debe actuar como mediador y árbitro para una única controversia. Algunos consideran a los dos roles incompatibles, incluso si cuentan con la

---

<sup>112</sup> Por ejemplo, la parte que rechaza el acuerdo podría tener que pagar los costos completos del mini juicio incluso una indemnización razonable al directivo del otro lado.

<sup>113</sup> *New Approaches*, nota 1 *ut supra*, pág. 234.

<sup>114</sup> Véase *Advanced Micro Devices, Inc. v. Intel Corp.*, 9 Cal. 4th 362 (1994) (el árbitro determinó una obligación implícita de renegociar de buena fe y elaboró un remedio jurídico en consecuencia; el laudo arbitral fue confirmado por el Tribunal Superior de California).

<sup>115</sup> Véase Burton, nota 49 *ut supra*, págs. 652-58.

[Escriba texto]

aprobación de las partes. Sin embargo, se pueden obviamente lograr ahorros si una persona desempeña las dos funciones y en la práctica existen mediadores experimentados que están dispuestos a hacerlo<sup>116</sup>.

En la ley de resolución de controversias comerciales internacionales de California se adopta la posición habitual, como también se observa en los Reglamentos de Conciliación de la CCI y de la CNUDMI<sup>117</sup>, conforme a la cual una persona que actuó como conciliador solo puede ser nombrado como árbitro si todas las partes dan el consentimiento o las normas que adoptaron así lo establecen<sup>118</sup>. Como se indica previamente en este capítulo, en la misma ley se dispone que un arreglo conciliado que reúne ciertos requisitos de formalidad "se considerará como un laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral debidamente constituido a tal fin y conforme a las leyes del estado..."<sup>119</sup>. El comentario que acompaña a las Normas de conducta para mediadores aprobadas de común acuerdo<sup>120</sup> parece anticipar el proceso de med-arb al indicar: "Un mediador que asume, a pedido de las partes, una función adicional para la resolución de la controversia en el mismo asunto asume mayores responsabilidades y obligaciones que pueden regirse conforme a las normas de otras profesiones"<sup>121</sup>.

### 2.6.2 MEDALOA®

La AAA recientemente introdujo una variante del proceso estándar de med-arb, denominado MEDALOA®, la forma corta de Mediation and Last Offer Arbitration (Mediación y Arbitraje de Oferta Final)<sup>122</sup>. Este método involucra a las partes inicialmente en la mediación tradicional. Sin embargo, cuando la mediación no logra llegar a un arreglo, se nombra un árbitro para elegir la mejor oferta final de negociación de las partes; selección que asume la forma de laudo arbitral. Como en el proceso de med-arb tradicional, con la aprobación de las partes, el árbitro puede ser la misma persona que actuó como mediador. La supuesta ventaja de la MEDALOA® en comparación al proceso de med-arb convencional es que la presentación arbitral de las partes se limita a la cuestión de cual de las dos ofertas de arreglo

---

<sup>116</sup> En algunos países, que según consta incluyen Austria, Alemania y los Países Bajos, se prevé que un árbitro promueva el acuerdo actuando como mediador hasta cierto punto y se podría decir que tiene la obligación de hacerlo. Véase V. Fischer-Zemin y A. Junker, "Arbitration and Mediation: Synthesis or Antithesis?", 5(1) *Journal of International Arbitration*. 21, 30 (1988).

<sup>117</sup> Reglamento de Conciliación de la CCI, nota 57 *ut supra*, Art. 10; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, nota 56 *ut supra*, Art. 19.

<sup>118</sup> Código Procesal Civil de California § 1297,393 (West Supp. 1996).

<sup>119</sup> *Id.* § 1297.401.

<sup>120</sup> AAA Standards Commentary, nota 65 *ut supra*.

<sup>121</sup> *Id.* pág. 81. La referencia a una función adicional es, por supuesto, deliberadamente amplia; abarcaría innumerables funciones de evaluación neutral, como por ejemplo la valoración o el dictamen jurídico.

<sup>122</sup> MEDALOA® Mediation And Last Offer Arbitration (1994) de la AAA (en lo sucesivo folleto de AAA MEDALOA®).

[Escriba texto]

finales es la más sostenible. Por definición, fue concebida para mitigar "el riesgo general que enfrentan las partes de que haya una decisión que esté más allá de lo esperado para la negociación"<sup>123</sup>. La decisión del árbitro puede ser posterior a las presentaciones orales y escritas tras la finalización de la mediación.

El proceso de MEDALOA ® es más adecuado cuando las partes están simplemente tratando de establecer una cantidad monetaria. Como otras técnicas, se puede implementar con arreglo a una presentación posterior a la controversia o a través de una cláusula contractual estipulada antes del conflicto<sup>124</sup>. Debido a que la falta de un arreglo mediado desencadena un resultado vinculante que no es controlado por ninguna de las partes, por medio de este método se impulsa a las partes a atenuar las diferencias en la mayor medida posible en la etapa de mediación. De esta manera, cada uno limita los costos y la probabilidad de una decisión adversa. Por supuesto, como en el proceso de med-arb tradicional, el arreglo durante la etapa de mediación evita la etapa de arbitraje.

Una decisión reciente del Tribunal de Apelaciones de Segunda Instancia del Distrito de Columbia describe el uso de la variante del proceso de med-arb en contextos comerciales internacionales. En *Al-Harbi c. Citibank N.A y Citibank A.S.*<sup>125</sup>, una transacción relacionada con los bienes raíces de la República Checa dio lugar a una controversia entre un ciudadano del Reino de la Arabia Saudita (el demandante) y una subsidiaria checa de propiedad exclusiva de Citibank N.A. El demandante argumentó que la subsidiaria lo había estafado o no había cumplido con una obligación fiduciaria que generó una pérdida de USD 7,5 millones. Las partes recurrieron primero a la negociación, la cual se extendió durante meses sin éxito. Posteriormente, iniciaron una mediación en Londres; y luego de dos días, no había perspectivas de arreglo. En consecuencia, las partes accedieron llevar la controversia a arbitraje. El mediador sugirió los nombres de varios posibles árbitros pero las partes acordaron que el mediador actuara como árbitro. El mandato exigió que el árbitro escuchara las presentaciones de ambas partes y que luego eligiera una de las valoraciones de las partes respecto del monto adeudado; fue autorizado a desviarse de cualquiera de las dos posiciones en hasta USD 500.000.

El árbitro prefirió la posición de Citibank en cuanto a daños y perjuicios pero agregó USD 500.000, por un laudo total de USD 1,1 millón. El demandante solicitó la desestimación, por motivos no

---

<sup>123</sup> *Id.* pág. 6; R. Coulson, "MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes", 11(2) Journal of International Arbitration 111 (1994).

<sup>124</sup> La AAA recomienda el siguiente lenguaje contractual:

Si surge un conflicto económico como consecuencia del presente contrato o en relación con este, las partes acuerdan recurrir primero a la mediación dirigida por la AAA conforme al Reglamento de mediación comercial y, si no acordaran un monto se comprometen a presentar el conflicto ante a una persona neutral nombrada por la AAA quien debe elegir entre las posiciones finales negociadas, siendo esta selección vinculante para las partes.

folleto de MEDALOA® de la AAA, nota 124 *ut supra*, pág. 5.

<sup>125</sup> *Al-Harbi v. Citibank, N.A.*, 85 F.3d 680 (Tribunal de Apelaciones de Segunda Instancia del Distrito de Columbia 1996).

[Escriba texto]

relacionados con el formato del proceso de med-arb o la doble función del mediador. El laudo arbitral, sin embargo, fue ratificado por el Juzgado Federal de Primera Instancia y el de Segunda Instancia<sup>126</sup>.

## 2.7 Factores que influyen en la elección del método

Los métodos alternativos para la resolución de controversias comerciales difieren del arbitraje y del litigio ya que las partes mantienen el seguimiento del alcance de la resolución. Estos métodos no son decisorios; el tercero posibilita un acuerdo más que la determinación de un ganador y un perdedor. ¿Por qué preferirían entonces las partes en conflicto el litigio o el arbitraje?

En general, una parte puede preferir el litigio cuando es imprescindible una extensa presentación de pruebas, cuando se aconseja que una autoridad exija el cumplimiento o la defensa de un derecho en particular para disuadir a ciertos terceros, cuando existe una gran posibilidad de establecer un precedente conveniente, o cuando la posición de la otra parte carece de mérito para ser diligenciada en un procedimiento sumario o en una actuación similar. Cuando el examen por un juez se considera importante, quizás sea conveniente encomendar los casos al sistema judicial. Finalmente, el litigio también puede volverse ventajoso en algunos contextos debido al acceso relativamente predecible a ciertos remedios jurídicos como la indemnización punitiva o a procesos como la consolidación.

En cambio, el arbitraje puede ser el mejor método cuando se requieran procesos vinculantes y privados. Para una parte con un caso meritorio, el arbitraje es más apropiado que un método colaborativo en el cual la otra parte no está dispuesta a participar en forma honesta en la resolución del problema o en el que es imperativo que se exija la aplicación internacional del resultado<sup>127</sup>. También puede resultar ventajoso cuando un proceso vinculante es conveniente, pero las defensas jurisdiccionales limitan las posibilidades de litigio (entre ellas cuando una de las partes puede gozar de algún nivel de inmunidad soberana); por varias razones, se puede acceder al consentimiento para el arbitraje pero no para la jurisdicción. Además, el arbitraje puede ser apropiado cuando la complejidad de la controversia reduce la probabilidad de que un jurado funcione bien.

Las estrategias más basadas en el consenso son a veces preferibles al arbitraje cuando las partes tienen una relación existente que cada uno desea mantener o cuando las susceptibilidades culturales de una de las partes así lo exigen<sup>128</sup>. Si el monto de la controversia es pequeño comparado

---

<sup>126</sup> *Id.* págs. 680-83.

<sup>127</sup> Irónicamente, en este momento, los laudos arbitrales (el producto de la resolución privada) disponen de una aplicación global más predecible que las resoluciones judiciales. Los Estados Unidos es parte de una convención de reconocimiento y ejecución de sentencias comparable a las convenciones de Nueva York y la Interamericana.

<sup>128</sup> Con frecuencia, se ha informado que las culturas asiáticas desapruaban la confrontación y, por consiguiente, les desagradaba profundamente el litigio. Véase, por ej, S. Donahey, *International Mediation and Conciliation, in The Alternative Dispute Resolution Practice Guide*, cap. 33, págs. 3-4 (B. Roth *et al.* editores, 1993). Aunque el arbitraje tiene un elemento de confrontación, parece gozar de cierta aceptación dentro de las normas comerciales de dichas sociedades. No obstante, la mediación puede ser el método preferido como precursor del arbitraje cuando la cultura de una o más de las partes valora la colaboración y desapruaba las

[Escriba texto]

con los costos del procesamiento de la disputa mediante un proceso decisorio, esto también favorece la mediación u otra vía alternativa de resolución de controversias no arbitral. Además de ser menos costosas que el arbitraje y el litigio, en realidad, estas técnicas, como la mediación y el minijudio, pueden producir resultados que son beneficiosos para ambas partes. Si las posturas de cada parte tienen fundamento, los formatos competitivos (en busca de un ganador) del litigio y el arbitraje son instrumentos contundentes en comparación con los que permiten la elaboración del resultado de mutuo acuerdo. De alguna manera, y sorprendentemente, las técnicas no arbitrales pueden ser eficaces incluso en casos comerciales complejos, siempre y cuando se contrate a un asesor neutral especializado.

Independientemente si el fondo de la controversia es complejo o no, el éxito a veces depende de la habilidad del asesor neutral para tratar directamente con las partes—sin la constante intervención de los abogados de cada parte. Esa característica de las técnicas no decisorias es con frecuencia subestimada.

Es fácil exagerar la posible pérdida potencial de recursos humanos y monetarios implícita en los procedimientos no vinculantes; incluso los procedimientos sin éxito pueden aclarar conflictos o revelar información. Sin embargo, se debe admitir que los formatos no vinculantes pueden ser aprovechados por partes abusivas; después de todo, las técnicas de colaboración dependen en gran medida de la honestidad mutua. Cuando una parte actúa de mala fe, o tiene poca motivación debido al poder de negociación desigual, este tipo de ejercicio puede solo posponer actividades más productivas. En consecuencia, los mecanismos no decisorios a veces funcionan mejor a la sombra de procedimientos decisorios inminentes, como el arbitraje o el litigio. De todos modos, es importante considerar las diferentes técnicas como parte de una evolución natural, al menos hasta que el adversario demuestre no merecerlas. En ese caso, es reconfortante contar con procedimientos sucesores vinculantes bien fundados.

---

estrategias de enfrentamiento en la solución de controversias. Pueden anticiparse susceptibilidades similares en los países islámicos. *Id.* págs. 4-5.

[Escriba texto]