



La función del árbitro como facilitador del acuerdo transaccional en el arbitraje internacional

The role of the arbitrator as a settlement facilitator in international arbitration

Durante más de cincuenta años, ha existido un debate sobre la conveniencia de que los árbitros internacionales sugieran o faciliten acuerdos entre las partes antes de emitir un laudo. Tradicionalmente, en lo que se ha denominado «ortodoxia arbitral», se ha sostenido que el árbitro no debe tener un papel en fomentar la resolución de la disputa, limitándose su función a emitir una decisión basada en los méritos del caso, garantizando la neutralidad del árbitro, evitando que se vea involucrado en la orientación o asesoramiento de las partes, lo que podría comprometer su imparcialidad. Sin embargo, en la última década, se ha observado un cambio radical en la orientación hacia métodos más colaborativos de resolución de disputas, sugiriéndose que ha llegado el momento de adoptar la facilitación como una práctica eficaz para resolver disputas. La posibilidad de llegar a un acuerdo transaccional en el arbitraje no solo promueve la eficiencia y reduce costos, sino que fortalece las relaciones comerciales. Se reconoce ahora que una actuación proactiva y bien gestionado por parte del tribunal arbitral mejora significativamente la eficiencia del proceso, aumentando las posibilidades de una resolución satisfactoria.

A medida que la práctica arbitral evoluciona, se acepta cada vez más que los árbitros incorporen técnicas para facilitar la solución de controversias dentro de su repertorio, no sólo diversificando y enriqueciendo los servicios que la comunidad arbitral ofrece, sino respondiendo a la creciente demanda de métodos más flexibles y eficientes en la resolución de disputas. Los estudios comparativos han demostrado que los procedimientos que incluyen técnicas de facilitación de acuerdos tienden a ser más rápidos, menos costosos y resultan en una mayor satisfacción de las partes. La integración de la facilitación de acuerdos dentro del arbitraje ha sido reconocida en muchas leyes y reglamentos modernos de arbitraje, que confieren al tribunal arbitral la facultad de facilitar la mediación/conciliación si las partes lo solicitan. A pesar de los avances, plasmados en muchos Reglamentos de arbitraje, todavía existen áreas con gran potencial de mejora. Adoptar un planteamiento más dinámico y considerar la facilitación de acuerdos como parte integral del arbitraje puede no solo optimizar la eficacia del proceso, sino también adaptarse mejor a las necesidades y expectativas de sus usuarios.

Arbitraje, Acuerdo transaccional, Evaluación neutral anticipada, Arbitraje simulado, Procedimientos escalonados, Árbitro facilitador, Confidencialidad

For more than fifty years, there has been a debate about the appropriateness of international arbitrators suggesting or facilitating agreements between the parties before issuing an award. Traditionally, in what has been termed 'arbitral orthodoxy', it has been held that the arbitrator should have no role in encouraging the resolution of the dispute, limiting his or her role to rendering a decision based on the merits of the case. This approach ensures the neutrality of the arbitrator, preventing him or her from being involved in guiding or advising the parties, which could

compromise his or her impartiality. However, the last decade has seen a radical shift in the approach towards more collaborative methods of dispute resolution, suggesting that the time has come to adopt facilitation as an effective practice for resolving disputes. The possibility of reaching a compromise agreement in arbitration not only promotes efficiency and reduces costs, but also strengthens business relationships. It is now recognised that a proactive and well-managed approach by the arbitral tribunal can significantly improve the efficiency of the process, increasing the chances of a successful resolution.

As arbitral practice evolves, it is increasingly accepted that arbitrators incorporate dispute resolution techniques into their repertoire. This not only diversifies and enriches the services that the arbitral community can offer, but also responds to the growing demand for more flexible and efficient methods of dispute resolution. Comparative studies have shown that procedures that include settlement facilitation techniques tend to be faster, less costly and result in higher party satisfaction. The integration of settlement facilitation into arbitration has been recognised in many modern arbitration laws and rules, which give the arbitral tribunal the power to facilitate mediation/conciliation if requested by the parties. Despite the progress, embodied in many arbitration rules, there are still areas with great potential for improvement. Adopting a more proactive approach and considering settlement facilitation as an integral part of arbitration can not only optimise the efficiency of the process, but also better meet the needs and expectations of its users.

Arbitration, Settlement agreement, Advance neutral evaluation, Moot arbitration, Staged proceedings, Facilitating arbitrator, Confidentiality



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

I. UTILIDAD DEL ACUERDO TRANSACCIONAL

1. Compatibilidad de la transacción con el arbitraje

1. La terminación normal de las actuaciones arbitrales se produce con la firma del laudo definitivo, pero a menudo los procedimientos arbitrales no concluyen con tal resolución porque las partes llegan a un acuerdo con negociaciones de carácter transaccional, en ocasiones con la potencial asistencia del tribunal arbitral. Constituye un hecho indiscutido que un alto porcentaje de los procedimientos de arbitraje se resuelven a lo largo del mismo por acuerdo de las partes sin agotar la fase final (1), suscitando la legitimidad del papel de los árbitros en la facilitación de dicho acuerdo. Aunque no ha sido extraña a la evolución del arbitraje comercial internacional esta función «facilitadora» ha rebrotado en los últimos años pues hasta hace medio siglo años éste se caracterizaba por ser una justicia mucho más informal y orientada al compromiso (2), considerándose la facilitación de acuerdos como un componente habitual, si no el más importante, de la misión del árbitro y en su virtud éste no solo debía asegurarse de que el laudo fuera ejecutable,

sino también esforzarse por obtener una transacción o un laudo aceptable para ambas partes, que no pusiera en peligro la reanudación de sus relaciones comerciales. Sin embargo, con la globalización y el creciente predominio de las firmas de abogados angloamericanos en el mercado del arbitraje, el proceso se fue formalizando y evolucionando hacia una «controversia extraterritorial» al estilo estadounidense (3), perdiendo así su atractivo como un método de resolución de diferencias propicio para la transacción. A ello se añadió la denominada «paranoia del debido proceso», entendida como la reticencia exagerada de los árbitros a actuar de manera perentoria por temor a que el laudo fuese impugnado por violación de este postulado (4), incluida la imparcialidad, contribuyendo a cercenar la cultura del acuerdo en el arbitraje internacional y a que muchos árbitros expresasen su preocupación por la posibilidad de predisponer el fondo del asunto o parecer parciales al facilitar la transacción (5).

En el marco de la tendencia hacia la judicialización en el arbitraje, éste no sólo se volvió más lento y costoso, sino que restringió las posibilidades en torno a la facilitación de acuerdos descartando una tendencia que, curiosamente, había sido emprendida con éxito por los tribunales estatales de muchos sistemas y que era expresiva de la bondad de ciertos incentivos estructurales hacia la transacción incorporados en el procedimiento civil (6). En términos de procedimiento, el arbitraje se ha formalizado cada vez más en las últimas décadas, con una densa red de normas institucionales, directrices y buenas prácticas que ahora presiden este sector, si bien, a pesar de esta creciente formalización, la mayoría de las normas institucionales son mucho más flexibles y considerablemente más completas que las normas nacionales de procedimiento civil (7).

2. Entendida la transacción como un acuerdo mutuo alcanzado entre las partes para resolver una controversia, su compatibilidad con el arbitraje es una materia de amplio calado y trascendencia en el ámbito de la resolución de diferencias comerciales. Precisamente en las transacciones internacionales los conflictos suelen derivar más de discrepancias culturales, lingüísticas y comerciales que de discordias puntuales y mediante esfuerzos dinámicos es factible resolver estos malentendidos para prevenir la ruptura de las relaciones contractuales y alcanzar una solución satisfactoria (8). No siempre está claro el grado de discrecionalidad de que disponen los árbitros para acometerla, aunque la posibilidad de llegar a una transacción durante el arbitraje no solo es reconocida en la actualidad por las principales leyes estatales y reglamentos de arbitraje, siguiendo el tenor de la Ley Modelo Uncitral (9), sino que desde diversas instancias arbitrales se fomenta activamente como una forma de optimizar la eficiencia y reducir los costos asociados con la resolución de conflictos. Es más, el marco legal y normativo que regula el arbitraje suele incluir disposiciones que permiten a las partes convertir un acuerdo de mediación–conciliación (10) en un laudo arbitral ejecutable al igual que un laudo arbitral convencional, proporcionándoles la seguridad jurídica necesaria para que tal acuerdo sea respetado y cumplido. Precisamente esta característica del arbitraje subraya su flexibilidad y capacidad para adaptarse a las necesidades específicas de las partes involucradas.

Facilitar un acuerdo en el curso del procedimiento arbitral requiere estrategias emprendedoras, habilidades de mediación y una actuación

colaborativa por parte de los árbitros y las instituciones arbitrales, por lo cual conviene establecer un ambiente de confianza y transparencia, identificar intereses comunes y trabajar con las partes para fomentar la comunicación abierta

La transacción y el arbitraje son dos instituciones independientes en orden a la exigencia o no de prestaciones recíprocas, pretendiendo la primera el establecimiento de realidades o derechos no definitivamente consolidados, mientras que en la segunda se trata de acomodarse a realidades o derechos conocidos, que ambas partes reclaman como suyos (11), pero esta contradicción no evita que guarden una unidad en relación con el objetivo perseguido, cual es la resolución de las controversias por mecanismos distintos a los judiciales, pero a la postre igualmente efectivo en cuanto a la resolución definitiva del asunto a debate y sin duda con un menor coste no sólo económico sino también social. Como nota común se encuentra su pertenencia al sistema autocompositivo de resolución de controversias cuando el objeto de estas sea disponible. Más concretamente, el arbitraje se diferencia de la transacción en que ésta:

- i) Mantiene un contenido contractual a lo largo de su puesta en práctica y no es ejecutiva en sí misma, mientras que aquél comporta un auténtico juicio, pese a celebrarse ante árbitros, y las partes no resuelven sus controversias mediante recíprocas concesiones, sino que encargan a un tercero neutral la decisión.
- ii) Es un medio de autocomposición, pues son las mismas partes sin participación de ningún tercero las que resuelven la controversia (12), en tanto que en el arbitraje las partes recurren a un tercero, que las somete al diálogo con el fin de dar solución a la controversia con el carácter de cosa juzgada, denominándose un medio de heterocomposición, pues es un tercero ajeno a la relación, que se compromete o está obligado a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán acatar.
- iii) Las partes, haciéndose recíprocas concesiones o renunciando a supuestas pretensiones (13), resuelven una controversia, cuestión que no concurre en el arbitraje, si bien a la hora de determinar el importe de la liquidación, deben establecer un equilibrio sopesando el interés económico respectivo y los riesgos del recurso a la jurisdicción o al arbitraje. El hecho de que las concesiones sean objetivamente equivalentes no constituye, sin embargo, una característica conceptual de una transacción siendo incluso irrelevante si cada parte (subjétivamente) ve en la concesión de la otra parte un equivalente para sus propias concesiones, o si una parte sólo está interesada en el establecimiento de la paz jurídica. En general, no cabe exigir más requisitos a las concesiones de las partes que su reciprocidad
- iv) Como contrato privado que es, se revisa en sede jurisdiccional, aunque su impugnación en esa vía queda limitada a aspectos de validez o incumplimiento contractual, en cambio, el arbitraje es un sistema de solución de conflictos cuya resolución por un sujeto privado es revisada o impugnada en la vía jurisdiccional, por medio de la interposición de un recurso o una acción de anulación.

- v) Actúa como una herramienta eficaz de gestión del riesgo. En numerosos casos, las partes involucradas en el arbitraje no está en disposición de anticipar con precisión cómo evaluará el tribunal arbitral la solidez de su posición jurídica ni cómo interpretará las normas legales aplicables. Por lo tanto, el resultado del arbitraje tiende a ser incierto y frente a esta incertidumbre suele ser preferible la certeza que aporta un acuerdo transaccional a la imprevisibilidad de un futuro laudo.

3. Sentados los elementos diferenciales entre transacción y arbitraje, debe tenerse en cuenta que la primera es un elemento consustancial en el marco del proceso arbitral desde dos perspectivas distintas. De un lado, la producida al margen de este, pero homologada por el árbitro o árbitros que están conociendo del proceso, dictando un laudo con el contenido de la transacción, que pone fin al proceso. De otro lado, la transacción no homologada por el árbitro en forma de laudo, que se realiza fuera del proceso arbitral, y sirve para poner fin al arbitraje por otros mecanismos como el desistimiento, el acuerdo de las partes y la carencia sobrevenida del proceso. En estos casos, igual que en las transacciones extraprocesales pendientes en el proceso judicial, hay que distinguir a su vez, aquellas que se otorgan en documento público, y son título ejecutivo, de las que son únicamente un contrato entre partes.

Desde un punto de vista práctico, la transacción dentro del arbitraje brinda múltiples beneficios. En primer lugar, permite una resolución más rápida de las diferencias, evitando los largos y costosos procedimientos que podrían derivar de un arbitraje completo. En segundo lugar, al facilitar un acuerdo amistoso, las partes mantienen y posiblemente fortalecen sus relaciones comerciales lo cual es particularmente valioso en el contexto de negocios a largo plazo y al reducir la incertidumbre y los riesgos asociados con un resultado arbitral incierto, pueden planificar y gestionar mejor sus actividades comerciales.

Facilitar un acuerdo en el curso del procedimiento arbitral requiere estrategias emprendedoras, habilidades de mediación y una actuación colaborativa por parte de los árbitros y las instituciones arbitrales, por lo cual conviene establecer un ambiente de confianza y transparencia, identificar intereses comunes y trabajar con las partes para fomentar la comunicación abierta (14), habida cuenta que la facilitación basada en los intereses es menos costosa y tiene más probabilidades de producir resultados que generen valor.

Los árbitros disponen de una variedad de prácticas facilitadoras que incluyen diversas iniciativas en la consecución del proceso: a) sugerir a las partes que negocien un acuerdo sobre el caso; b) participar activamente en las negociaciones para llegar a un acuerdo, siempre que éstas lo soliciten; c) proponer una fórmula de acuerdo, también a petición éstas; d) reunirse con las partes por separado para discutir posibles opciones de acuerdo; e) insinuar cuál podría ser la secuela del arbitraje; y f) realizar una «evaluación del caso», si las partes lo solicitan (15). Semejante variedad obliga a que los árbitros reciban formación en mediación y negociación, incorporando estas técnicas directamente en el procedimiento arbitral. y deben estar dispuestos a adoptar una postura más flexible y orientada a la resolución (16). La inclusión de sesiones de mediación ya sean dirigidas por el árbitro o un mediador independiente, con frecuencia resultan muy efectivas.

2. Flexibilidad y adaptabilidad

4. La experiencia demuestra que en no pocos casos el hecho mismo de plasmar las partes conjuntamente por escrito en el acta de misión (o documento equivalente) sus respectivas pretensiones es el camino más eficaz para una transacción. No en vano, la elaboración de un documento de este tipo bajo la autoridad de los árbitros suele ser el comienzo de un entendimiento que hasta aquel momento era imposible. En efecto, la constancia en un documento donde figuren las pretensiones de las partes implica en muchas ocasiones una aproximación de estas (17), siendo un buen momento para una iniciativa conducente a una transacción propiciada por el mismo inicio del procedimiento arbitral.

Hoy en día, las partes disfrutan de nuevas posibilidades para aprovechar la acción emprendedora del tribunal arbitral, poniendo mayor énfasis en los instrumentos de colaboración en lugar de los contradictorios, explorando la posibilidad de acuerdos amistosos en cualquier etapa del proceso, pues no debe olvidarse que en el arbitraje la resolución amistosa antes de la resolución formal forma parte de su propia cultura (18). Para ello, es importante contar con la infraestructura necesaria para facilitar la transacción como en su día aconteció para la adopción de medidas cautelares. Cada vez está más aceptado en los círculos arbitrales que el paradigma tradicional del árbitro como mero resolutor debe ser remodelado para incorporar una dimensión más amplia de la función arbitral, no limitándose esta visión contemporánea a la elaboración de un laudo arbitral, sino que incluye la gestión activa del caso en todas las etapas del procedimiento, la pronta resolución de algunas o todas las cuestiones, y las actividades que preparan el terreno para la solución de la diferencia.

Substancialmente practicadas en el marco del arbitraje administrado por ciertos centros, estas funciones han adquirido un papel cada vez más importante para lograr un proceso arbitral eficiente dentro del denominado «papel proactivo» de los árbitros en la resolución amistosa del conflicto (19). Cabe en efecto la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda sentirse compelido a planteamientos que generen una actitud en las partes favorables a una transacción (20). Ya he considerado en otro lugar (21) que concentrar en una misma persona con carácter sucesivo la mediación y el arbitraje, combinando las virtudes de ambos mecanismos, «puede» ser una operación rentable para resolver los conflictos ofreciendo ventajas reales a los clientes, como la reducción de costes, la resolución segura del conflicto en un plazo razonable y un mayor control del cliente sobre el proceso de resolución de la controversia (22). Por si fuera poco, si se alcanza la transacción, es susceptible de registrarse como un laudo por acuerdo de las partes y alcanzar carácter de cosa juzgada (23).

5. Flexibilidad y adaptabilidad son elementos privativos del arbitraje (24), permitiendo a las partes involucradas explorar soluciones transaccionales en cualquier etapa del proceso arbitral, por eso la posibilidad de llegar a un acuerdo transaccional a lo largo de la sustanciación de las actuaciones arbitrales se está consolidando como una particularidad esencial y altamente valorada en el ámbito de la resolución de diferencias comerciales. Ambas notas confieren la posibilidad de encontrar una solución recíprocamente beneficiosa en cualquier momento, incluso después de iniciarse el procedimiento formal ofreciendo una alternativa más rápida y económica a la obtención de un laudo arbitral completo y les permite mantener relaciones comerciales sostenibles a largo plazo. El

acuerdo de las partes debe ser evaluado por el tribunal a la luz de sus propias obligaciones y deberes, pero siempre en el referido marco de flexibilidad. Siendo obligación del tribunal arbitral proceder con diligencia y prontitud dicho deber ha de cumplirse con seriedad, por ejemplo, cuando se esté en presencia de un acuerdo de las partes de conceder una prórroga basada en la existencia de negociaciones pendientes para llegar a un acuerdo, deberá considerarse que el deber del tribunal arbitral de proceder con celeridad debería pasar a un segundo plano. Después de todo, la obligación de proceder con celeridad existe en gran medida en beneficio de las propias partes y si éstas tienen buenas razones para no querer proceder con rapidez, es difícil ver por qué el tribunal arbitral debería obligarlas a hacerlo (25).

Un acuerdo transaccional en el arbitraje se caracteriza por ser un compromiso en el que ambas partes ceden en ciertos aspectos para obtener un beneficio mayor, evitando así los costos y riesgos asociados a una controversia prolongada y potencialmente adversarial. En el contexto del arbitraje, la facilitación de acuerdos adopta tres proyecciones principales:

- i) Animando a las partes a resolver su disputa en los términos que ellas mismas elijan. En este caso, el facilitador monitorea el pleito, utilizando técnicas de mediación y comunicación, pero sin influir en el contenido del acuerdo, proveyendo orientación sobre cómo llevar a cabo el proceso de resolución, fomentando un entorno donde las partes puedan negociar y llegar a un acuerdo de manera autónoma y tratando de ayudarlas a mejorar sus comunicaciones y aclarar las cuestiones entre ellas, así como a reevaluar sus posiciones, sin emitir una opinión sobre el fondo.
- ii) Ofreciendo a las partes una «comprobación de la realidad» sobre los puntos fuertes y débiles de sus posiciones a través de sesiones conjuntas o por separado con cada parte. Mas, esta evaluación no debe ser definitiva ni predictiva, ya que debe considerar una gama de posibles logros, reflejando la naturaleza incierta de los juicios en el arbitraje y ayudando a las partes a tener una perspectiva más realista sobre sus posibilidades, lo que puede facilitar el arreglo.
- iii) Reforzando la eficiencia procesal del arbitraje pues al reducir el tiempo y los costos asociados con la resolución de diferencias, incrementando la satisfacción de las partes con el proceso arbitral y fortaleciendo la percepción del arbitraje como un método eficaz y fiable para la resolución de conflictos. La resolución amistosa de diferencias también contribuye a la creación de un entorno comercial más estable y predecible, lo cual es beneficioso para la economía global en su conjunto.
- iv) Suministrando a las partes una base adicional e importante para estimar sus posibilidades en el procedimiento, lo que en muchas ocasiones conduce a un acuerdo; y aunque incluso cuando el debate sobre las cuestiones jurídicas debatidas no conduzca a tal resultado, el árbitro está en disposición de conseguir que se llegue a cierta conformidad sobre cuestiones puntuales que, aunque sean de importancia secundaria para el balance global de la diferencia, alivien de alguna manera unos trámites probatorios desproporcionadamente grandes.

6. La facilitación de acuerdos, donde un tercero neutral e independiente no desempeña un papel consultivo o determinante en su resolución o en resultado de esta, sino que se limita a ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable animándolas a definir las cuestiones con el

objetivo de encontrar un terreno común, presta una opción eficaz en el ahorro costes para lograr ese objetivo. Dicha preocupación, unida al interés por el acortamiento del ciclo de resolución de controversias, ha inspirado importantes iniciativas destinadas a prestar a los usuarios opciones que faciliten un arbitraje más rentable y rápido propiciando la competencia entre diferentes métodos de resolución de diferencias y ha aumentado, con opciones como la negociación, la conciliación, la mediación o la evaluación neutral anticipada, ganando popularidad como alternativas viables al arbitraje tradicional y la posibilidad de integrar una orientación transaccional dentro del proceso arbitral posiciona al arbitraje como una opción atractiva y adaptable para la resolución de diferencias, capaz de satisfacer las diversas necesidades de las partes involucradas (26).

La preocupación por proteger el laudo y prevenir la creación de motivos de recusación que, aunque carezcan de fundamento, prolongan la resolución de la diferencia, hacen que las partes incurran en gastos significativos. Para ayudar a superar estos sesgos, el árbitro está en disposición de emplear varias estrategias, como resolver rápidamente las cuestiones esenciales del caso, realizar revisiones intermedias exhaustivas con la participación activa de las partes (27), o emitir opiniones preliminares en diferentes etapas del proceso, ya sea al principio o después de la práctica de la prueba (28).

Nada de lo anterior oculta que en el empleo de estas estrategias surgen obstáculos psicológicos inconscientes susceptibles de dificultar que las partes lleguen a un acuerdo y como paliativo acostumbran a ser efectivas las técnicas empleadas por los árbitros para mitigar o desviar estas barreras. Un impedimento clave es que, con frecuencia, tanto los litigantes como sus abogados no anticipan con precisión las secuelas de sus casos y este fallo predictivo se debe a varios sesgos cognitivos, entre los que se encuentra el «sesgo de exceso de confianza optimista», donde las personas tienden a sobrestimar la precisión de sus predicciones sobre el resultado de las controversias (29); el «sesgo de egocentrismo», que lleva a las partes a evaluar la solidez de sus casos de manera interesada y centrada en sus propias perspectivas (30); y el «sesgo de confirmación», en el que las personas interpretan las pruebas de manera que refuercen sus creencias iniciales, sin considerar objetivamente la información contraria (31). Una vez que una narrativa se ha visualizado firmemente, los árbitros rara vez modifican sus opiniones sobre lo que sucedió, aunque ocasionalmente las alteran a la hora de clasificar jurídicamente los acontecimientos del caso, no siendo infrecuente que la conclusión alcanzada al principio a partir de evidencias filtradas por el inconsciente sea corroborada por pruebas contradictorias posteriores (32). La presencia de estos sesgos puede conducir a las partes a mantener expectativas poco realistas sobre sus probabilidades de éxito, lo que dificulta el acuerdo voluntario, sin embargo, la probabilidad de alcanzar un acuerdo aumenta a medida que las partes adoptan una visión más realista de sus posibilidades. Juegan pues un importante papel, en este contexto, los conocimientos psicológicos para comprender cómo funciona realmente el arbitraje internacional y para verificar si el marco jurídico que se le aplica actualmente es adecuado para alcanzar los objetivos de garantizar un procedimiento de resolución de conflictos justo y fiable (33).

3. Procesos de resolución de conflictos a medida

7. Cuando las partes desean un acuerdo previo, los procedimientos mixtos o conjuntos sirven mejor a

sus intereses en distintas situaciones, organizándose a lo largo de un espectro que se correlaciona con una mayor participación de terceros, un menor control de las partes sobre el proceso y el resultado y, por lo general, una mayor probabilidad de que la relación entre los litigantes se deteriore durante y después de la resolución. Lo importante es que a la hora de redactar los de contratos se considere seriamente la alternativa de la conciliación o la mediación para responder a los intereses de las partes en la resolución eficaz de controversias (34) . Si éstas desean diseñar un proceso de resolución de conflictos a medida o tomar la mejor decisión al elegir entre distintos métodos de resolución alternativa de disputas (ADR) ya existentes, es preciso comprender en qué punto de la escala de conflictos se encuentra actualmente la controversia y en qué estamento de esa escala desean resolverla, requiriendo esta visión una apreciación de la resolución de conflictos desde una nueva perspectiva, que considere los valores individuales de las partes, sus necesidades, limitaciones y el sentido del proceso y del resultado que buscan. La gama de herramientas procesales disponibles es extensa incluyendo la negociación, la mediación, el peritaje independiente (determinación de los «hechos» por parte de un experto), la facilitación, la evaluación no vinculante por parte de un tercero neutral, el arbitraje y el litigio (35) , aportando un conjunto de posibilidades que van desde los procesos no estructurados, esto es, no evaluativos e informales, hasta los procesos estructurados, evaluativos y cada vez más formales (36) .

Recordemos ante todo que los principales modelos de procesos ADR son la negociación, la mediación y el arbitraje, pero cada uno de ellos incluye numerosos procesos híbridos que clasificables en función del tiempo y los recursos necesarios para utilizarlos, así como del grado de control que las partes ceden durante el proceso (37) . Es importante destacar que no existe un único tipo de procedimiento de resolución de conflictos pues abarca una diversidad de modificaciones o procesos similares. Por ejemplo, la mediación es un procedimiento particularmente amplio que incluye muchas variantes, como la mediación facilitadora, en la que el mediador se centra en ayudar a las partes a mejorar sus comunicaciones y aclarar las cuestiones entre ellas, sin emitir una opinión sobre el fondo del asunto (38) . Otra variante es la mediación evaluativa o directiva, en la que el mediador manifiesta su opinión sobre el fondo del asunto. La mediación también sirve como base para otros procesos que implican la intervención no vinculante de un tercero neutral, como la facilitación o el mini-trial (39) .

A diferencia del litigio o el arbitraje, la mediación se basa en el principio del cumplimiento voluntario (40) . Por lo tanto, el éxito de un proyecto de mediación depende en gran medida de la creación de incentivos claros para todas las partes interesadas, de modo que estas decidan participar en la mediación y elegir el acuerdo en lugar del litigio. Los incentivos para dicha participación no derivan solo de su existencia, sino también de la conciencia de las partes de que estos incentivos existen y la ausencia de riesgos al participar en ella. No obstante, el éxito de la mediación depende de la actitud mental de las partes, la habilidad del mediador y el entorno adecuado, respaldado por las instalaciones de infraestructura para dar servicio de este mecanismo. La referida actitud mental discurrirá entonces desde la inclinación de todas las partes para llegar a un acuerdo mutuo, con independencia de la existencia de una reserva mental para dar el primer paso, hasta la ausencia de cualquier objeción a dicho acuerdo, de modo que el mediador pueda tener margen para inducir a las partes alcanzar el acuerdo.

8. Individualmente considerado, cada método de ADR mantiene características distintivas que lo diferencia de los demás, pero no deben ser considerados en oposición entre sí ni compararse de manera excluyente. En la práctica, las partes a menudo combinan estos distintos métodos para diseñar un proceso de resolución de conflictos que mejor se adapte a sus necesidades particulares. Por ejemplo, es común que las partes, al redactar sus contratos, estipulen que, en caso de surgir un litigio, primero intentarán resolverlo mediante un procedimiento de solución amistosa, como la facilitación o la mediación. Solo en caso de que estos esfuerzos iniciales no tengan éxito, las partes acuerdan recurrir a un método judicial de solución, como el arbitraje o, en su defecto, la justicia estatal.

Así pues, los distintos métodos de ADR se aplican en diferentes etapas del proceso de resolución de conflictos, funcionando de manera complementaria, permitiendo a las partes beneficiarse de las ventajas inherentes a cada método y optimizando las posibilidades de alcanzar una solución satisfactoria sin la necesidad de recurrir maquinalmente a procedimientos más formales y costosos. Lejos de estar en conflicto, los métodos de ADR se integran de manera estratégica en un proceso escalonado que maximiza la eficacia en la resolución de disputas. La facilitación se considera «exitosa» siempre que sus resultados puedan ser reconocidos por los participantes, y esto suele ser el caso en la mayoría de las iniciativas en las que las partes participan de buena fe, incluso si inicialmente se muestran escépticas respecto a las posibilidades de llegar a una solución al inicio del proceso (41).

La evaluación neutral anticipada es una técnica de resolución alternativa de conflictos en la que un tercero neutral, a menudo un árbitro con experiencia, formula una estimación preliminar no vinculante sobre los méritos de un caso en las primeras etapas del arbitraje

El arbitraje, la facilitación y la mediación son tres formas habituales de resolución de conflictos que utilizadas conjuntamente, así como con otras herramientas de ADR, para crear procesos híbridos, pero en la facilitación, la experiencia y el conocimiento del tercero neutral adquieren un papel más destacado valorándose su capacidad del facilitador para establecer criterios, hacer propuestas y, en algunos casos, proporcionar una evaluación inicial de las posiciones de las partes, permitiéndole influir en la dirección del proceso, ayudando a las partes a comprender mejor las fortalezas y debilidades de sus posiciones y orientándolas hacia una resolución efectiva del conflicto (42). Semejantes características permiten la adecuada integración de elementos de mediación y facilitación en confrontaciones híbridas, asegurando que se aprovechen las fortalezas de cada método sin comprometer la neutralidad o la eficacia del proceso (43), permitiendo que el tercero neutral sea visto como alguien con quien se puede o se debe confiar para construir un compromiso.

Convenida la naturaleza del procedimiento y los participantes implicados, el proceso se orienta al futuro en lugar de al pasado y generar nuevas oportunidades de negocio que también resuelvan agravios pasados y aunque no existan nuevas oportunidades, las partes tienden a observar una preferencia cultural o psicológica por un proceso de resolución de conflictos no evaluativo, que evite contradecirse mutuamente y les permita buscar un resultado más consensuado. Por eso resulta prioritario que las partes y sus abogados tengan claro si se van a utilizar procesos híbridos, en qué parte del proceso desean que se resuelva el litigio o cómo prefieren que evolucione el proceso con el tiempo, permitiendo crear combinaciones de procesos diferentes, hechos a medida, que se adaptan mejor a las circunstancias particulares de cada conflicto y a los intereses de las partes implicadas (44).

Existe en la actualidad un consenso transnacional en torno a la idea de que la facilitación de acuerdos no solo es compatible con el mandato del árbitro, sino que, de hecho, fortalece la capacidad del arbitraje para resolver litigios de manera eficiente, aunque las estadísticas índices reflejando un número limitado de resoluciones transaccionales frente al arbitraje tradicional, lo que sugiere que los árbitros, en la práctica, siguen ajustándose más al papel de árbitro pasivo que al de facilitador decidido de soluciones. Es previsible que en los próximos años continúen desarrollándose nuevos mecanismos y prácticas, por lo cual la facilitación de la solución a todos los implicados en el proceso de arbitraje seguirá siendo una cuestión activa, que deberá necesariamente estabilizarse (45).

II. ESTRATEGIAS EN PRESENCIA

1. Evaluación neutral anticipada

9. La facilitación de acuerdos en el arbitraje no se limita a informar a las partes de sus posibilidades de llegar a un acuerdo en cualquier momento durante el proceso arbitral implicando a los árbitros para que promuevan activamente una posible solución de la controversia. Si las partes así lo desean, este proceso culmina en una «conferencia de mediación–conciliación», durante la cual el tribunal y las partes discuten las posibilidades de alcanzar un acuerdo y los términos potenciales del mismo. En el transcurso de dicha reunión, es común que el tribunal presente a las partes una propuesta de términos de avenencia permitiendo a éstas concluir un acuerdo ya sea durante la reunión o posteriormente, acostumbrando esta práctica a ser precedida por una evaluación neutral anticipada, en la cual el tribunal arbitral realiza una determinación preliminar de las cuestiones jurídicas involucradas. Bien entendido que antes de emitir esta opinión preliminar, el tribunal arbitral deberá dejar claro a las partes que esta evaluación inicial es provisional y que varíe su perspectiva sobre las cuestiones jurídicas si el arbitraje continúa.

La evaluación neutral anticipada es una técnica de resolución alternativa de conflictos en la que un tercero neutral, a menudo un árbitro con experiencia, formula una estimación preliminar no vinculante sobre los méritos de un caso en las primeras etapas del arbitraje. El objetivo principal de esta opción gestada en EE UU desde 1985 (46) y aplicada al arbitraje en Suiza (47), es proporcionar a

las partes una visión temprana de las fortalezas y debilidades de sus respectivas posiciones, lo que facilita el acuerdo y evita un litigio prolongado y costoso. El papel del árbitro en este contexto es fundamental, ya que actúa como el evaluador neutral que guía a las partes a través del proceso, proporcionando una evaluación objetiva y experta susceptible de influir significativamente en la dirección que toma la disputa.

El hecho de que las partes recurran cada vez más a los procedimientos de resolución anticipada en el arbitraje sugiere una clara disposición a considerar vías más rápidas de resolución, contribuyendo a mantener relaciones comerciales armoniosas y sostenibles en el futuro. La adopción de procedimientos de resolución anticipada refleja una tendencia hacia la eficiencia y el pragmatismo en la resolución de disputas. Las partes reconocen que, al optar por métodos que promueven una resolución neutral anticipada, evitan el desgaste y la incertidumbre que suelen acompañar a los procesos arbitrales extensos, poniendo de manifiesto esta tendencia la creciente demanda de soluciones que no solo sean justas y equitativas, sino también expeditas y económicas.

Por esa razón es igualmente importante garantizar que el arbitraje pueda resolver las disputas de forma rápida y eficiente, aunque por razones diferentes. Desde el punto de vista de las partes, la resolución de conflictos, ya sea a través de la negociación directa o empleando un ADR, no solo permite que los litigios se resuelvan con mayor rapidez y a un costo reducido, sino que también aumenta la probabilidad de que las partes puedan mantener una relación de trabajo en el futuro, lo cual es especialmente valioso para las entidades comerciales.

10. Como punto de partida de este procedimiento las partes seleccionan al árbitro siendo deseable, para su propia eficacia, que éste cuente con un profundo conocimiento y experiencia en la materia del litigio, ya que su credibilidad y autoridad son esenciales para que las partes confíen en su evaluación. Aparte de su experiencia técnica, el árbitro debe ser percibido como imparcial y justo por ambas partes, lo cual asegura que la evaluación se lleve a cabo de manera efectiva y que las partes acepten de buena fe la evaluación proporcionada.

Una vez seleccionado, el árbitro tiene la responsabilidad de preparar y estructurar el proceso evaluador que es altamente flexible y adaptarse fielmente a las necesidades y deseos de las partes, pero generalmente incluye la presentación de declaraciones escritas y orales por parte de ambas partes, en las que se exponen los hechos, los argumentos legales y las posiciones respectivas. Por tanto, garantizará que este proceso se lleve a cabo de manera ordenada y que ambas partes tengan la oportunidad de presentar su caso de manera completa. Dado que estamos en un proceso no vinculante, el árbitro debe dejar claro desde el principio que la evaluación que proporcionará no obligará a las partes a tomar ninguna acción específica. Sin embargo, debe hacer entender que su evaluación está basada en un análisis experto de los hechos y las pruebas presentadas, aportando una perspectiva valiosa sobre los posibles resultados del litigio si este continúa hacia un juicio o arbitraje completo.

Durante las presentaciones de los alegatos, el árbitro actúa como un oyente activo, recopilando información y haciendo preguntas para aclarar los puntos que no estén completamente desarrollados o que son críticos para la comprensión de la disputa. Su capacidad para identificar y

enfocar los aspectos clave del caso es vital, ya que de esto depende la calidad de la evaluación que finalmente proporcionará.

Después de revisar todas las presentaciones y pruebas, el árbitro emite su evaluación que no es un laudo arbitral ni una sentencia judicial, sino una opinión experta sobre el caso donde se analiza las fortalezas y debilidades de los argumentos de ambas partes, se evalúa la solidez de las pruebas presentadas manifestando su perspectiva sobre el resultado probable si el caso se lleva a juicio o arbitraje completo. Después de evaluar los méritos legales y fácticos del caso, es misión del árbitro sugerir posibles áreas de compromiso o puntos sobre los que las partes podrían negociar para llegar a un acuerdo.

El árbitro debe ser muy cuidadoso al presentar su evaluación para no dar la impresión de parcialidad ni de adelantar el resultado final del caso, siendo esencial que deje claro a las partes que su evaluación es preliminar y que está basada en la información disponible en ese momento. Se trata de una precaución particularmente importante porque las partes están en disposición de decidir continuar litigando o negociando basadas en esta evaluación, y deben hacerlo con una comprensión clara de que la evaluación no es definitiva ni vinculante.

11. Una de las preocupaciones comunes asociadas con la evaluación neutral anticipada es la posibilidad de que el árbitro, al proporcionar una evaluación temprana, sea percibido como parcial o que haya prejuzgado el caso antes de que se presente toda la evidencia (48) . Para mitigar esta preocupación, es fundamental que el árbitro exprese claramente que su evaluación es solo una opinión preliminar y que está dispuesto a reconsiderar su posición si se presentan nuevas pruebas o argumentos en una etapa posterior del litigio o arbitraje. En realidad, el árbitro debe obtener el consentimiento explícito de las partes para proporcionar esta evaluación temprana, asegurándose de que entienden y aceptan las limitaciones de este proceso.

En algunos sistemas de arbitraje, especialmente en el contexto internacional, el árbitro se enfrenta a desafíos adicionales cuando ejerce esta función anticipada, por ejemplo, haber tenido suficiente tiempo en una fase excesivamente temprana para revisar a fondo el expediente completo del caso, restringiendo la profundidad de su evaluación. A este efecto, muchos árbitros consideran que el esfuerzo adicional necesario para realizar una revisión temprana es valioso, ya que coadyuva a acelerar el proceso y enfocar las cuestiones clave desde el principio. Incluso si la evaluación no conduce a un acuerdo inmediato, a menudo ayuda a las partes y al tribunal arbitral a centrarse en los temas más importantes en disputa.

Otro aspecto importante del papel del árbitro en la esta especial función es la comunicación clara y abierta con las partes y para ello ha de asegurarse de que ambas partes entienden no solo el proceso evaluador, sino también sus implicaciones, incluyendo esta cautela discutir acerca de las limitaciones de la evaluación, la confidencialidad del proceso, y de cómo la evaluación podría ser utilizada en etapas posteriores del litigio o arbitraje. Su puesta en práctica le exige, pues, el estímulo de un ambiente de confianza, donde las partes se sientan cómodas compartiendo información y discutiendo sus preocupaciones sin temor a que sus posiciones sean utilizadas en su contra en el futuro. En algunos casos, la evaluación es seguida de una conferencia de conciliación, donde el

árbitro, después de proporcionar apreciación, ayuda a las partes a negociar un acuerdo basado en su análisis preliminar. La combinación de evaluación temprana y conciliación resulta particularmente efectiva, ya que el árbitro, al haber desarrollado una comprensión profunda del caso, está en una posición única para guiar a las partes hacia un acuerdo que refleje las realidades legales y fácticas de la disputa y, de seguirse este camino, es esencial que el árbitro mantenga su papel de neutralidad y que cualquier intento de mediación sea aceptado de manera voluntaria por ambas partes.

Ha de ser muy consciente el árbitro también de los aspectos éticos que rodean a este especial procedimiento, pues al proporcionar una evaluación temprana asume una responsabilidad significativa para con las partes, y cualquier percepción de parcialidad o conflicto de intereses podría socavar la confianza en el proceso y en el sistema de arbitraje en general. Por lo tanto, el árbitro debe ser transparente sobre cualquier potencial conflicto de intereses y debe asegurarse de que todas las partes han renunciado a cualquier derecho a recusar al árbitro basado en la evaluación neutral anticipada, lo cual es particularmente importante en los sistemas legales donde las recusaciones son comunes, y las partes podrían intentar utilizar la evaluación del árbitro como base para descalificarlo si el caso continúa sin resolverse.

En resumen, el árbitro juega un papel central y multifacético en el proceso de evaluación neutral anticipada. Desde la selección inicial hasta la emisión de la evaluación y la posible facilitación de un acuerdo, el árbitro debe combinar su experiencia técnica con habilidades de comunicación y gestión de procesos para guiar a las partes a través de un proceso que, aunque no vinculante, acostumbra a ser decisivo para la resolución de la disputa. Su éxito depende en gran medida de la habilidad del árbitro para mantenerse imparcial, proporcionar una evaluación clara y bien fundamentada, y manejar las expectativas de las partes de manera que se mantenga la confianza en el proceso. Con independencia de los desafíos y las posibles limitaciones, cuando se lleva a cabo de manera efectiva, la práctica de esta evaluación ahorra tiempo, reduce costos y, lo más importante, facilita una resolución satisfactoria para ambas partes, evitando el riesgo y la incertidumbre de un litigio prolongado o un arbitraje completo.

2. Arbitraje simulado

12. El arbitraje simulado es una herramienta estratégica que ha ganado reconocimiento en la práctica del arbitraje internacional (49), especialmente en casos de alto riesgo y complejidad y aunque su uso aún no está ampliamente extendido, su efectividad para solucionar determinados contenciosos resulta cada vez más apreciada por abogados y expertos (50). Este proceso:

- i) Radica en realizar una simulación detallada de un arbitraje real, con la participación de un panel de árbitros que emulan las características del tribunal arbitral real con el objetivo de probar la solidez de los argumentos, identificar puntos débiles, y mejorar la presentación de las pruebas y los testimonios antes de la audiencia real.
- ii) Implica la recreación de un proceso de arbitraje en un entorno controlado, en el cual se presenta una versión resumida de la disputa real ante un panel de supuestos árbitros. A diferencia de otras herramientas de evaluación como la evaluación neutral anticipada, que acaba de esbozarse, o el mini-trial, donde todas las partes presentan su caso y reciben una evaluación conjunta para

facilitar un acuerdo, en el arbitraje simulado la presentación y la retroalimentación se limitan a la parte que organiza la simulación (51).

- iii) No aspira al resultado exacto del arbitraje real, limitándose a identificar las fortalezas y debilidades de los argumentos presentados, evaluar la efectividad de las estrategias legales y perfeccionar la presentación del caso, pero permite a los abogados ver el caso desde la perspectiva de la parte contraria y entender mejor cómo los árbitros interpretan las pruebas y argumentos presentados.

Una decisión esencial en la puesta en práctica de este mecanismo es la selección de los árbitros simulados con el objeto de para que reflejen lo más posible las características y antecedentes del tribunal arbitral real. En casos donde hay un único árbitro en el arbitraje real, el simulacro puede incluir uno o dos árbitros simulados. Si el tribunal arbitral real está compuesto por tres árbitros, es común utilizar tres o incluso seis árbitros simulados para formar dos paneles deliberativos. Un aspecto importante en la selección es asegurarse de que al menos un árbitro simulado tenga una inclinación adversa hacia la parte que organiza el arbitraje simulado, lo cual garantiza que se recibirá una retroalimentación crítica sobre los puntos más débiles del caso.

13. Al organizar un simulacro de arbitraje, es fundamental que las partes consideren los objetivos estratégicos que desean alcanzar pudiendo enfocarse en mejorar la presentación o en desarrollar argumentos sustantivos. Su operatividad depende del caso específico; por ejemplo, el desarrollo de argumentos sustantivos es particularmente útil cuando se trata de elegir entre temas de similar complejidad o de simplificar un caso de factura especialmente compleja. Aunque es factible perseguir ambos objetivos simultáneamente, el éxito en cada uno depende de factores como el momento, el contenido y la estructura del simulacro, así como de la selección de los árbitros simulados (52).

Antes de la sesión principal del arbitraje simulado, los árbitros actuantes reciben un bloque de materiales preparado por los abogados que suele incluir escritos presentados en el arbitraje, o simulados si el caso aún no ha avanzado hasta esa fase, junto al contrato subyacente y otros documentos clave. El propósito de estos materiales es proveer a los árbitros simulados la información necesaria para comprender la disputa y formar opiniones preliminares, complementando también cuestionarios iniciales, que recopilan sus opiniones sobre los puntos fuertes y débiles del caso, las cuestiones pendientes y su inclinación tras la lectura del material.

Para que el arbitraje simulado sea efectivo, la parte contraria debe estar bien representada en la simulación por lo que es deseable que un abogado competente asuma el papel de la parte contraria, presentando sus argumentos y pruebas de la manera más efectiva posible. Si el simulacro es organizado por una sola firma de abogados, deben asegurarse de que al menos un abogado con experiencia represente a la parte contraria de manera convincente.

Las partes, al organizar un simulacro de arbitraje. han de considerar

los objetivos estratégicos que desean alcanzar pudiendo enfocarse en mejorar la presentación o en desarrollar argumentos sustantivos

El proceso de arbitraje simulado generalmente incluye varias etapas, diseñadas para replicar los procedimientos de una audiencia real de arbitraje que comprenden declaraciones de apertura, donde cada parte presenta una versión resumida de sus argumentos principales; sesiones probatorias, donde se presentan y discuten las pruebas más importantes del caso, centrándose en las cuestiones de fondo; argumentos sobre daños y perjuicios, donde se discuten los argumentos y pruebas relativos a la indemnización o compensación solicitada; y conclusiones, donde ambas partes presentan sus argumentos finales. Después de cada sesión, los árbitros simulados completan cuestionarios adicionales para capturar sus reacciones y opiniones en tiempo real. En algunos casos, se realiza una sesión separada donde los árbitros simulados con el objeto de hacer preguntas a ambas partes, lo que proporciona una oportunidad adicional para afinar los argumentos y aclarar puntos clave.

Una parte fundamental del arbitraje simulado es la deliberación de los «árbitros», quienes discuten y, en algunos casos, llegan a un supuesto laudo, siendo esta discusión observada y grabada, lo que permite a los abogados revisar cómo se formaron las opiniones y qué factores influyeron en las decisiones de los árbitros simulados (53). Tras la deliberación, se lleva a cabo una sesión de retroalimentación en la que los abogados están en disposición de hacer preguntas directas a los árbitros simulados sobre sus impresiones, las fortalezas y debilidades del caso, y cualquier recomendación para mejorar la presentación del caso en la audiencia real pudiendo dicha retroalimentación ser tanto oral como escrita, y a menudo incluye entrevistas individuales con cada árbitro simulado para profundizar en sus opiniones (54).

14. Para sus defensores, el arbitraje simulado muestra una serie de beneficios decisivos muchas veces para la preparación de la audiencia real al incluir la identificación de puntos débiles y fuertes, permitiendo a los abogados descubrir debilidades en su caso que podrían no haber sido evidentes sin esta especial la perspectiva, ajustando sus destrezas y fortaleciendo sus argumentos. También mejora la presentación de argumentos, ya que al recibir retroalimentación sobre cómo se presentan, los abogados perfeccionan sus alegaciones, asegurándose que sus puntos más fuertes se comuniquen de manera clara y persuasiva. A decir verdad, la preparación de testigos es otro beneficio importante, especialmente para aquellos sin experiencia previa en testificar que pueden beneficiarse enormemente de los interrogatorios simulados ayudándoles a sentirse más cómodos y a mejorar su capacidad para presentar pruebas de manera efectiva. Permite, además, una evaluación realista para el acuerdo, ya que los resultados del arbitraje simulado proporcionan una evaluación más realista de las probabilidades de éxito, lo que repercute en las discusiones sobre un posible acuerdo antes de la audiencia. Por último, mejora la relación entre abogados y clientes, ya que involucrar a los clientes en el proceso de arbitraje simulado contribuyendo a gestionar sus expectativas y a construir una relación de confianza entre el equipo legal y el cliente.

Siendo el arbitraje simulado una herramienta valiosa, presenta ciertos inconvenientes. Uno de los

principales es el costo, ya que organizar un arbitraje simulado detallado escostoso, especialmente si se recurre a árbitros simulados externos. Además, el tiempo requerido para preparar y llevar a cabo el simulacro es considerable, lo que puede ser un factor limitante en casos con plazos ajustados. Otro desafío es asegurar la confidencialidad del proceso y dado que los árbitros simulados reciben información detallada sobre el caso, resulta aconsejable que firmen acuerdos de confidencialidad estrictos y que se realicen verificaciones de conflictos para obviar cualquier problema ético o legal. Finalmente, los abogados deben manejar cuidadosamente las expectativas de sus clientes, toda vez que un simulacro de arbitraje puede ser desalentador si los resultados son negativos, por lo que es importante explicar claramente el propósito del ejercicio y cómo se utilizarán los resultados para mejorar la solución final del caso.

Cuando se utiliza correctamente el arbitraje simulado asienta una herramienta poderosa susceptible de marcar una diferencia significativa en la preparación de un caso y si bien no garantiza un resultado específico, proporciona una valiosa oportunidad para probar y mejorar los argumentos, identificar áreas problemáticas y preparar a los testigos para la audiencia real. Llevarlo a cabo, permite a los abogados y a sus clientes entrar en la audiencia real con una mayor confianza y una estrategia más refinada, aumentando considerablemente las posibilidades de éxito. A medida que la práctica del arbitraje internacional continúa evolucionando, es probable que el uso del arbitraje simulado se expanda, convirtiéndose en una parte estándar de la preparación en casos complejos y de alto riesgo.

3. Modelos híbridos de resolución de conflictos

A) Procedimiento escalonado

15. La globalización ha transformado las relaciones contractuales entre empresas, haciendo necesario el uso de modelos híbridos de resolución de conflictos (55). El mero hecho de acordar combinar la mediación/conciliación y el arbitraje no presupone que las partes hayan renunciado a los derechos asociados a estos dos procesos como métodos separados y distintos de resolución de conflictos (56), por lo cual el consentimiento, debe ser consciente y voluntario e implicar la renuncia a los derechos procesales (57). En este contexto, la mediación previa al arbitraje se presenta como una forma efectiva de reducir costos, ahorrar tiempo y mantener la buena disposición entre las partes. Sin embargo, la obligatoriedad del empleo de otros ADR (señaladamente la mediación o el recurso al *expert dermination* (58)) antes del arbitraje es cuestionable, lo que podría complicar el proceso. A pesar de estas preocupaciones, las cláusulas de resolución de litigios en varios niveles están ganando aceptación en contratos comerciales y ciertos marcos jurídicos (59), considerándose estos mecanismos como un «enfoque filtrado» que aporta un «sistema vinculante» para resolver conflictos no solucionados en la fase de mediación/conciliación, aliviando la carga de los tribunales. Sin descartar eventuales complicaciones, la tendencia hacia la mediación como requisito previo al arbitraje está en aumento.

No siempre la mediación es una solución completamente satisfactoria pues por sí sola podría prolongarse indefinidamente, mientras que combinarla con el arbitraje proporciona una mejor solución al imponer una resolución definitiva y vinculante (60). Las partes en conflicto pueden preferir conciliar sus disputas cuando sea posible, recurriendo al arbitraje sólo después de que

concluya la mediación (61) .

Entre estas posibilidades se incluye la capacidad de solicitar la intervención del árbitro como mediador, utilizar procedimientos híbridos y separados como la mediación–arbitraje (med–arb) (62) y el arbitraje–mediación (arb–med), que es un proceso secuencial menos conocido, especialmente útil en litigios donde sólo queda por resolver la cuantía de los daños, pues en lugar de dedicar recursos a probar cuestiones especulativas de *quantum*, las partes primero realizan un arbitraje rápido y designan a un árbitro neutral para dictar una resolución breve sobre la cantidad a pagar en forma de laudo que se sella en un sobre confidencial y se deja sin abrir mientras las partes inician una mediación (63) . Si no logran un acuerdo antes de una hora determinada, el laudo se convierte en vinculante, obligando a las partes a negociar basándose en sus intereses, sabiendo que ya existe un resultado garantizado, lo que ejerce presión psicológica para llegar a un acuerdo.

Sin duda estos mecanismos, a partir de las cláusulas de resolución de disputas de varios niveles o escalonadas coadyuvan a ofrecer una mayor flexibilidad para abordar diversos conflictos que puedan surgir en el marco de una relación contractual pero también pueden generar importantes inconvenientes. El principal obstáculo suele ser el resultado de una redacción imprecisa o descuidada, de ahí que la forma en que se estructure y se redacte una cláusula de este tipo puede llegar a comprometer los beneficios que se espera que tales cláusulas ofrezcan (64) .

Comienza este tipo de procedimientos comienza con el arbitraje, seguido de un intento de mediación independiente antes de la práctica de la prueba, y si la mediación fracasa, se retoma el arbitraje para emitir un laudo, designándose en la mayoría de los casos a un mediador externo, aunque a veces se solicita al propio árbitro que asuma el papel de mediador, lo que genera desafíos particulares si la mediación no tiene éxito. De hecho, el arb–med será útil en negociaciones comerciales, como en fusiones y adquisiciones, cuando las partes están estancadas en temas como el precio (65) .

Sin descartar que las partes aborden la cuestión del acuerdo entre ellas fuera de la sustanciación de las actuaciones arbitrales, sin necesidad de que el tribunal arbitral les ayude en sus esfuerzos, estas actuaciones no solo reducen el tiempo y los costos, sino que también mejora la probabilidad de mantener relaciones comerciales positivas y facilita una resolución más eficiente de las diferencias. Las partes se benefician enormemente al considerar estas nuevas posibilidades y adoptar una posición más voluntarista y colaborativo en el arbitraje. Para evitar cualquier confusión, el uso de técnicas de mediación en el arbitraje debe distinguirse estrictamente de los procedimientos ADR que se llevan a cabo por separado del arbitraje. Prescindiendo ahora del debate académico sobre las formas aceptables de combinar la mediación y el arbitraje y de la ausencia de estudios empíricos acreditativos de que los profesionales utilicen realmente una combinación de mediación y arbitraje (66) , procedimientos separados susceptibles de tener lugar antes, durante o después del arbitraje. Si se llevan a cabo antes del arbitraje, todo el proceso suele denominarse «med–arb». Según el mecanismo «med–arb», el arbitraje sólo se inicia si la mediación previa no ha conducido a un acuerdo entre las partes, por consiguiente, trasladar la disputa de un mediador a un árbitro deja claras las funciones distintivas de un mediador, que intenta facilitar las negociaciones para llegar a

un acuerdo, y de un árbitro, que emite una decisión sobre la disputa. Ahora bien, si las partes así lo han acordado, la misma persona que ha actuado como mediador puede también conducirse como árbitro en la fase arbitral subsiguiente. permaneciendo los procedimientos formalmente separados y el arbitraje constituye un proceso completamente nuevo. Del mismo modo, algunas leyes o reglamentos de arbitraje permiten explícitamente al tribunal arbitral llevar a cabo una mediación o conciliación durante el arbitraje, siempre que las partes den su consentimiento (67) .

16. Existe una tendencia expansiva en la práctica arbitral no sólo a considerar esta posibilidad, sino que apunta a sus fortalezas (68) . Baste referirse a las «Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral de 2016» (69) o a la redacción del Reglamento de Arbitraje de la Corte de la CCI, vigente desde el 1 de enero de 2021, donde frente al enunciado anterior que expresaba que los árbitros podían «informar a las partes [de] que son libres de solucionar la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas», se afirma que están en disposición de «*alentar a las partes a sopesar la transacción* de todo o parte de la disputa mediante la negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas» (70) .

Si las partes así lo han acordado, la misma persona que ha actuado como mediador puede también conducirse como árbitro en la fase arbitral subsiguiente. permaneciendo los procedimientos formalmente separados y el arbitraje constituye un proceso completamente nuevo

Las partes están en disponibilidad de acordar un procedimiento escalonado empleando a diferentes personas para mediar y arbitrar a la vez que conviene no recurrir al mediador como abogado ni llamarlo como testigo en un arbitraje posterior; y, asimismo de estipular abstenerse de presentar como prueba en un eventual procedimiento arbitral posterior las declaraciones o admisiones realizadas o las posiciones adoptadas durante la mediación, especialmente las que indiquen la voluntad de aceptar una propuesta de acuerdo (71) . En este mecanismo, la etapa mediadora debería tener un impacto mínimo en el arbitraje, manteniendo su integridad, a la vez que favorece una solución razonablemente eficaz empleando las partes para ello a diversos terceros neutrales con habilidades apropiadas para cada fase, pudiendo mediador reunirse por separado con ellas sin poner en riesgo un arbitraje posterior y éstas no temerán que las revelaciones o las ofertas de acuerdo perjudiquen sus posiciones en un arbitraje posterior (72) .

B) Procedimiento integrado

17. El procedimiento escalonado carece, sin embargo, de las ventajas inherentes a un procedimiento integrado. La más importante es que el éxito del mediador dependerá enteramente de sus dotes diplomáticas, al carecer del poder del árbitro facilitador para imponer una solución, operando este último de manera eficaz, aunque sólo sea de forma silenciosa, para estimular la transacción

definitiva, teniendo siempre en cuenta que la naturaleza del conflicto influye en la manera de cómo llevar a cabo la mediación determinando los comportamientos del mediador. Si la mediación fracasa y se pone en marcha el arbitraje las partes tendrán que incurrir en los gastos de seleccionar nuevos árbitros o incurrir en los riesgos de retener al mediador para que actúe como árbitro. Dicho en otros términos, las ventajas se obtienen a costa de asumir riesgos en caso de que fracasen las actuaciones en el primer escalón y el arbitraje ulterior conlleve la recusación del árbitro, y el laudo podría ser más difícil de ejecutar (73).

En el procedimiento integrado las partes inicialmente se someten a un procedimiento de arbitraje, durante el cual se abre una «ventana» específica para la conciliación o mediación, permitiendo tal modalidad que, en medio del arbitraje, las partes exploren la posibilidad de resolver su disputa de manera amigable mediante la conciliación (74). Si logran llegar a un acuerdo durante esta fase, se evita la necesidad de continuar con el arbitraje, pero si la conciliación o la mediación no conduce a una resolución satisfactoria, el panel arbitral retomará el procedimiento arbitral desde el punto en que se interrumpió y procederá a emitir un laudo que será vinculante para las partes. Se combina, pues, la formalidad del arbitraje con la flexibilidad de la conciliación y la mediación, ofreciendo a las partes la oportunidad de alcanzar un acuerdo sin perder la estructura y la seguridad que ofrece un laudo arbitral en caso de que la conciliación no tenga éxito. Con ello se expresa una opción diversa a partir de la cual las partes habrán preservado plenamente la integridad del arbitraje, pero no disfrutarán de los beneficios relacionados con la etapa mediadora del primer escalón al pasar el procedimiento de la mediación al arbitraje y viceversa sin líneas claras de demarcación. En caso de llegar a un acuerdo hacia la consecución de una decisión, estimulando conversaciones productivas y colaborativas, el árbitro facilitador incorporará el resultado en un laudo arbitral y, en caso contrario, procederá a dictar un laudo de la manera habitual (75). Si se realiza con profesionalidad esta perspectiva integrada: a) fomenta un ambiente de colaboración y confianza, lo cual conduce a la resolución temprana y amistosa de conflictos; b) mantiene la continuidad con el mismo tribunal, se evita la duplicación de esfuerzos y se reduce el tiempo y los costos asociados con la resolución de disputas; y, c) permite que las partes aprovechen las habilidades de la mediación y el alcanzando soluciones adaptadas e a sus necesidades y circunstancias específicas. En resumen, un procedimiento integrado no solo optimiza la eficiencia y efectividad del proceso de resolución de diferencias, sino que también refuerza el compromiso de las partes con una relación cooperativa y constructiva.

18. En este tipo de procedimiento procede prestar especial atención a la situación en la que un árbitro facilita una transacción dentro de un procedimiento arbitral: es decir, cuando la misma persona que ha sido designada como árbitro lleva a cabo las negociaciones para llegar a una transacción, y lo hace mientras el procedimiento arbitral está pendiente (76). Desde su indiscutida posición de liderazgo, la propia Cámara de Comercio Internacional reconoce (77) el papel del tribunal arbitral en la facilitación de la resolución de diferencias entre las partes ha experimentado una notable evolución en los últimos años. Históricamente, en muchas jurisdicciones, el papel de los árbitros se limitaba estrictamente a la emisión de un laudo ejecutable, sin involucrarse en el proceso de negociación o resolución amistosa del litigio. Según este enfoque tradicional, las partes eran libres de negociar y llegar a un acuerdo por su cuenta si así lo deseaban, pero no se esperaba, ni se

consideraba adecuado, que el tribunal arbitral fomentara, facilitara, o se involucrara directamente en ese proceso y estaba principalmente motivado por la preocupación de que, al asumir un papel más proactivo en la resolución del litigio, la neutralidad del tribunal arbitral pudiera verse comprometida. Existía el temor de que, al participar en las discusiones de conciliación o mediación, los árbitros pudieran formarse opiniones prematuras o parciales sobre el fondo de la controversia, lo que podría afectar tanto su imparcialidad como la percepción de las partes respecto a esa imparcialidad. En un proceso presidido por la confianza en la objetividad del tribunal, cualquier indicio de falta de neutralidad podría socavar la legitimidad del arbitraje.

Las circunstancias han conducido a que, en algunos sistemas estatales y en determinados centros administradores, se haya producido un cambio de actitud para acentuar una función más activa de los árbitros en la facilitación de la resolución de disputas (78) . En este marco evolutivo, se reconoce que los árbitros, con el consentimiento de las partes, desempeñan un papel positivo al ayudar a estas a encontrar una solución amistosa, sin necesariamente comprometer su imparcialidad. Sin desconocer que este cambio de función plantea importantes consideraciones procesales y éticas que deben ser cuidadosamente gestionadas para preservar la integridad del proceso arbitral, la evolución de esta función refleja un reconocimiento creciente de que, en ciertos casos, una resolución facilitada por los árbitros resulta más eficiente y menos costosa para las partes, sin perjuicio de la necesidad de salvaguardar siempre la imparcialidad y la percepción de justicia del tribunal arbitral (79) . Es fundamental destacar las ventajas de que el árbitro adopte un papel dinámico en las negociaciones entre las partes.

Si bien existe un reconocimiento cada vez mayor y una inclinación general a favor de que los árbitros participen en un acuerdo entre las partes, no dejan de manifestarse preocupaciones igualmente válidas sobre el alcance de dicha participación (80) . En las páginas posteriores se profundizará en sus ventajas y en sus reparos.

III. PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE FACILITACIÓN INVOLUCRADOS

1. Árbitros, abogados y partes

19. Partiendo de la existencia de características comunes en todos los arbitrajes, lo cierto es que las expectativas de las partes y la comprensión de los árbitros sobre cómo llevar a cabo los procedimientos varían significativamente (81) . Frente a una posición partidaria del papel del árbitro esencialmente limitado al de un decisor pasivo, simplemente para gestionar el procedimiento, recibir las pruebas y adoptar una decisión, hoy día se patrocina la asunción de un papel más activo en tanto que gestor de la diferencia y facilitador de la solución, siempre que esté en consonancia con las expectativas de las partes. Es más, la consideración de las habilidades del candidato en orden a la facilitación de la transacción comienza a convertirse en un aspecto importante en el proceso de selección de árbitros, siendo los preferidos aquellos que demuestran mayor competencia en la gestión activa del caso, la promoción de soluciones negociadas y la reducción de costos y tiempos procesales, pues gracias a una comprensión profunda de las argumentaciones y evidencias presentadas se detectan áreas de posible consenso y se proponen soluciones que promueven el entendimiento mutuo. Al hacerlo, no solo se facilita un ambiente propicio para la resolución

amistosa del conflicto, sino que también se preserva la eficiencia del proceso arbitral, evitando demoras innecesarias. Y para ello se recurre a la experiencia y conocimiento del árbitro para guiar a las partes hacia una resolución que pueda satisfacer los intereses de ambas, manteniendo siempre el equilibrio y la equidad en el tratamiento de las cuestiones en disputa. Por mucha experiencia que tenga un árbitro debe saber escuchar, mantener la mente abierta y estar dispuesto a llegar a un compromiso si éste sirve para el buen desarrollo del procedimiento dentro de las normas a él aplicables (82). En realidad, al proponer estos procedimientos de manera transparente y consensuada, el árbitro consigue fortalecer la confianza de las partes en el proceso arbitral y en su autoridad para resolver la disputa de manera justa y eficiente. Y para ello nada mejor que acudir a técnicas propias de la psicología de la persuasión, que los abogados acostumbran a emplear para mejorar sus habilidades de defensa (83).

Las circunstancias han conducido a que, en algunos sistemas estatales y en determinados centros administradores, se haya producido un cambio de actitud para acentuar una función más activa de los árbitros en la facilitación de la resolución de disputas

El papel del árbitro como facilitador de acuerdos, basado en su conocimiento detallado de las posiciones de las partes y su capacidad para sugerir procedimientos que promuevan el entendimiento y la transacción, es una manifestación de la flexibilidad y la eficacia del arbitraje (84). Ello explica que esté en disposición de jugar un importante papel en la promoción y facilitación de la transacción, siendo un factor determinante una actuación dinámica y voluntarista alentando a las partes a explorar opciones de conciliación y mediación en cualquier etapa del proceso, agilizando la comunicación y el entendimiento entre las partes, identificar y resolver rápidamente cuestiones preliminares y fomentar un ambiente de cooperación. De hecho, ejercita un papel mediador, sugiriendo vías de arreglo y estimulando a un diálogo constructivo que permita a las partes llegar a un acuerdo amigable sin necesidad de concluir el procedimiento arbitral con un laudo.

La intervención del árbitro en la facilitación de la transacción ha sido y sigue siendo objeto de debate, pero abundan los argumentos favorables a que una visión más activa y negociadora por parte del árbitro ofrece importantes ventajas. Estudios y desarrollos recientes demuestran que, en muchos casos, las partes solicitan a sus árbitros que faciliten un acuerdo entre ellas, y esta necesidad no es incompatible con su misión primigenia como responsables de la toma de decisiones (85). Un importante paso en esta dirección consiste en reconocer que la mediación no es una función separada o secundaria al arbitraje, sino que debe ser vista como una parte intrínseca y esencial de la misión del árbitro. Desde esta perspectiva, lejos de ser conceptos opuestos, arbitraje y mediación aparecen como componentes complementarios que se integran para formar una síntesis efectiva en la resolución de conflictos, permitiendo que el proceso arbitral no solo se oriente a la emisión de un laudo final, sino también en la facilitación de acuerdos consensuados, promoviendo soluciones que reflejen los intereses y necesidades reales de las partes. Con ello el arbitraje recupera su posición

como un método ágil y justo, capaz de resolver disputas de manera más adaptativa y satisfactoria para todos los involucrados (86) .

20. Se impone que los abogados negociadores, quienes con demasiada frecuencia delegan en los abogados litigantes la gestión de estos asuntos, asuman un papel activo en la resolución de conflictos, empleando su capacidad de resolución de problemas y su habilidad para alcanzar compromisos ventajosos en cuestiones transaccionales difíciles, y su destreza negociadora. Las habilidades necesarias para representar eficazmente a un cliente en proceso difieren de las utilizadas en la defensa en un litigio, donde el objetivo del abogado es persuadir al responsable de la toma de decisiones para que acepte los argumentos presentados por el abogado y falle a favor de su cliente. Aquí, el objetivo del abogado es utilizar sus habilidades de defensa aplicadas esencialmente para persuadir a las otras partes y a sus abogados de que las opciones de acuerdo propuestas por sus clientes satisfacen mejor los intereses legítimos de todos los involucrados y dichas habilidades han de encaminarse a considerar las opciones y los intereses de las otras partes en la controversia para apreciar las bondades que depararía una resolución mutua. La participación directa de los abogados en este proceso no solo maximiza las oportunidades de éxito, sino que igualmente asegura que los intereses de sus clientes estén representados de manera efectiva y estratégica en todas las etapas de la negociación (87) , aportando con ello una importante función en la consecución de acuerdos transaccionales, siendo fundamental que comprendan y apoyen este papel proactivo del árbitro (88) pues ello contribuye a un entorno más colaborativo y a una resolución más rápida y eficaz de las disputas. En este empeño:

- i) Evitarán tratar la mediación–conciliación con la misma formalidad que el arbitraje, limitándose a presentar los escritos que incluyan sus pretensiones basadas exclusivamente en consideraciones legales, pues esto obstaculiza en ocasiones la flexibilidad del proceso y centrarse exclusivamente en una posición monolítica sin considerar los intereses subyacentes, tanto propios como los de la parte contraria (89) .
- ii) Superarán ciertos atavismos tendentes a una preferencia por modelos evaluativos en lugar de facilitadores y a la inclinación por adoptar un punto de vista contencioso en vez de una orientación hacia el mantenimiento de un control estratégico sobre las negociaciones, guiando el proceso hacia un resultado favorable para sus clientes (90) .
- iii) Prescindirán de la adopción de planteamientos rígidos y adversariales en la mediación que dificulten la búsqueda de soluciones colaborativas y perjudicar la posibilidad de alcanzar un acuerdo que beneficie a ambas partes, lo cual se evita con el conocimiento de las necesidades y objetivos de los clientes, combinado con su experiencia en el proceso arbitral que les permite asesorar de manera efectiva acerca de las ventajas de una solución transaccional, pudiendo guiar a sus clientes a través de negociaciones complejas, ayudando a elaborar acuerdos que sean equitativos, sostenibles y en línea con los intereses comerciales a largo plazo de ambas partes.
- iv) Manifestarán un «saber hacer» a la hora de escuchar a los árbitros, en su observancia de las normas procesales aplicables y en sus respuestas a las observaciones del tribunal; sin olvidar, paralelamente, estar familiarizados con las obligaciones éticas y de responsabilidad profesional

impuestas por su colegio de abogados local, toda vez que, en ocasiones, la ley de la sede del arbitraje impone obligaciones éticas adicionales.

Bien es verdad que, hasta la fecha, no existe un conjunto específico de directrices éticas en esta materia aplicables a los abogados que redactan acuerdos de resolución de conflictos y que representan a sus clientes en mediaciones y arbitrajes. En el contexto actual, donde la atención hacia las responsabilidades éticas de los asesores jurídicos y abogados en el arbitraje internacional es cada vez mayor, resulta imperativo implementar directrices éticas claras para estos profesionales pues este desarrollo no solo contribuiría a estandarizar las prácticas, sino que también fortalecería la integridad y la confianza en los procesos de resolución de disputas internacionales (91).

21. Cuentan las partes con la opción, en la mayoría de las leyes de arbitraje y reglamentos institucionales, de estar representadas por un abogado externo o representarse a sí mismas (partes *pro se*). Si bien esto reduce costos, especialmente en disputas técnicas, en arbitrajes comerciales e internacionales de gran envergadura, es común que las partes contraten a abogados especializados en arbitraje. La falta de representación legal genera una desigualdad de armas, ya que una parte «*pro se*» puede no comprender completamente el proceso de arbitraje, colocándola en una desventaja significativa; y, si una parte cuenta con un abogado menos experimentado o limita los recursos disponibles, quedar en desventaja. Unas desigualdades que con frecuencia son el resultado de decisiones deliberadas por parte de las empresas o autoridades gubernamentales que participan en el arbitraje.

Renunciar a la representación legal, como se ha dicho, reduce los costos y confiere a la parte más control sobre su caso, pero también conlleva riesgos importantes, especialmente en disputas internacionales donde las complejidades jurídicas y procesales son comunes. Si solo una de las partes está representada, el tribunal arbitral se enfrentará a mayores dificultades, ya que los errores procesales y las presentaciones deficientes de la parte no representada complican inexorablemente el proceso. En estas situaciones, el abogado de la parte representada debe actuar con habilidad, presentando el caso de su cliente con firmeza sin parecer que se aprovecha de la situación, lo que requiere un alto nivel de capacidad y claridad en su defensa.

Por esa razón, la selección de un abogado para representar los intereses de una parte en la resolución de estas modalidades complejas de disputas es un punto de decisión básico en el arbitraje, al igual que la selección de los árbitros que las resolverán. Las decisiones en ambos aspectos son tan importantes, o incluso más, que las decisiones sobre el proceso en sí. Abogados y árbitros eficaces superaran las deficiencias de un procedimiento inadecuado, mientras que aquellos que son incompetentes socavan incluso el mejor plan procesal. Un abogado reflexivo y sofisticado es capaz de navegar el proceso de arbitraje de manera que promueva eficazmente los objetivos del cliente, e incluso colaborar con el abogado de la parte contraria para desarrollar soluciones procesales que beneficien a ambas partes (92).

22. No esté descartada en los árbitros y en las instituciones arbitrales la preocupación, por razones comerciales, de que la resolución temprana de la disputa pueda remover el conflicto del proceso arbitral e impedir que las partes hagan pleno uso del arbitraje en sus términos convencionales o,

dicho de otra forma, que la perciban como un impedimento para promover la institución o al árbitro como un medio de resolución de disputas impidiendo sus significativos beneficios. Ganar reputación por facilitar la resolución rápida de disputas, independientemente del método utilizado siempre que sea legítimo, incentiva a las partes a elegir una determinada institución arbitral o a árbitro en el futuro. En consonancia con lo anterior los árbitros y las instituciones arbitrales deben equilibrar las preocupaciones comerciales con la promoción de resoluciones rápidas y eficientes y la reputación conseguida al de facilitar una solución expedita de conflictos constituye un activo valioso, que no solo beneficia a las partes en la disputa al reducir costos y preservar relaciones, sino que también fortalece la posición del árbitro o la institución arbitral en el mercado de resolución de disputas (93).

Puesto que la transacción es un proceso voluntario, la posición de las partes, asesoradas por sus abogados, es de vital importancia. Entre las medidas a adoptar, al lado de la utilización de cláusulas de resolución de litigios de varios niveles que prevean la negociación y/o la mediación antes del arbitraje, se encuentra la oportunidad de considerar cuidadosamente el tipo de proceso de solución de controversias que desean al momento de negociar la cláusula en su contrato, pues las partes deberán consentir en la utilidad de contar con la asistencia de una institución arbitral y un tribunal arbitral que busquen activamente la manera de apoyarles en la resolución de la controversia, eligiendo el reglamento del centro de arbitraje que se acomode a estos requerimientos. Por esta razón, las normas de arbitraje relativas a la facilitación y el estímulo de los tribunales e instituciones tendrán un efecto significativamente reducido si las partes no están dispuestas a comprometerse y trabajar de forma constructiva.

2. Función de las instituciones arbitrales

23. En los últimos años, la eficiencia se ha convertido en una de las principales preocupaciones las instituciones de arbitraje con el consiguiente implemento de procedimientos acelerados y arbitrajes de emergencia y la revisión de reglamentos para aligerar todas las actuaciones (94). Sin embargo, las mejoras visibles en la gestión de los arbitrajes han sido hasta ahora escasas y los retrasos parecen haber aumentado, existiendo, en unos casos, una tendencia a utilizar la mediación independiente y, en otros, una combinación de mediación y arbitraje, lo que sugiere un encuadre más equilibrado en futuras reformas. Cada vez más instituciones arbitrales suministran servicios de mediación u otras formas de ADR, permitiendo a las partes que optan por estos métodos seguir utilizando los servicios de la institución arbitral, aunque en un alcance diferente, reforzando con ello no sólo la versatilidad y la adaptabilidad de la institución y fomentando al mismo tiempo la confianza de las partes en la capacidad de la institución para gestionar eficazmente diversos tipos de resolución de disputas (95).

Paulatinamente, las instituciones arbitrales conceden a los árbitros una mayor autoridad para flexibilizar los procedimientos, con el objetivo de aumentar la eficiencia y rentabilidad del arbitraje promoviendo que los árbitros se esfuercen en diseñar procedimientos personalizados que se adapten a las necesidades específicas de cada caso. En esta línea, al menos algunas instituciones invitan explícitamente a los árbitros a desempeñar un doble papel: no solo resolver el caso mediante la emisión de un laudo, sino también ayudar a las partes a encontrar un acuerdo en una fase temprana del procedimiento, buscando esta dualidad de funciones facilitar una resolución más rápida y económica de las disputas, y fomentar a la vez un ambiente de colaboración y

entendimiento entre las partes implicadas.

En atención a lo expuesto las instituciones arbitrales están en disposición de fomentar la integración de la transacción dentro del proceso arbitral mediante la creación de procedimientos que faciliten la mediación y la conciliación. Muchas ya garantizan servicios de ADR complementarios y otras comienzan a desarrollar mecanismos permisivos para una transición fluida entre el arbitraje y la mediación dentro del mismo procedimiento aumentando con ello la eficiencia del proceso adaptándose mejor a las necesidades de las partes. Sin embargo, frente a lo que acontece con abundantes normas procesales modernas, que a menudo incluyen medidas explícitas para fomentar la transacción en los litigios judiciales, justo es reconocer que los reglamentos de la mayoría de las principales instituciones arbitrales siguen siendo reticentes a regular fórmulas transaccionales tanto en el marco del procedimiento arbitral como a través de mecanismos paralelos como la mediación.

Para otorgar a los árbitros la libertad y la seguridad necesarias en el fomento y facilitación de los acuerdos, las instituciones deberían considerar seriamente la introducción en sus reglamentos de disposiciones tendentes a practicar la transacción, o al menos a proporcionar una orientación clara a los tribunales (en notas prácticas y documentos similares) en torno al alcance de sus poderes en el ejercicio de la transacción y a las expectativas de la institución al respecto. Con esta iniciativa, los centros de arbitraje estarán en disposición de conseguir que sus normas resulten más atractivas para las partes que son reacias al riesgo y conscientes de los costes asociados a los procesos de resolución de litigios.

Implementar disposiciones obligatorias sobre la transacción en los reglamentos permitirá a los árbitros actuar con mayor confianza al sugerir y facilitar acuerdos, avivando un ambiente más colaborativo y eficiente y garantizando a la vez que los procedimientos de resolución de disputas sean más rápidos y menos costosos, sin olvidar que una orientación clara proporcionada por las instituciones contribuye a que los árbitros comprenden mejor los límites y las expectativas de su papel, minimizando el riesgo de actuaciones indebidas y fortaleciendo la confianza de las partes en el proceso. Sintetizando lo anterior, en la facilitación de la transacción, las instituciones arbitrales tienen una responsabilidad especial reduciendo las barreras estructurales establecidas en sus reglamentos y promocionando el desarrollo de una «cultura de la transacción» en la comunidad de árbitros.

IV. HACIA UNA REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA FUNCIÓN FACILITADORA DEL ÁRBITRO

1. Directrices de los foros de unificación

A) Admisión paulatina en los procesos de armonización

24. La visión sobre el papel del tribunal arbitral en la facilitación de soluciones amistosas entre las partes varía significativamente entre diferentes sistemas jurídicos, diversidad de orientaciones esencialmente relacionada con la comprensión de la función del tribunal arbitral o del árbitro dentro del marco jurídico correspondiente. Por lo común, en los sistemas de Derecho anglosajón, el árbitro o el tribunal arbitral es tradicionalmente visto como un mero decisor, cuya función principal es emitir

un laudo vinculante basado en los méritos del caso. Semejante visión subraya la neutralidad y objetividad del árbitro, limitando su intervención a la resolución formal del litigio sin involucrarse en la mediación de disputas. Frente a esta posición en los sistemas de Derecho civil, se avanza hacia un papel más activo del árbitro, que no solo incluya la emisión de un laudo, sino también la facilitación de un acuerdo amistoso entre las partes, asumiendo el árbitro una función dual que abarca tanto la adjudicación como la mediación, lo que refleja una mayor flexibilidad y una visión más integradora en la resolución de conflictos (96). Las diferencias en la visión en torno al papel del tribunal arbitral resaltan las variaciones culturales y jurídicas en la manera en que se entiende y se ejerce el arbitraje en distintas jurisdicciones, por lo que cabe concluir que la cuestión de si el árbitro desempeña un papel en la facilitación de la transacción se sigue considerando de forma diferente en el Derecho anglosajón y en el Derecho civil, e incluso en este último el grado de implicación no se valora de forma unánime (97), aunque la práctica apunta hacia un mayor compromiso. Uno de los indicios más significativos de esta evolución se encuentra en las Notas de la CNUDMI sobre la organización del procedimiento arbitral donde, si se compra la versión de 1996 con la versión de 2016, se observa un cambio notable en la forma en que se concibe el papel del árbitro. Mientras que la versión original subrayaba un encuadre más tradicional y pasivo, la revisión de 2016 incorporó una mayor flexibilidad reconociendo la posibilidad de que los árbitros asumiesen un papel más activo en la facilitación de la resolución de disputa. siempre que lo hagan dentro de los límites de su autoridad y con el consentimiento de las partes (98), reflejando este cambio una introducción del pensamiento que reconoce de una manera gradual la importancia de adaptarse a las necesidades actuales de las partes en el arbitraje. La aceptación del árbitro a estos nuevos postulados, bajo ciertas circunstancias, desempeña indudablemente un papel constructivo en la solución de controversias, sin comprometer su imparcialidad ni su función adjudicativa.

B) Directrices de la IBA y Reglas de Praga

25. Comenzando por las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, cabe retener que la revisión de 2024 de estas Reglas no afectó (salvo una mínima modificación gramatical) a la redacción de la Norma general 4.d) de 2014. Los redactores de esta Norma, representantes diversas culturas jurídicas, en un intento de presentar un punto de vista equilibrado que no favoreciera ninguna práctica nacional, tras reconocer que algunas legislaciones nacionales permiten que el tribunal arbitral asista a las partes en la búsqueda de un acuerdo final durante el procedimiento, consideraron fundamental establecer la necesidad del consentimiento previo de las partes (99). Dicho consentimiento debe ser informado, entendiéndose que implica una renuncia efectiva de las partes a objetar al árbitro por posibles conflictos de intereses. Sobre todo, estos redactores tuvieron en cuenta que algunas legislaciones nacionales exigen que este consentimiento se otorgue mediante un escrito firmado por las partes y con respaldo en esta doble verificación, concluyeron que, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la normativa aplicable, una renuncia expresa parece suficiente, pudiendo otorgarse en una audiencia y quedar reflejada en el acta o en la transcripción de dicha audiencia. En prevención de que las partes utilicen al árbitro como conciliador para luego descalificarlo, enfatizaron que la renuncia sigue siendo válida incluso si la conciliación fracasa. Finalmente, concluyeron que, al dar su consentimiento expreso, las partes deben considerar las consecuencias de que el árbitro participe en el proceso de negociación, incluyendo el riesgo potencial de que el árbitro deba renunciar (100).

La visión sobre el papel del tribunal arbitral en la facilitación de soluciones amistosas entre las partes varía significativamente entre diferentes sistemas jurídicos, diversidad de orientaciones esencialmente relacionada con la comprensión de la función del tribunal arbitral o del árbitro dentro del marco jurídico correspondiente

26. Una de las iniciativas notables que incluyó el «Reglamento sobre la Conducción Eficaz de los Procedimientos de Arbitraje Internacional» (Reglas de Praga) de 2018 (101) fue la introducción de una facultad expresa de un tribunal arbitral para compartir opiniones preliminares, aunque es más escueto en esta materia que las Directrices de la IBA. Aclara sin embargo que, a reserva de las objeciones de las partes, el tribunal tiene como cometido ayudar a llegar a un acuerdo amistoso en cualquier etapa; con el consentimiento por escrito, un miembro del tribunal está en disposición de mediar; y si no tiene éxito, dicho miembro del tribunal continuará el arbitraje con el consentimiento de las partes o será sustituido. De acuerdo con su art. 9.1º. «A menos que una de las partes se oponga, el Tribunal Arbitral podrá ayudar a las partes a alcanzar una solución amistosa de la controversia en cualquier fase del arbitraje»; permitiendo los arts. 9.2º y 9.3º a «cualquier miembro» del tribunal «previo consentimiento escrito de todas las partes», «actuar como mediador para ayudar a la solución amistosa del caso» (102). Partiendo de que este proceso no es nuevo, siempre debe abordarse con cuidado para no dar lugar a una mediación fallida (103), pues si bien este arreglo proporciona aparentemente salvaguardias debido a los requisitos de consentimiento, contratar a un árbitro como mediador de esta manera no deja de presentar riesgos significativos. En particular, si la mediación fracasa, existe la posibilidad de que el árbitro–mediador no pueda reincorporarse al tribunal arbitral, lo que podría provocar un retraso considerable en el procedimiento, siendo cuestionable si este acuerdo quedase fundamentado en una renuncia válida a los derechos fundamentales que protegen los principios procesales esenciales. En definitiva, este tipo de arreglo presenta varios inconvenientes, *v.gr.*, la garantía insuficiente de audiencias contradictorias después de cualquier reunión privada (caucus) del mediador–árbitro, la posible asimetría de información entre los árbitros, y las dudas que podrían surgir sobre la independencia e imparcialidad del árbitro que regresa al tribunal, factores susceptibles de comprometer la integridad del proceso arbitral y la confianza en la equidad del laudo (104).

Las Reglas de Praga, al igual que las recomendaciones de la Comisión CEDR, que veremos a continuación, se fundamentan en tradiciones jurídicas que permiten a los árbitros compartir opiniones preliminares y ayudar a las partes a resolver amistosamente sus disputas. Se ha criticado que no proporcionan una orientación clara ni ofrecen estímulo a los árbitros, especialmente aquellos de tradiciones anglosajonas como en Estados Unidos y el Reino Unido, que cuentan con menor experiencia en estos planteamientos y, por lo tanto, las perciben con poco entusiasmo. La referida

crítica se centra en la falta de protocolos específicos sobre cómo y cuándo los árbitros deben ofrecer opiniones preliminares, lo que genera inquietudes sobre la posible percepción de imparcialidad. Tampoco establecen las Reglas una distinción clara entre el papel del tribunal en facilitar un acuerdo amistoso y la actuación de un árbitro como mediador, lo cual requiere el consentimiento previo por escrito de las partes y esta ambigüedad, generando la percepción de presión sobre las partes para consentir a la mediación. Incluso se llega a afirmar que suscitan más preguntas de las que responde, especialmente en contextos donde la imparcialidad y la claridad del papel del facilitador es de suma importancia (105).

C) Reglamento del CEDR para facilitar la solución en el arbitraje internacional (2009)

27. La *Commission for Settlement in International Arbitration* (CEDR) se constituyó para revisar la práctica actual relativa a la promoción de la solución de diferencias por parte de los tribunales arbitrales internacionales y formular recomendaciones para mejorar este aspecto del proceso para los usuarios finales (106). La Comisión se apoyó en estudios sobre las actitudes de las empresas internacionales hacia la resolución de litigios, concluyendo que las partes generalmente desean resolver sus problemas de manera rentable y eficiente confiando en que esto se logrará mejor a través de un acuerdo negociado. El Informe final de la Comisión de noviembre de 2009 (107) fue acompañado de tres documentos: a) Reglamento del CEDR para Facilitar la Solución de Controversias en el Arbitraje Internacional; b) Descripción de las salvaguardas para los árbitros que utilizan reuniones privadas con cada parte como medio para facilitar la transacción; c) Apéndice sobre el efecto de las ofertas de transacción en el arbitraje. Estos materiales están acompañados con un cuadro con las disposiciones de la legislación y los reglamentos de las instituciones arbitrales de prácticamente todo el mundo relativas al papel de los árbitros en el fomento de la transacción en los procedimientos de arbitraje. Todas estas herramientas se diseñaron para aumentar las perspectivas de que las partes en los procedimientos pudiesen resolver sus controversias sin necesidad de llegar a la conclusión de los mismos.

El informe incorpora como punto de partida tres principios que deben aplicarse a los procedimientos de arbitraje internacional: a) un tribunal arbitral tiene la responsabilidad primordial de producir un laudo, que es vinculante y ejecutable; b) salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral, asistido por la institución arbitral cuando proceda, también debe tomar medidas para ayudar a las partes a lograr una solución negociada de parte o de la totalidad de su controversia; c) al ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, el tribunal arbitral no debe actuar de manera que su laudo pueda ser impugnado (108).

28. Los tres principios enunciados sustentan una serie de Recomendaciones dirigidas a los árbitros, las instituciones arbitrales y las partes y sus abogados diseñadas para aumentar las posibilidades de que las partes en los procedimientos puedan resolver sus controversias sin necesidad de llegar a la conclusión de un procedimiento arbitral internacional y pretenden alcanzar los siguientes objetivos: a) recordar a todos los participantes que los procedimientos arbitrales utilizadas conjuntamente con otros mecanismos para alcanzar resultados eficientes y rentables; b) animar a los árbitros a utilizar técnicas apropiadas a lo largo de la conducción del arbitraje para promover y fomentar la solución, considerándose como tales aquellas que ayudarán a las partes, no darán lugar a impugnaciones

exitosas de su actividad arbitral y no pondrán en peligro la ejecutabilidad de cualquier laudo que el tribunal pueda dictar en última instancia; c) sugerir a las instituciones arbitrales sobre cómo diseñar procesos destinados a facilitar la resolución de litigios y formas de permitir que sean más fácilmente accesibles a las partes en los procedimientos arbitrales; d) elaborar un catálogo de principios que sirvan de orientación cuando las instituciones arbitrales, los tribunales o las partes estén considerando el uso de procesos combinados de resolución y transacción, como Med–Arb, Arb–Med, etc.; y, e) suministrar orientación sobre la redacción de cláusulas de arbitraje que recojan el acuerdo de las partes sobre la visión que debe adoptar el tribunal arbitral para facilitar la transacción (109) .

Estas Recomendaciones están plasmadas en el Reglamento del CEDR para facilitar la transacción en los procedimientos de arbitraje internacional, cuyo objeto es aumentar las posibilidades de que las partes en un procedimiento de arbitraje internacional puedan solucionar sus diferencias sin necesidad de llegar a la conclusión de dicho procedimiento (110) . El Reglamento describe las medidas que los Tribunales Arbitrales deben tomar (y las que no deben tomar) con el fin de facilitar la transacción entre las Partes. Está diseñado para complementar las disposiciones legales y las normas institucionales o *ad hoc* según las cuales las Partes llevan a cabo su arbitraje, incorporándose por acuerdo de las Partes, como parte de las normas de una institución o dentro de una cláusula contractual que exija el arbitraje. De acuerdo con el mismo, el árbitro está en disposición, si las partes lo solicitan por escrito: a) manifestar sus opiniones preliminares sobre el caso y lo que será necesario en términos de pruebas de cada parte para prevalecer en esas cuestiones; b) sugerir términos de conciliación como base para futuras negociaciones; c) presidir una o más reuniones de conciliación a las que asistan representantes de las partes. Y a ello se añade que, si ambas partes lo solicitan, el árbitro puede abrir una «ventana de mediación» para permitir la solución por mediación o cualquier otro método ADR (111) .

29. Siendo evidentes las ramificaciones psicológicas de la facilitación de acuerdos en el contexto del arbitraje internacional (112) , debe reconocerse que el Reglamento CEDR no ha encontrado hasta ahora excesiva resonancia en la comunidad arbitral ni en las normas institucionales de los centros de arbitraje (113) . Las Reglas y Recomendaciones en el ámbito del arbitraje, aunque útiles al proporcionar indicadores discretos, presentan «lagunas» significativas al no abordar ciertas áreas importantes del proceso de facilitación de acuerdos, relacionadas principalmente con la disposición del tribunal para asumir un papel activo en la facilitación de acuerdos, tanto en términos de mentalidad como de técnicas. La razón de ello acaso se deba a la falta de conocimiento profundo sobre los desencadenantes psicológicos en el arbitraje y a la óptica con el que fueron desarrolladas las Reglas, principalmente por profesionales del arbitraje.

Las áreas no cubiertas por las Reglas incluyen: el momento adecuado y los factores que desencadenan el inicio del proceso de facilitación de acuerdos; el proceso de construcción de consenso dentro del tribunal sobre la decisión de facilitar un acuerdo; la autoridad del tribunal arbitral en este contexto; y la distribución de las funciones que ha de asumir los árbitros durante el proceso de facilitación de acuerdos. Indiscutiblemente, tal número de lagunas limita la orientación disponible para los tribunales que buscan manejar activamente el proceso de facilitación de acuerdos en los arbitrajes.

2. Reglamentos de arbitraje

30. Las principales instituciones arbitrales internacionales establecen un régimen favorable para el acuerdo transaccional de las partes que les permite interrumpir su procedimiento arbitral en cualquier momento por consentimiento mutuo. Habida cuenta que la práctica del árbitro facilitador no se ha extendido por completo, algunos reglamentos de arbitraje guardan silencio sobre esta cuestión, pero ello no excluye que un tribunal arbitral preste realmente tales servicios ya que la *lex arbitri* de la sede de dicho tribunal arbitral podría facultarle para prestar asistencia en las negociaciones de conciliación entre las partes (114). Y en otros reglamentos esta posibilidad está excluida por la especificidad de la materia regulada (115).

La evolución de la práctica de la CCI en la materia resulta muy reveladora (116). Tras considerar la necesidad de que los operadores del arbitraje internacional estuviesen familiarizados con las cuestiones relacionadas con la solución amistosa de una controversia arbitral en las distintas fases del procedimiento a propósito de las versiones de 1988 y de 1998 del Reglamento de la CCI (117), un Informe de la Comisión sobre «Control del tiempo y de los costos en el arbitraje», publicado en 2007 (118), ya recomendaba que los tribunales arbitrales informaran a las partes de su libertad para resolver la totalidad o parte de la controversia en cualquier momento durante el arbitraje, ya sea mediante negociaciones directas o a través de otros procedimientos ADR (119); además, el informe sugería la implementación de una conferencia anticipada de gestión del caso, a la que se debería invitar a un representante de cada parte (aunque esto no estaba previsto en el Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente en aquél momento) sugerencia que se plasmó en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de la CCI, vigente desde el 1 de enero de 2021.

De hecho, muchos reglamentos de arbitraje apoyan explícitamente la posibilidad de fijar acuerdos en los laudos por acuerdo de las partes (120), técnica de facilitación que se introdujo por primera vez en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zúrich, y posteriormente se incluyó, en términos más generales, en el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional como parte de su revisión de 2004 (121), figurando en el art. 19.5º de la vigente versión de 2021.

Debe reconocerse que la inmensa mayoría de las instituciones arbitrales no exigen a los tribunales que fomenten o faciliten el acuerdo, pero ya comienza a ser perceptible que la posibilidad de facilitar la resolución rápida de disputas, independientemente de los métodos lícitos empleados para lograrlo, se configura como un factor decisivo para que las partes opten por una determinada institución arbitral. En espera que se consolide y desarrolle una práctica transnacional sobre este tema, como ha ocurrido con otras instituciones arbitrales donde en la actualidad está unánimemente aceptada, cabe realizar un examen prospectivo de las soluciones adoptadas por ciertos reglamentos de arbitraje para extraer algunas orientaciones sobre cómo el árbitro está en condiciones de promover la transacción como parte de su gestión del procedimiento.

La inmensa mayoría de las instituciones arbitrales no exigen a los tribunales que fomenten o faciliten el acuerdo, pero ya comienza a ser

perceptible que la posibilidad de facilitar la resolución rápida de disputas

31. Las perspectivas empleadas para promover la transacción en el arbitraje difieren significativamente en las orientaciones seguidas por las diversas las instituciones arbitrales internacionales:

- i) En la inmensa mayoría no se exige a los árbitros que fomenten o faciliten la conciliación, incluyéndose en este grupo, entre otros, los Reglamentos de la *London Court of International Arbitration* (2020), del *Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute* (2023), del *Singapore International Arbitration Centre* (2016), del *Hong Kong International Arbitration Centre* (2024), del *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)* (2024), o del *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* (2024) (122), que adoptan un punto de vista conservador al guardar silencio sobre las medidas susceptibles de adoptarse para fomentar o facilitar la transacción, limitándose a prescribir las medidas administrativas que debe acoger el tribunal para concluir el arbitraje en caso de que se alcance una transacción (123). Dentro de este marco reglamentario los árbitros poseen la capacidad de orientar a las partes en la dirección apuntada de manera sutil, formulando preguntas específicas que deben ser abordadas en los escritos posteriores a la audiencia, acerca de las áreas de su interés o preocupación.
- ii) Otro bloque de centros de arbitraje opta por aumentar el nivel de intervención facultando expresamente al tribunal para adoptar medidas, en unos casos, y para fomentarlas en otros, encaminadas a la pronta resolución de la controversia o a un acuerdo, incluyendo la posibilidad de mediación o cualquier otra técnica que las partes consideren apropiada para facilitar la resolución de la controversia. En este grupo se encuentran los Reglamentos del *Belgian Centre for Arbitration and Mediation* (2023) (124), del *German Arbitration Institute (DIS)* (2018) (125), del *Vienna International Arbitral Centre (VIAC)* (2021) (126), del *Netherlands Arbitration Institute Foundation (NAI)* (2024) (127), del *Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA)* (2021) (128) y del *Abu Dhabi International Arbitration Centre* (2024) (art. 25.3º.iii) (129), y junto a ellos cabe agregar el Código Ético de Árbitros de la Cámara de Comercio de Milán (2020) (130) y el Reglamento suizo de arbitraje (2021) (131). Aunque situados dentro de una misma tendencia su alcance varía, *v.gr.*, mientras que el Regl. VIAC autoriza al tribunal arbitral («está facultado»), el Reglamento suizo confiere al tribunal arbitral la opción: «podrá», mientras que el Regl. DIS incluso impone al tribunal arbitral la obligación de promover una solución amistosa («deberá»). Mención aparte merece el Regl. CCI, vigente desde el 1 de enero de 2021 donde frente al enunciado de su anterior versión que expresaba que los árbitros podían «informar a las partes [de] que son libres de solucionar la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas», se afirma que pueden «alentar a las partes a sopesar la transacción de todo o parte de la disputa mediante la negociación o a través de cualquier forma amistosa de resolución de disputas».
- iii) Históricamente, los árbitros chinos han sido más propensos a entablar discusiones con las partes para llegar a un acuerdo y a ello responde el modelo en el que se insertan los Reglamentos del

China International Economic and Trade Arbitration Centre (CIETAC) (2024) (132) y del Beijing Arbitration Commission Arbitration (133) del adoptan una postura más decidida.

Bien entendido que, a pesar de estas diferencias de intensidad interventora entre las instituciones arbitrales, todos los reglamentos referidos presentan como denominador común su carácter facultativo, en el sentido de que el tribunal y las partes no están obligados a adoptar las medidas sugeridas en todos los casos e igualmente, las partes no están obligadas a entablar una negociación u otra forma de ADR, como la mediación o el *expert determination*.

V. INTEGRACIÓN DE LA FACILITACIÓN DE ACUERDOS EN LA FUNCIÓN ARBITRAL INTERNACIONAL

1. Reconocimiento específico de la autoridad del árbitro para facilitar la transacción

32. De todo lo que precede se desprende que una característica distintiva del arbitraje internacional moderno es el papel del árbitro en la facilitación de acuerdos, que debe ser capaz de adoptar diferentes ópticas procesales, según las particularidades y complejidades del caso. No existe razón alguna para que la facilitación de acuerdos por parte de árbitros internacionales sea una excepción. Lo que debe guiar al árbitro ante la cuestión de si debe facilitar una transacción entre las partes no es su formación jurídica ni sus convicciones culturales (134) y tampoco las concepciones, ciertas o erróneas, sobre lo que realmente implica la facilitación de la transacción deben disuadir a los árbitros de considerar esta opción. Debe guiarse únicamente por las necesidades de las partes y las complejidades del caso.

En las páginas anteriores hemos podido verificar la tendencia creciente en el arbitraje internacional reclamando de los árbitros la ampliación del papel tradicional que hasta ahora habían desempeñado, desplazándose más allá de la mera dirimencia y adoptando una perspectiva más integral de su misión (135). Es cierto que la función última del árbitro sigue siendo la resolución de la disputa entre las partes, pero los métodos para realizar este cometido son cada vez más diversos y variados. Baste atender a las recientes revisiones de los reglamentos de arbitraje internacional y a las directrices del *soft law* para observar el cambio profundo experimentado por el papel de los árbitros no solo como «dirimientes», sino como «gestores de disputas» (136).

En su misión como «gestor de la controversia», un árbitro se enfrenta a una serie de responsabilidades que incluyen tanto las actividades tradicionales necesarias para garantizar un procedimiento arbitral fluido, como las aptitudes proactivas, menos comunes, incentivadas o exigidas en relación con la facilitación de la solución de la controversia antes de la emisión del laudo final. Aunque los reglamentos y directrices de arbitraje han aumentado la percepción sobre la importancia del papel del árbitro como facilitador de soluciones, es igualmente cierto que por el momento esos instrumentos no brindan orientaciones claras o sugerencias concretas sobre cómo los árbitros deben ejercer efectivamente esta función, dejando un margen significativo para que los árbitros interpreten y adapten su función según las circunstancias de cada caso.

33. El hecho de que el árbitro participe en las discusiones con las partes para llegar a un acuerdo

resulta extremadamente beneficioso. Cada vez está más generalizada la opinión según la cual, aunque el doble papel del facilitador/dirigente ofrece beneficios percibidos desde el punto de vista de una mayor eficiencia, ya que una sola persona dirige todo el procedimiento, y un mayor impulso para llegar a un acuerdo, debido a su papel determinante al dictar el laudo (137) . No obstante, si las negociaciones fracasan, esta práctica se considera desaconsejable, habida cuenta que las funciones de mediador y árbitro son muy diferentes en su actividad y, en algunos aspectos, incompatibles. Gran parte del debate sobre el papel del árbitro en la facilitación de acuerdos debe enfocarse en cómo esta función se integran de manera efectiva en el proceso arbitral sin comprometer la imparcialidad y la independencia del árbitro. La habilidad del árbitro para actuar como facilitador de acuerdos acudiendo, por ejemplo, a técnicas propias de la psicología de la persuasión, no solo responde a las necesidades de las partes, sino que también optimiza el proceso arbitral, haciéndolo más ágil, menos costoso y potencialmente más satisfactorio para todos los involucrados.

Admitiendo que el papel de los árbitros en la promoción de la resolución informal de litigios es un tema que se presta a la discusión y al debate, ha de reconocerse que la integración de la facilitación de acuerdos en la función arbitral internacional moderna no solo es viable, sino también altamente ventajosa, debiendo esta práctica ser vista como una extensión natural del mandato del árbitro, orientado a satisfacer las necesidades de las partes y a resolver las diferencias de manera más efectiva y justa. Fácil es comprender que la facilitación de la transacción dentro del procedimiento arbitral es esencial para mejorar la eficiencia del arbitraje y mantener relaciones comerciales sólidas, de ahí que los abogados y los árbitros deban colaborar para guiar a las partes a lo largo del proceso y considerar todas las opciones disponibles para resolver la disputa de manera efectiva y amistosa.

A fin de cuentas, la disposición dinámica del árbitro en la facilitación de acuerdos no solo mejora la eficiencia del proceso arbitral, sino que también refuerza la capacidad del arbitraje para garantizar soluciones justas y equitativas, alineadas con las expectativas y necesidades de las partes involucradas (138) . En los últimos años, la preocupación por la eficiencia y la economía en el arbitraje ha sido objeto de un debate continuo que ha llevado a la reflexión sobre si el árbitro debe ir más allá de la mera determinación del fondo de un caso y, de ser así, hasta qué punto debe involucrarse en la toma de decisiones de las partes (139) . No hay razón para que un árbitro pierda su imparcialidad por el hecho de haber colaborado en el proceso de conciliación de las partes.

34. La incorporación de esta función dentro del proceso arbitral permite que cualquier acuerdo alcanzado sea rápidamente registrado como laudo arbitral y, por ende, ejecutable bajo la Convención de Nueva York de 1958 (140) , haciendo el proceso más ágil y menos costos y aumentando la eficacia misma del arbitraje como método de resolución de diferencias. La cuestión es si el árbitro debe limitarse a gestionar el procedimiento, recibir pruebas y emitir decisiones, o si ha de adoptar un papel más activo, actuando como gestor de la diferencia, facilitador de soluciones. La mejor respuesta es que los árbitros cuenten con la autoridad inherente para dirigir un arbitraje utilizando todas las técnicas necesarias y el reconocimiento dicha autoridad para facilitar la transacción en los reglamentos y directrices actuales debería disipar cualquier preocupación acerca de la ampliación de los poderes de los árbitros en esta materia, permitiéndoles emplear con mayor frecuencia medidas resueltas para fomentar la solución de las controversias. Existen razones claras

para que el árbitro asuma la responsabilidad de fomentar la transacción. Como observador objetivo que mantiene un contacto regular con las partes y supervisa detalladamente las cuestiones jurídicas en litigio está bien posicionado para comprender las posturas de las partes, lo cual le permite identificar oportunidades para negociar un acuerdo y proponer procedimientos favorables al acuerdo que tengan un impacto mínimo en el calendario procesal.

Contrasta esta situación con la posición de las instituciones arbitrales pues, aunque estas asumen cierta supervisión sobre la conducción del arbitraje, muchas veces no están lo suficientemente cerca de las partes o de las cuestiones legales como para determinar qué medidas son las más adecuadas y cuándo proponerlas. Dichas instituciones raramente se ponen en contacto con las partes para animarlas a explorar sus opciones de transacción, temiendo los árbitros que sugerir un acuerdo pueda parecer una falta de compromiso con sus obligaciones, y preocuparse por la posibilidad de una recusación o de la impugnación de su laudo final. No obstante, en casos donde las partes están firmemente atrincheradas en sus posiciones, cabe estimar que no vale la pena el esfuerzo.

Nunca se insistirá lo suficiente en las ventajas de que el árbitro adopte un papel proactivo en las negociaciones entre las partes. Muchos árbitros, profesionales del arbitraje y académicos reconocen ahora que el paradigma tradicional del árbitro con simples funciones de dirimencia debe ampliarse para incluir la gestión activa del caso en todas las etapas del procedimiento, la pronta resolución de algunas o todas las cuestiones y las actividades que preparan el terreno para la solución, pues esta orientación es una manera eficaz de controlar el tiempo y los costos, así como de reducir las posibilidades de impugnación del laudo.

35. Siendo esta actitud loable y esencial, cuando el árbitro asume el papel de facilitador de la conciliación no dejan de surgir varias preguntas incumbiendo la más importante a la neutralidad e imparcialidad del tribunal arbitral, consideración clave cuando se cuestiona la ejecutabilidad de un laudo y también son motivo de preocupación la integridad de todo el proceso y el acceso equitativo a la información por ambas partes; preocupaciones que se manifiestan especialmente cuando el árbitro asume un papel activo en la conciliación, fomentando el caucus cuando sea necesario.

Quienes han utilizado esta técnica llaman la atención de que no es frecuente que el tribunal arbitral precise retornar al procedimiento arbitral, ya que las partes tienden a llegar a un acuerdo durante la etapa de conciliación, pero también subrayan la importancia de que tanto el árbitro como las partes tengan bien claro la fase del proceso en que se encuentran en cada momento, especialmente cuando se transita de una fase a otra dentro de un proceso combinado y cuando el mismo árbitro debe cambiar de función. Por eso, es recomendable que las partes firmen renunciaciones por escrito reconociendo que son conscientes de los riesgos asociados con el cambio de fase en el proceso de ADR combinado, y que aceptan dichos riesgos con pleno entendimiento de que el tribunal conservará su capacidad de actuar como un tribunal arbitral, emitiendo un laudo definitivo y vinculante que será ejecutable conforme a la legislación del país de la sede y, en su caso, a la Convención de Nueva York. Ahora bien, para que este mecanismo sea operativo no sólo las partes y sus abogados deben estar completamente de acuerdo en su empleo y que tengan bien asumidos los riesgos involucrados, sino que debe darse un marco normativo y reglamentario adecuado en el

sentido de no contrariar las normas procesales de la sede del arbitraje, así como las del Estado donde un eventual laudo arbitral podría ser ejecutado; por último, es necesario asegurarse de que el procedimiento no contravenga ninguna norma de orden público en dichas jurisdicciones.

2. Extensión de la función mediadora al árbitro

36. El debate sobre el papel del árbitro en la facilitación de acuerdos está profundamente influenciado por una cierta terminología incoherente y por malentendidos que rodean estos términos clave mas, una vez clarificadas estas definiciones, es factible avanzar hacia una práctica arbitral más coherente y eficaz beneficiando con ello no sólo a los árbitros y a las partes involucradas, sino que también fortalecerá la confianza en el proceso arbitral como un medio justo y eficiente de resolución de disputas. En gran medida, el debate acerca del papel del árbitro en las actividades de las partes por llegar a un acuerdo, se remontan a una terminología incoherente caracterizada por malentendidos fundamentales. Los términos «fomentar», «promover» y «facilitar» el acuerdo se utilizan a menudo indistintamente, y para abordar adecuadamente este tema han de establecerse definiciones claras y precisas de estos términos. «Fomentar» se entiende como el simple acto de crear un ambiente favorable para el acuerdo, sin implicar necesariamente una intervención activa. «Promover» implica una actitud más dinámica, en la que el árbitro toma medidas específicas para alentar a las partes a considerar el acuerdo. «Facilitar» sugiere un nivel aún mayor de implicación, donde el árbitro no solo anima a las partes a llegar a un acuerdo, sino que también participa activamente en las discusiones y negociaciones, ayudando a las partes a encontrar soluciones y a superar obstáculos. La falta de claridad en estos términos no solo confunde el debate académico y profesional, sino que también afecta a la práctica arbitral misma (141).

Muchos árbitros, profesionales del arbitraje y académicos reconocen ahora que el paradigma tradicional del árbitro con simples funciones de dirimencia debe ampliarse para incluir la gestión activa del caso en todas las etapas del procedimiento

Los árbitros pueden sentirse inseguros acerca de hasta qué punto deben involucrarse en la facilitación de acuerdos y, a su vez, las partes mantener expectativas divergentes sobre el papel árbitro, conduciendo estas incertidumbres a la frustración y al aumento de la desconfianza en el proceso arbitral. Se requiere, pues, un esfuerzo concertado para estandarizar la terminología y las expectativas en torno al papel del árbitro en la facilitación de acuerdos, debiendo las instituciones arbitrales y las asociaciones profesionales desarrollar directrices claras que definan los diferentes niveles de implicación del árbitro y establezcan las mejores prácticas para cada uno, pues esta estandarización ayudará a armonizar las expectativas de las partes y los árbitros, reduciendo el potencial de malentendidos y mejorando la eficacia del proceso arbitral (142). A decir verdad, la formación y la educación continuas de los árbitros son esenciales proporcionándoles una comprensión más profunda de las técnicas de facilitación de acuerdos y de los límites de su función,

fomentando una mayor confianza en su capacidad para gestionar estas responsabilidades de manera adecuada. Los programas de capacitación deben incluir módulos específicos sobre la terminología y las expectativas asociadas con los términos «fomentar», «promover» y «facilitar», asegurando que los árbitros puedan desempeñar sus funciones con claridad y eficacia.

37. Se ha sugerido un punto de vista más pragmático para evitar malentendidos causados por el uso de terminología diferente en el contexto de la mediación comercial internacional y, en lugar de obsesionarse con construcciones abstractas, la atención debería centrarse en qué lo que hacen o pueden hacer los árbitros internacionales en sus empeños por ayudar a las partes a resolver el caso. Con esta orientación, los árbitros estarán en disposición de desempeñar varios papeles que van más allá de la simple resolución de la controversia, entre los que destacan la creación de un ambiente propicio para el acuerdo, el fomento activo de las negociaciones y la facilitación directa de las discusiones entre las partes:

- i) Creando un ambiente propicio para el acuerdo, por ejemplo, estableciendo orientaciones claras desde el principio que alienten la cooperación y la comunicación abierta entre las partes, incluyendo la organización de conferencias preliminares donde se discutan las expectativas de ambas partes y se exploren posibles caminos hacia un acuerdo. Sin duda, el establecimiento de un diálogo continuo y constructivo durante todo el proceso asegura que las partes se sientan escuchadas y comprendidas.
- ii) Acometiendo rápidamente las negociaciones al sugerir oportunidades para el acuerdo en momentos clave del proceso incluyendo la identificación de puntos comunes entre las partes y la propuesta de soluciones creativas que puedan satisfacer los intereses de ambas.
- iii) Utilizando técnicas de mediación para ayudar a las partes a superar obstáculos específicos y avanzar hacia un acuerdo incluyendo la conducción de sesiones de mediación formal, donde el árbitro actúa como intermediario neutral, guiando a las partes a través de un proceso estructurado de negociación y utilizando para ello su conocimiento del caso y su experiencia en resolución de disputas para ayudar a las partes a identificar alternativas viables para llegar a un acuerdo.

Contribuye esta posición pragmática, centrada en las acciones concretas adoptadas por los árbitros, a evitar los malentendidos derivados del manejo de terminología diversa. La presencia de ejemplos claros y detallados de cómo los árbitros ayudan a las partes a llegar a un acuerdo, permite constituir una guía más efectiva y aplicable para la práctica arbitral, siendo esencial desarrollar una comprensión clara de los diferentes grados de implicación del árbitro en la facilitación de acuerdos, pero esta comprensión debe basarse en acciones concretas y en experiencias y habilidades en lugar de definiciones abstractas. Y al adoptar dicha posición, similar a la utilizada en la mediación comercial internacional, se evita la confusión terminológica y mejorar la eficacia del proceso arbitral, beneficiando no sólo a los árbitros y a las partes, sino fortaleciendo la confianza en el arbitraje como un método eficaz y justo de resolución de las diferencias.

38. Un árbitro proactivo que busque facilitar acuerdos desempeña un papel esencial en la resolución de disputas, siempre y cuando respete los principios de imparcialidad y las garantías procesales,

agilizando con ello el procedimiento y centrando a las partes en las cuestiones esenciales, mejorando con ello la eficacia del arbitraje. Ahora bien, la cuestión de si es factible realizar tal función e implicarse en los esfuerzos de las partes para llegar a un acuerdo, ha sido objeto de un controvertido debate a lo largo de las últimas décadas (143).

Se aprecia en la práctica el interrogante de si un árbitro debe realizar una evaluación neutral anticipada en una fase inicial del procedimiento sin haber tenido la oportunidad de revisar a fondo el expediente del caso, cuestión que ha llevado a algunos árbitros a ser reacios a sugerir tal evaluación. Bien entendido que, el eventual esfuerzo adicional que supone revisar el expediente en una etapa inicial del arbitraje no debe interpretarse como una pérdida de tiempo, incluso si las partes no llegan a un acuerdo, pues tal actividad es una forma eficaz de tomar las riendas del proceso, siendo fundamental para agilizar los procedimientos, proporcionando un encuadre adaptado a la controversia individual. Con ello no solo se agiliza el proceso, sino también se ayuda a las partes a identificar y centrarse en las cuestiones esenciales desde una etapa inicial, facilitando así un procedimiento más eficiente y adaptado a las necesidades específicas del caso y, aunque dicha evaluación adelantada no conduzca directamente a un acuerdo, no cabe duda de que ayudará significativamente a las partes y al tribunal a centrarse en las cuestiones clave en juego. Por consiguiente, las consideraciones que el árbitro realice en tal contexto no deben considerarse como determinaciones definitivas de las cuestiones jurídicas, sino como meras tentativas de reflexión para las negociaciones de conciliación entre las partes. Si una de ellas descubre errores en los argumentos y propuestas del tribunal, siempre podrá argumentar en contra y rechazar un acuerdo basado en dichos argumentos o propuestas y, por si fuera poco, intentar, mediante nuevas presentaciones y mociones para la obtención de pruebas, que los árbitros cambien de opinión.

39. En buena medida, este debate no ha suministrado argumentos concluyentes encontrándose el quid de la cuestión en las diferentes percepciones del mandato del árbitro acerca del interrogante de si su papel ha de limitarse a decidir la disputa de las partes, dictando un laudo (144), o si debe esforzarse por resolverla, lo que incluye la participación en las conversaciones entre ellas partes para llegar a un acuerdo. La respuesta a esta pregunta sigue dependiendo en gran parte de la formación jurídica de quienes participan en el debate. Mientras que los árbitros del *common law* son más proclives a considerar su papel únicamente como responsables de la toma de decisiones, los juristas con formación en Derecho civil siguen un planteamiento más liberal y abogan por un papel arbitral proactivo en los intentos de acuerdo de las partes. No es nada nuevo en la evolución de la práctica del arbitraje internacional, donde los enfrentamientos entre las tradiciones del Derecho civil y del *common law* han sido la tónica general. Siempre que los árbitros obtengan, cabe insistir en ello, la renuncia de cada una de las partes a recusarles por una eventual falta de imparcialidad, debido a que proporcionaron una evaluación neutral anticipada, si fracasa la solución y el procedimiento sigue su curso, no habría razón entonces para preocuparse por el derecho de las partes a un proceso justo en relación con una solución transaccional neutral anticipada (145).

Desde la perspectiva asiática (146), es fundamental comprender que en China la integración de la mediación dentro del proceso arbitral se realiza de manera continua y fluida (147). A diferencia de otros países del área como Corea del Sur e Indonesia, donde la mediación se pone en marcha

generalmente al inicio del arbitraje o mediante una suspensión del proceso, el modelo chino permite que dicha mediación sea intercalada a lo largo de todo el procedimiento arbitral (148) . En China si la primera propuesta de mediación no tiene éxito, los árbitros disponen de la suficiente flexibilidad para proponer una nueva mediación después de haber recibido algunas pruebas o escuchado a ciertos testigos. Si estos esfuerzos también fracasan, los árbitros retornarán a la etapa probatoria y a la audiencia de los testigos, manteniendo siempre la posibilidad de ensayar una nueva mediación en cualquier momento antes de emitir el laudo arbitral y no hay obstáculo para que esta operación se repita varias veces durante el procedimiento, sin que se establezca una distinción rígida entre las «fases de mediación» y las «fases de arbitraje». Refleja esta práctica una integración más completa y dinámica de la mediación en el proceso arbitral, característica que distingue al modelo chino de otras pautas seguidas en la región, pues la mediación en China no es vista como una etapa separada o una intervención única, sino como un componente intrínseco y reiterado dentro del arbitraje, lo que permite aprovechar plenamente las oportunidades para resolver el conflicto de manera consensuada en cualquier momento del proceso. Precisamente estas fórmulas flexibles y adaptativas se configuran como un rasgo distintivo, subrayando la importancia cultural y pragmática de la mediación en la resolución de disputas en este contexto (149) .

40. Siendo consustancial a su función, el mediador debe estar preparado para asumir el papel de facilitador, evaluador o transformador, o adoptar una combinación de estos estilos, en función de lo que requieran las partes y la controversia permitiendo esta orientación flexible adaptar su intervención a las necesidades específicas del caso, lo que maximiza las posibilidades de alcanzar una resolución satisfactoria para todas las partes involucradas. Ante las innegables diferencias entre mediación y arbitraje, tanto las partes como los abogados y árbitros podrían beneficiarse significativamente al integrar las lecciones del estímulo de la mediación en la preparación, práctica y, potencialmente, en la consecución de soluciones transaccionales. En esencia, la mediación se fundamenta en la negociación, una habilidad que, si se aplica adecuadamente, contribuye a una mayor eficacia y economía en los procedimientos donde el papel del árbitro conduce a optar por una implicación mínima, absteniéndose de mencionar siquiera la posibilidad de un acuerdo entre las partes.

Entre algunos árbitros pertenecientes a la cultura jurídica anglosajona se ha consolidado una postura común que descansa en la creencia de que las partes que recurren al arbitraje buscan una decisión vinculante sobre su disputa y, por lo tanto, cualquier intervención del árbitro para facilitar un acuerdo podría percibirse como inapropiada. Sin embargo, esta visión pasiva no siempre satisface las necesidades de las partes ni ser el más eficiente y a medida que se avanza a lo largo de la práctica, vislumbrándose grados crecientes de implicación del árbitro en la facilitación de acuerdos.

Algunos árbitros optarán por crear un ambiente propicio para la negociación, mencionando sutilmente la posibilidad de una transacción durante las conferencias preliminares, sin que esta práctica comprometa la neutralidad del árbitro, pero sí alienta a las partes a considerar la posibilidad de un acuerdo. Ahora bien, en un nivel más voluntarista, el árbitro sugerirá formalmente oportunidades de mediación o incluso actuar como mediador en momentos específicos del procedimiento y en tal habilidad utilizar su conocimiento del caso y su experiencia en resolución de

disputas para ayudar a las partes a identificar soluciones viables y a superar obstáculos específicos. Por último, en el extremo más alto del proceso, el árbitro desempeñará un papel innovador trabajando estrechamente con las partes no limitándose a resolver la disputa actual, sino también contribuyendo a modelar una nueva relación entre ellas y prevenir futuros conflictos, requiriendo este nivel de implicación un alto grado de habilidad y sensibilidad por parte del árbitro, así como una clara comprensión de las expectativas y necesidades de las partes.

4.1. Asumiendo que comparten algunos objetivos comunes la mediación y la facilitación son dos métodos de resolución alternativa de disputas que difieren significativamente en su orientación y en el papel que desempeña el facilitador en cada proceso. Constituyen dos mecanismos de resolución de conflictos que comparten similitudes, como ser procesos voluntarios, confidenciales y colaborativos orientados a mejorar las relaciones y alcanzar resultados positivos, pero también presentan diferencias notables en cuanto a su alcance, función y resultados. La facilitación generalmente implica a un grupo más grande de operadores que persigue un objetivo común, mientras que la mediación involucra a un número menor de personas con un conflicto específico, centrándose el facilitador se centra en guiar al grupo hacia una decisión colectiva o un plan de acción consensuado, mientras que el mediador trabaja para resolver diferencias individuales y llegar a un acuerdo escrito entre las partes.

En situaciones de conflictos más profundos, la mediación es el método preferido, especialmente cuando la neutralidad y la imparcialidad del mediador son clave para llegar a un acuerdo. En cambio, la facilitación es más apropiada para discusiones colaborativas y estratégicas en grupos grandes, donde el conflicto no es el foco principal, aunque en algunos casos, los límites entre ambos instrumentos se difuminan, especialmente cuando surgen discrepancias dentro de un grupo que inicialmente se convocó para una facilitación.

Tanto la facilitación como la mediación requieren la voluntad de las partes para participar y cooperar en la resolución de los problemas. La elección entre facilitación y mediación dependerá de la naturaleza del conflicto, el número de participantes, y el objetivo final, ya sea alcanzar un consenso grupal o resolver un conflicto específico. Por ejemplo, en contextos donde las disputas están muy enraizadas, como en el marco de la construcción, es de utilidad combinar ambas herramientas para mejorar tanto las relaciones como los resultados estratégicos. En la práctica, la mediación tiende a involucrar a un mediador que escucha a las partes, ayuda a reducir las diferencias y modera la comunicación para llegar a una solución aceptable, la facilitación por el contrario se enfoca en guiar al grupo en el proceso de toma de decisiones y en alcanzar objetivos comunes, con el facilitador proporcionando orientación y estructura al proceso.

En una sesión de mediación, el mediador generalmente comienza con una declaración de apertura que refuerza los objetivos de este mecanismo, estableciendo un marco claro y neutral para el diálogo. A continuación, dirige un debate estructurado, utilizando diversas técnicas diseñadas para fomentar la participación activa de las partes, descubrir sus intereses subyacentes y crear un entorno de colaboración. Entre estas técnicas, el mediador emplea preguntas abiertas y específicas, replantea los problemas, y facilita sesiones de intercambio de ideas utilizando para ello estrategias

para aliviar tensiones y superar puntos muertos en las negociaciones y al mismo tiempo llevar a cabo reuniones privadas con cada una de las partes para obtener información confidencial, lo que le permite ayudar a los participantes a evaluar objetivamente los puntos fuertes y débiles de sus posiciones. Si el conflicto no se resuelve a través de la mediación, el mediador sugerirá vías alternativas para abordar el conflicto, siempre respetando la autonomía de las partes en la toma de decisiones (150).

42. El facilitador en un proceso de transaccional generalmente no adopta el encuadre participativo y colaborativo privativo de la mediación, diferenciándose sus esfuerzos para llegar a un acuerdo en varios aspectos clave. A menudo, en lugar de guiar a las partes hacia dicho acuerdo a través del diálogo y la exploración de intereses, el facilitador ejercerá una función más activa en la propuesta de soluciones o en la evaluación de las posiciones de las partes aproximándose a la forma de cuasi-mediación, donde sugiere opciones de resolución o incluso da su opinión sobre el posible resultado de la disputa. La distinción entre mediar y cuasi-mediar es un referente clave para entender que las iniciativas de facilitación no son uniformes; en lugar de ello, consisten en un conjunto de técnicas diversas, siendo algunas de ellas apropiadas en determinados contextos, mientras que otras pueden no serlo, especialmente en el caso de los árbitros que intentan facilitar casos. Basten esas observaciones elementales para concluir que tanto los facilitadores como las partes involucradas han de comprender bien las diferencias entre mediación y facilitación procediendo a seleccionar el instrumento más adecuado según la naturaleza del conflicto y las expectativas de los participantes.

A lo largo de este abanico de grados crecientes de implicación del árbitro en la facilitación de acuerdos, un punto intermedio podría ser aquel donde éste crea un ambiente propicio para la negociación, mencionando la posibilidad de una transacción durante las conferencias preliminares, con lo cual no compromete su neutralidad, pero sí promueve un diálogo conducente a una resolución amistosa de la disputa

En el arbitraje comercial internacional, muchas disputas requieren una resolución informal entre las partes. Al abordar esta necesidad, tanto las partes como los árbitros deben considerar cuestiones fundamentales, prácticas y éticas. Una cuestión clave es el papel del árbitro en ayudar a las partes a resolver su controversia mediante negociaciones si las partes no han acordado previamente cuál debe ser el rol del árbitro en este aspecto. Y otras preguntas importantes incluyen la eventualidad de que el árbitro se limite a garantizar que el arbitraje concluya con un laudo ejecutorio justo, eficaz y rápido, si debe también ofrecer ayuda para que las partes alcancen una resolución por sí mismas, si ha de asegurarse el arbitraje proporcione a las partes varias opciones para resolver sus diferencias, si es adecuado que el árbitro sugiera o participe en discusiones para llegar a un acuerdo y, si esto es así, cuál es el grado apropiado de participación, en qué tipo de casos, cuándo y bajo qué normas.

Estas cuestiones requieren una evaluación cuidadosa. Un árbitro proactivo abrirá, en muchos casos, nuevas oportunidades para que las partes resuelvan sus diferencias de manera más eficiente y efectiva, siempre y cuando se mantengan los principios de imparcialidad e independencia (151). La mediación y otros métodos alternativos de resolución de disputas resultan buenos complementos para la práctica actual del arbitraje, ofreciendo soluciones que en su modalidad tradicional era

incapaz de alcanzar.

Por lo tanto, la consideración de estos factores contribuye a mejorar la calidad del arbitraje, a proporcionar a las partes mayor flexibilidad y control sobre la resolución de sus diferencias, y a crear un entorno más cooperativo y menos contencioso.

3. Ética del facilitador

A) Imparcialidad e independencia

43. Los árbitros deben ser cuidadosos al promover acuerdos, asegurándose de no comprometer su apariencia de imparcialidad e independencia. La planificación conjunta temprana y el consentimiento informado son herramientas clave para diseñar un proceso arbitral que sea justo, transparente y adaptado a las necesidades específicas de las partes, garantizando así un procedimiento eficiente y confiable. Si las partes desean un proceso de resolución de conflictos que exceda las salvaguardas establecidas, deberán recurrir a la mediación separada u otros mecanismos alternativos de resolución de disputas (ADR), sin involucrar al tribunal arbitral. En tales casos, es imperativo que las partes opten por vías que permitan una mayor flexibilidad y confidencialidad garantizando que el tribunal arbitral mantenga su papel resolutor sin comprometer su independencia, y que las partes puedan explorar soluciones más creativas y colaborativas a través de métodos alternativos adecuados para sus necesidades específicas.

Es fundamental que los árbitros nunca den la impresión a las partes de que están más interesados en que estas lleguen a un acuerdo que en resolver la disputa mediante un laudo final. De hecho, deben tener sumo cuidado en mantener y aparentar ser imparciales e independientes, minimizando así la posibilidad de que alguna de las partes pierda la confianza en la imparcialidad e independencia del árbitro debido a su conducta al promover un acuerdo. El consentimiento informado de las partes para el uso de técnicas específicas, para las cuales dicho consentimiento es aconsejable, tiene como objeto proteger al árbitro de una recusación basada en el empleo de dichas técnicas.

En este contexto, el árbitro se limita a evaluar las reclamaciones y defensas presentadas, proporcionando a las partes una valoración imparcial de la posible resolución conforme a los derechos aplicables, reduciendo esta metodología las oportunidades de sesgo percibido y garantiza que el proceso arbitral se mantenga dentro de los límites de la equidad y la justicia procesal. Aunque se renuncia a los beneficios potenciales de las sesiones privadas, se preserva la confianza de las partes en la imparcialidad del árbitro.

La actuación del árbitro facilitador plantea cuestiones éticas delicadas pues habitualmente recibe de las partes información confidencial que nunca deberá revelarse ni se admitirá como prueba en un procedimiento contradictorio

La posibilidad de abstenerse por completo de sesiones privadas elimina lo que a menudo se considera una de las herramientas de mediación más eficaces. No obstante, esta abstención es el remedio más seguro, ya que evita tanto el riesgo de incumplir las garantías procesales como la posible erosión de la confianza de las partes en el árbitro. Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA respaldan esta postura, al facultar al tribunal arbitral para hacer propuestas de acuerdo «a ambas partes simultáneamente, y preferiblemente en presencia de cada una de ellas». Y añaden que «no es deseable que un árbitro discuta los términos de la transacción con una de las partes en ausencia de la otra», ya que esto arrastraría a la descalificación del árbitro. Estas directrices de la IBA influyen significativamente en los tipos de actividades de transacción para cuya práctica el árbitro debe realizar, pues dichas actividades difieren de las del mediador en sentido estricto, no estando el árbitro facultado para participar en una mediación facilitadora y basada en los intereses de las partes. Es más probable que su intervención sea de naturaleza evaluativa y basada en los derechos, lo que implica una apreciación objetiva de las posiciones de las partes y una aplicación estricta de las normas legales pertinentes.

B) Confidencialidad

44. La actuación del árbitro facilitador plantea cuestiones éticas delicadas pues habitualmente recibe de las partes información confidencial que nunca deberá revelarse ni se admitirá como prueba en un procedimiento contradictorio para mantener, entre otras cosas, la reputación empresarial de las partes litigantes, extendiéndose a las audiencias, los debates, las negociaciones, los documentos, los resultados obtenidos de los datos obtenidos del. En suma, toda la información de la que tengan conocimiento las partes durante el procedimiento debe ser confidencial (152) . Dicho esto, el consentimiento de las partes para que un mediador o conciliador asuma posteriormente el papel de árbitro en el mismo procedimiento debe ser explícito y comprensivo respecto a cómo se manejará la información confidencial obtenida durante la mediación o conciliación (153) .

Debe tenerse presente que muchas conversaciones de mediación–conciliación, llevadas a cabo antes o durante el arbitraje con o sin la asistencia de un tercero neutral, fracasan por las razones que sean y el arbitraje comienza o continúa. En tal situación, una parte se sentirá inclinada a introducir en el procedimiento arbitral subsiguiente opiniones, admisiones, propuestas, sugerencias, indicaciones de disposición a aceptar una determinada propuesta de acuerdo, realizadas por escrito u oralmente por la otra parte durante las negociaciones de acuerdo oponiéndose a tal compromiso argumentando que sus declaraciones realizadas durante las negociaciones de conciliación o los procedimientos ADR para lograr un acuerdo entre las partes de la controversia no deben admitirse como prueba en el arbitraje posterior porque están protegidas por el secreto profesional (154) . Es importante subrayar que toda conferencia de este tipo está sujeta al «privilegio de transacción» (155) , lo cual implica que, en caso de que no se logre un acuerdo y el tribunal arbitral deba emitir un laudo, ninguna de las partes podrá invocar las declaraciones o comunicaciones realizadas durante la conferencia de conciliación, y el tribunal arbitral no podrá basar su laudo en ellas (156) . Ni que decir tiene que este entendimiento debe ser claramente acordado de antemano entre el tribunal arbitral y las partes para asegurar la integridad del proceso y la protección de los principios fundamentales de confidencialidad y neutralidad.

45. Este consentimiento debe abordar específicamente la manera en que el árbitro tratará dicha información, dado que su función varía de facilitador a decisor. Una opción aboga por que el consentimiento de las partes incluya una disposición que requiera al árbitro revelar a todas las partes cualquier información confidencial que haya recibido durante las reuniones privadas en la mediación o conciliación, debiendo el árbitro debería proporcionar a las partes la oportunidad de comentar dicha información antes de utilizarla en la toma de decisiones durante el arbitraje, asegurando así la transparencia y equidad del proceso. Alternativamente, las partes acordarán que el árbitro no tendrá en cuenta la información confidencial obtenida durante la mediación o conciliación al momento de resolver el conflicto. Bajo esta disposición, el árbitro no estaría obligado a revelar dicha información, preservando su confidencialidad y evitando que influya en el laudo arbitral, pudiendo esta alternativa ser preferida en contextos donde las partes deseen mantener estricta la confidencialidad de las discusiones mantenidas durante la fase de mediación o conciliación.

No hay que encarecer la importancia de que el consentimiento de las partes sea claro y específico sobre cómo se gestionará la información confidencial, para prevenir futuros conflictos y asegurar que todas las partes comprenden y aceptan las implicaciones de la transferencia de las funciones del mediador o del conciliador a la misión de árbitro. Por esa razón, cuando recibe información confidencial de una de las partes durante una etapa de mediación– conciliación en el contexto de un arbitraje, y dicha etapa culmina sin que se haya alcanzado un acuerdo para resolver la controversia, es imperativo que, antes de reanudar el procedimiento arbitral, el árbitro revelen a todas las partes cualquier información que considere esencial para el buen funcionamiento del procedimiento arbitral (157), respondiendo este deber de divulgación a la necesidad de mantener la equidad, la transparencia y la imparcialidad en el proceso arbitral, evitando que cualquier parte se vea en una posición de desventaja debido a la asimetría de la información. La obligación de revelar información esencial se impone al árbitro como una medida para asegurar que todas las partes tengan acceso a la misma base de información, lo que es fundamental para preservar la confianza en el proceso y en la imparcialidad del árbitro, garantizando con ello que las decisiones se tomen sobre la base de un conocimiento completo y equitativo de los hechos relevantes.

En todo caso los representantes de partes y el(los) facilitador(es) estarán obligados a firmar un acuerdo de confidencialidad que prohíba introducir en el procedimiento de arbitraje cualquier información revelada o desarrollada en el proceso de mediación–conciliación y que, por lo demás, no sea descubrible de forma independiente. El acuerdo de confidencialidad deberá prohibir, al mismo tiempo, introducir en el procedimiento de arbitraje cualquier información revelada o desarrollada en el proceso de conciliación y que, por lo demás, no sea descubrible de forma independiente

La firma de acuerdos de confidencialidad se ha convertido en una práctica habitual en este tipo de operaciones debido a la creencia de que la privacidad promueve la franqueza y la asunción de riesgos en las discusiones para llegar a un acuerdo. Obviamente, es imposible garantizar una confidencialidad total cuando el mediador también actúa como árbitro. No obstante, este criterio debería contribuir a levantar un muro entre el acuerdo y el arbitraje.

C) Pautas de comportamiento

46. Partiendo del dato de que, hoy por hoy, muchos árbitros experimentados no conciben que su función arbitral se extienda a la promoción de un acuerdo, condicionando su genuina misión, surge la compleja cuestión de determinar si las obligaciones éticas de los árbitros deberían comprender la promoción de una pronta resolución de una diferencia por medio este cauce y, en caso afirmativo determinar el alcance de estas obligaciones. Complementariamente, con carácter extensivo, sería oportuno determinar el alcance de las obligaciones que incumben a los abogados y las partes interesadas en esta función transaccional. La apuntada percepción se apoya en datos indiscutibles, como la sensación de incomodidad que algunos árbitros percibirán al cambiar a una función de facilitación, ya sea porque requiere diferentes habilidades y una mentalidad diferente, o porque la consideran incompatible o incluso perjudicial para la función arbitral. Y a ello se añade que, aunque el doble papel del facilitador aporte beneficios percibidos desde el punto de vista de una mayor eficiencia, dado que una sola persona dirige todo el procedimiento, y un mayor impulso para llegar a un acuerdo, toda vez que cuenta con un papel determinante a la hora de dictar el laudo si las negociaciones fracasan, esta práctica se considera desaconsejable, teniendo en cuenta que las funciones de mediador y árbitro son muy diferentes en su puesta en práctica y, en algunos aspectos, incompatibles. Cabe retener que la mediación se basa en la confidencialidad y la avenencia, buscando fomentar un ambiente colaborativo para alcanzar un acuerdo (158) ., mientras que el arbitraje se centra en la imparcialidad y en la aplicación estricta de la ley para emitir un laudo vinculante. Resulta inevitable que la combinación de ambas funciones en una sola persona genera conflictos de intereses y comprometa la percepción de imparcialidad del árbitro, lo cual es fundamental para la legitimidad del proceso arbitral.

Por lo general las partes suelen aprobar la actividad de los árbitros en la facilitación de acuerdos al incrementarse la probabilidad de alcanzar una resolución justa, pero en ocasiones son reacias a discutir propuestas de acuerdo con el árbitro o a rechazar una propuesta del árbitro por temor a que influya en su opinión sobre el fondo del asunto y, en consecuencia, alcanzar un laudo final adverso si no se llega a un acuerdo materializándose en la oposición a que el árbitro realice su actividad transaccional (159) .

Teniendo presentes estos recelos y admitida la opción facilitadora, como punto de partida, el árbitro debe:

- i) Aceptar participar en las discusiones conciliatorias solo con el acuerdo expreso y por escrito de todas las partes (no solo de los abogados) y solo de conformidad con los términos y condiciones del acuerdo expreso de las partes. La intervención del árbitro en la facilitación de acuerdos ha de practicarse siempre con el consentimiento expreso de las partes, asegurando que cualquier intento de avenencia se realice de manera voluntaria y colaborativa.
- ii) Adaptar el proceso a las partes y a la naturaleza de la disputa, asegurarse de que reúne las habilidades y cualidades personales necesarias para ayudar a las partes a encontrar una solución a su disputa, respetando la autonomía de las partes sin imponer, en ninguna circunstancia, negociaciones de conciliación a aquellas que no estén interesadas en ellas; ello implica promover la solución amistosa de la controversia tras una cuidadosa evaluación de la naturaleza de la controversia, de los intereses comerciales subyacentes y de las posiciones jurídicas de las

partes, así como de los indicios que se perciba de las partes en cuanto a su voluntad de llegar a un acuerdo. Para ello deberán evitar tendencias hacia la solución de la controversia de carácter sorpresivo y proporcionar por escrito a las partes sus opiniones y consideraciones jurídicas preliminares.

- iii) Estar atento a las dinámicas y contextos específicos de cada caso, evaluando cuidadosamente cuándo y cómo proponer la facilitación de la transacción (160), teniendo muy en cuenta la sensibilidad y los intereses y preocupaciones de las partes para mantener la confianza en el proceso arbitral, lo cual entraña actuar con prudencia y tacto, promoviendo la facilitación de la transacción solo cuando sea apropiado y deseado por las partes.

Sin duda todas estas acciones no solo mejorarán la eficiencia del procedimiento, sino que preservarán la integridad y equidad del arbitraje, garantizando que las partes se sientan escuchadas y respetadas en todo momento.

47. Todos los aspectos de las negociaciones conciliatorias serán confidenciales, a menos que todas las partes y el árbitro acuerden expresamente lo contrario por escrito o en acta. Como se verá más adelante, la participación del árbitro en las conversaciones facilitadoras no será alegada por ninguna de las partes como motivo para recusar al árbitro o para impugnar cualquier laudo dictado por el árbitro (161).

Otra preocupación con respecto a la facilitación de la transacción es que los árbitros puedan declinar de su mandato de decidir el caso utilizando ésta como un atajo y que las partes se sientan coaccionadas a llegar a un acuerdo, aunque hubieran preferido un laudo convencional. Por ello los árbitros nunca deben dar la impresión a las partes de que están más interesados en que éstas lleguen a un acuerdo de transacción que en resolver la controversia mediante un laudo final. Concretamente, durante las conversaciones para llegar a un acuerdo, el árbitro no insinuará su punto de vista sobre las pruebas o el resultado probable sobre el fondo si el arbitraje sigue adelante, y tratará de evitar la apariencia de coaccionar a cualquiera de las partes.

El árbitro no debe juzgar la credibilidad de ningún testigo sobre la base de que éste haya sido representante de una parte durante las conversaciones para llegar a un acuerdo o cualquier cosa dicha por, sobre o atribuida al testigo durante las conversaciones para llegar a un acuerdo, aplicándose este postulado tanto si las conversaciones para llegar a un acuerdo tienen lugar antes o después de la audiencia probatoria en la que declara el testigo, o antes o después de la presentación de una declaración escrita por parte del testigo. El árbitro no debe juzgar el caso de una parte a la luz de una posición intratable mantenida por ella durante las discusiones facilitadoras, especialmente cuando o percibe una base aparentemente válida y objetiva para resolver las diferencias de las partes, utilizando con éxito estas reglas básicas, de una forma u otra, en los arbitrajes comerciales internacionales pues con reglas como estas, es posible evitar que el arbitraje asuma una patología propia y permitir que las partes tomen el control de su diferencia y de la solución a su diferencia. Por estas razones, es conveniente y a menudo necesario que un árbitro pregunte y participe en las discusiones con las partes para llegar a un acuerdo.

En caso de que el árbitro deba reanudar su función arbitral después de participar en las discusiones conciliatorias, deberá comprometerse expresamente a decidir sobre el fondo del asunto a la luz del expediente desarrollado en el arbitraje, teniendo especial cuidado de no añadir subconscientemente al expediente arbitral información adquirida de manera informal y extraoficial durante las discusiones conciliatorias.

VI. ACTUACIONES FACILITADORAS

1. Consentimiento de las partes

48. La oportunidad de que el tribunal arbitral asista a las partes para llegar a una solución de su controversia durante el curso del procedimiento arbitral se va abriendo camino, aunque aún no se ha generalizado (162) . En algunos casos, el tribunal les preguntará directamente en una fase inicial del procedimiento, por ejemplo, en la conferencia de gestión del caso, si desean recibir asistencia de los árbitros en una fase posterior del procedimiento con respecto a la facilitación de una solución amistosa. En otros casos, las partes presentarán una solicitud conjunta al tribunal durante el procedimiento para que les asista en la facilitación de un acuerdo, ya sea por iniciativa propia, o a petición del tribunal arbitral.

La facilitación de la transacción sobre una base de exclusión voluntaria es coherente con una de las razones de ser del arbitraje: la resolución rápida y eficaz de controversias,

Ya hemos hecho referencia con anterioridad a la noción de «consentimiento informado» y es procedente ahora detenerse en ella (163) . Por regla general constituye una renuncia efectiva a cualquier posible conflicto de intereses (164) , aludiendo dicha noción a la situación jurídica en la que partes aceptan, de manera voluntaria y con pleno conocimiento una actuación propuesta por el facilitador y presenta dos variantes: el «consentimiento de participación», referido a la decisión de una parte de involucrarse en el proceso de mediación; y el «consentimiento de resultado», que indica el nivel de comprensión que una parte tiene sobre las consecuencias del acuerdo que se alcanza durante la mediación (165) . De ahí la necesidad de que árbitro cuente con un acuerdo expreso de las partes en el sentido de que actuar de tal manera no le inhabilite para seguir desempeñando su función como árbitro si la mediación fracasa, considerándose este acuerdo explícito como una renuncia efectiva a cualquier posible conflicto de intereses que pueda surgir de la participación del árbitro en dicho proceso o de la información que el árbitro pueda conocer en el mismo. Dicho acuerdo ha de redactarse en términos ser claros y detallados, especificando que las partes comprenden y aceptan que la participación del árbitro en la facilitación de acuerdos no afectará su imparcialidad ni su capacidad para continuar en su función arbitral (166) .

El arbitraje sigue abierto a una consideración menos «intervencionista» si las partes desean conservar un mayor control de las negociaciones de mediación, por esa razón, acordar *ex ante* un

arreglo que proporcione más estructura a las negociaciones de solución en caso de litigio permite a las partes recuperar parte de esa autonomía. Al fin y al cabo, la elección por las partes de un conjunto concreto de normas de arbitraje que proporcione un marco específico para facilitar el acuerdo es, en sí misma, una forma de consentimiento anticipado. En consecuencia, dicha elección también debe interpretarse como una renuncia al derecho a recusar la imparcialidad de los árbitros basándose en su participación en la facilitación de la transacción, especialmente si las normas institucionales así lo estipulan expresamente.

Por último, la facilitación de la transacción sobre una base de exclusión voluntaria es coherente con una de las razones de ser del arbitraje, la resolución rápida y eficaz de controversias, por la que las partes probablemente han elegido este mecanismo de resolución de controversias en primer lugar.

49. En cuanto a la forma no existe unanimidad en las leyes estatales y en los reglamentos de arbitraje, si bien concurre una tendencia mayoritaria a considerar la posibilidad de que el acuerdo se celebre verbalmente o incluso implícitamente, es decir, demostrarse mediante cualquier acto que indique el asentimiento de la parte a los esfuerzos de solución propuestos, lo que incluye la participación sin reservas de una parte en cualquier actividad de facilitación del acuerdo. Ciertos sistemas, sin embargo, requieren que el acuerdo esté documentado de manera formal, ya sea mediante un intercambio de correspondencia oficial o a través de un acta firmada durante una audiencia.

Generalmente, el consentimiento informado de las partes descrito es suficiente, en contraposición al consentimiento sometido a formalidades que, en ciertas jurisdicciones requiere una firma, constituyendo dicho consentimiento una premisa primordial de la facilitación de la transacción, en el sentido de que los litigantes son libres de renunciar a dicha operación en cualquier momento (167). Las partes pueden prestarlo incluso unilateralmente, cuando una de ellas retira formalmente su consentimiento o abandona la negociación. En caso de que no se haya firmado ninguna renuncia expresa antes de iniciar el procedimiento híbrido, sigue siendo factible argumentar que las partes renunciaron implícitamente a los posibles conflictos derivados de la actuación del árbitro como mediador mediante su consentimiento al procedimiento mixto. Al no estar las partes obligadas a que la misma persona actúe como mediador y como árbitro su elección consciente de permitirlo debe constituir una renuncia implícita a recusar al árbitro–mediador por atenerse a su acuerdo (168).

En la práctica, el requisito del consentimiento queda registrado en el acta de misión o en la transcripción de la primera conferencia sobre la gestión del caso para impedir que las partes utilicen la transacción como un medio para descalificar al árbitro, incluso si dicha transacción no consigue materializarse, asumiendo las partes el riesgo de la información que el árbitro pueda conocer durante el proceso de transacción. Evidentemente, resulta perentorio el consentimiento de las partes para facilitar la transacción en el sentido de que un árbitro nunca debe obligar a las partes a llegar a un acuerdo en contra de su voluntad.

50. Dejar constancia del consentimiento de las partes mediante el intercambio de correspondencia o en el acta de cualquier audiencia de facilitación de la transacción se considera una medida prudente. Los tribunales experimentados suelen solicitar de manera sistemática el consentimiento expreso de

las partes para la participación del tribunal en cualquier facilitación de la conciliación, aparte de asegurar la renuncia a cualquier derecho de recusar al árbitro basado en su participación en dicho proceso. Dicho con otras palabras, las partes deben acordar expresamente, por escrito o en el acta, que la participación del árbitro en las conversaciones conciliatorias no será alegada por ninguna de las partes como motivo para descalificar al árbitro o para impugnar cualquier laudo dictado por el árbitro. La documentación de este consentimiento y la renuncia explícita no solo protege al árbitro, sino que también promueve un ambiente de transparencia y confianza, siendo esta práctica fundamental para salvaguardar la equidad y la eficacia del arbitraje, asegurando que todas las partes se sientan seguras y respetadas en sus derechos y expectativas.

Desde una perspectiva probatoria y de gestión de riesgos, es fundamental que los tribunales arbitrales obtengan y documenten el consentimiento expreso de las partes para participar en la facilitación de la conciliación. En la materialización de este objetivo, los tribunales arbitrales experimentados solicitan sistemáticamente a las partes que den su consentimiento expreso a la participación del tribunal en cualquier intento de facilitación, que debe ser claro y documentado, asegurando que todas las partes acepten las implicaciones de tal participación, resultando a atinado que se solicite a las partes que renuncien a cualquier derecho a recusar a un árbitro basándose en su participación en la facilitación de la conciliación, renuncia que debe estar igualmente documentada para no dar lugar a malentendidos y proteger al árbitro de posibles recusaciones infundadas.

La constancia del consentimiento y la renuncia explícita no solo protegen al árbitro y al proceso arbitral, sino que también promueven un ambiente de transparencia y confianza. Al hacerlo, se refuerza la percepción de imparcialidad y se fomenta la cooperación entre las partes, lo que constituye un elemento esencial para el éxito de cualquier intento de conciliación (169).

2. Mecánica de las actuaciones

51. El proceso facilitador se rige por la buena voluntad de las partes en conflicto para llegar a un entendimiento contando éstas con el control último del proceso, lo que significa que una parte está en disposición de abandonarlo en cualquier momento. La preparación es clave para conseguir un resultado eficaz, para lo cual cada parte debe prepararse adecuadamente, comprendiendo plenamente su propia posición y de la contraparte, incluidas las razones que las impulsan y los resultados que buscan, siendo de gran ayuda para buscar una resolución que refleje sus intereses subyacentes y maximice los beneficios conjuntos sin sugerir cuál debería ser la resolución proponiendo, por ejemplo, que las partes dejen de lado el empleo de nociones y recursos legales concibiendo su controversia como un problema cuya mejor solución sea que las partes sigan adelante. Habitualmente en la práctica los árbitros recurren a intervenciones poco intrusivas, como sugerir a las partes que intenten resolver el caso de manera amistosa, en lugar de involucrarse en intervenciones más extendidas que desemboquen en la «evaluación del caso», pues esta última probabilidad aumenta el marco de la controversia acercándose a los límites del papel tradicionalmente neutro y pasivo del árbitro. Cuanto mayor sea la intensidad de la intervención, mayor deberá ser la cautela con la que los árbitros actuarán, considerando las posibles implicaciones en términos de imparcialidad y la percepción de las partes sobre la neutralidad del proceso arbitral. Una habilidad para superar las numerosas barreras a la transacción en el arbitraje es incorporarla en

el propio procedimiento arbitral, en lugar de externalizarla a un proceso de mediación disociado.

El tribunal arbitral puede y debe utilizar técnicas de negociación desarrolladas por acreditadas en la mediación comercial para lograr un cambio de actitud en las partes durante el arbitraje y para promover debates productivos. Entre las técnicas comunes se encuentran:

- i) El establecimiento de indicaciones básicas, lo cual implica fijar expectativas claras sobre la comunicación respetuosa y la participación diligente de todos los involucrados. Mantener una conversación exhaustiva con las partes en la primera conferencia organizativa para revisar las opciones y diseñar el arbitraje les incitará a colaborar con los árbitros para adaptar el proceso a la naturaleza particular de la disputa, sirviendo con ello al doble objetivo de mantener la autonomía de las partes y garantizar que el arbitraje responda a las necesidades de los usuarios. Y, por si fuera poco, permitirá a las partes anticipar de antemano el procedimiento que se aplicará, evitando que los árbitros hagan sugerencias inesperadas durante el proceso que podrían dar lugar a una pérdida de tiempo al tratar de interpretar dichas sugerencias.
- ii) La formulación, de un lado, de preguntas abiertas orientadas a fomentar el pensamiento crítico y la exploración de distintos puntos de vista y, a parafrasear, por otro lado, repitiendo lo que los participantes han expresado para confirmar que se ha entendido correctamente, son actuaciones que ameritan la realización de sesiones donde su aporte un amplio catálogo de sugerencias, con el objetivo de ayudar a generar ideas y soluciones creativas.
- iii) La escucha eficaz es otra habilidad esencial que requiere prestar mucha atención a cada participante y resumir los puntos clave para asegurar una comprensión compartida. Transmitir a cada parte que se comprende y reconoce su posición, tratándolas con respeto y empatía contribuye al reconocimiento de las posiciones de sus oponentes como válidas y no simplemente desestimables, pudiendo esta orientación alterar drásticamente la percepción que las partes tienen de sus propias posiciones y de las contrarias, facilitando un nuevo análisis y evaluación del riesgo que reactive las negociaciones de solución y abrir la posibilidad de un acuerdo.
- iv) La promoción de una discusión abierta de las cuestiones relevantes con el tribunal arbitral, mejorando con ello la capacidad de las partes para predecir el resultado del arbitraje, lo que a su vez conduce a un nuevo análisis de su situación y a una evaluación más precisa de los riesgos facilitando definitivamente la consecución del acuerdo.
- v) El desbloqueo de las situaciones donde se produce un punto muerto que aparecen frecuentemente por diversas razones, desde que una de las partes no quiera hacer la primera oferta hasta que una o ambas partes no estén dispuestas a llegar a un acuerdo. En estos casos el facilitador intentará ayudar en la medida de lo posible a las partes a superar esta situación y sugiriendo, entre otras posibilidades, un plazo para que las partes reconsideren sus posiciones si ello pudiera ser beneficioso para la continuidad del proceso.

52. Entre las facultades del árbitro en este especial cometido, la más concluyente es convocar una conferencia de transacción en el curso de la cual analizará y discutirá, en un proceso dialéctico e

interactivo con las partes las contingencias futuras y el eventual contenido de un acuerdo transaccional (170) pero. antes de proceder con este paso, es fundamental que obtenga nuevamente el consentimiento expreso de las partes, resultado aconsejable que celebre únicamente dicha conferencia si tiene la capacidad de dirigir el procedimiento de resolución de controversias de manera eficaz y segura y si existe una expectativa razonable de alcanzar un arreglo.

Como se ha indicado, es esencial que durante esta conferencia inicial los árbitros aclaren las posibles técnicas que podrían emplearse y obtengan el consentimiento expreso de las partes para utilizarlas, si es necesario, reforzando esta transparencia no sólo la confianza de las partes en el proceso arbitral. Se protege así a los árbitros de futuras impugnaciones basadas en alegaciones de parcialidad o improcedencia en la aplicación de ciertas técnicas de resolución de disputas (171) . El tribunal arbitral, o las partes, programarán reuniones procesales adicionales después de etapas clave del arbitraje como tras el intercambio de alegatos, la divulgación de documentos o una decisión preliminar. Con el aumento del uso de las nuevas tecnologías, sobre todo de las videoconferencias (172) , estas sesiones intermedias son más fáciles de organizar pudiendo el tribunal arbitral en el curso de estas comprobar si las posiciones de las partes han cambiado, discutir cuestiones relevantes y orientar sobre temas futuros, permitiendo a las partes reevaluar sus expectativas a partir de los resultados que se obtengan, con la posible reducción de diferencias y el ensayo de un acuerdo (173) .

Lo que los árbitros decidan compartir con las partes dependerá de la estructura y las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, compartiendo una valoración superficial sólo de las cuestiones más controvertidas y decisivas, indicando sólo sumariamente los puntos fuertes y débiles de los argumentos de cada parte, y luego animar a las partes a discutir un acuerdo durante la conferencia de transacción. Alternativamente, solicitarán a los abogados que preparen conjuntamente la negociación del acuerdo construyendo un catálogo de decisiones y luego guiar a las partes a través de dicho elenco a alcanzar un pronóstico detallado del resultado probable en cada una de las cuestiones, lo cual ayuda a las partes a centrarse y llegar a un acuerdo sobre las materias precisas que son decisivas para el caso. Si procede, el árbitro también proporcionará a las partes una propuesta detallada de acuerdo.

Existen otras posibilidades al margen de que las partes incluyan la eventualidad de transacción en sus primeras órdenes procesales. Dos momentos clave para facilitar discusiones de transacción son: después del intercambio de declaraciones de testigos e informes periciales, o el final de la audiencia, antes de emitir una decisión. En el primero, las partes ya cuentan con una comprensión más clara del caso y están mejor posicionadas para negociar un acuerdo, lo que conducirá a un ahorro significativo de tiempo y dinero y en el segundo, las partes disponen de una visión completa del caso, lo que les permite asesorar a sus clientes sobre los posibles éxitos, aprovechando el ahorro de costes asociado a un acuerdo en esta fase.

53. Son variados los cauces por el que discurre el mecanismo facilitador para culminar con éxito, preservando siempre la imparcialidad de los árbitros, transitando todo ellos en torno a la flexibilidad que provee el tribunal internacional compuesto por tres árbitros. Entre las posibilidades presentes cabe referirse a algunas propuestas efectuadas por H. Abramson:

- i) Que los dos árbitros designados por las partes trabajen juntos como un equipo de conciliación o un panel en un mini-trial, sin la participación del presidente, escuchando las alegaciones de las partes y ayudándolas a resolver el litigio. Las partes pueden incluso permitir que el equipo de conciliación formado por los árbitros designados por las partes se reúna porque el tercer árbitro, el presidente, permanece en reserva, aislado del proceso de conciliación. Para ello se les debería entregar una copia de estos criterios y una declaración informativa sobre las ventajas y riesgos de esta opción. Si los esfuerzos de conciliación resultan infructuosos, el presidente siempre estaría en disponibilidad para actuar como árbitro único.
- ii) Que el presidente actúe como cuasi-mediador o como mediador de pleno derecho, sin la posibilidad de emplear el caucus y, en la contingencia de que el caso no se resuelva, el panel de tres personas conocería del caso, pero sólo los dos árbitros designados por las partes dictarían un laudo. Con este sistema, existe un riesgo significativo de empate entre los dos árbitros designados por las partes, pero éste podría ser deshecho por el presidente, aunque su autoridad pudiera ser sospechosa a pesar de la prohibición del uso de caucus y de las evaluaciones.
- iii) Que de los tres árbitros facilitadores seleccionados uno actúa como dirimente mientras que los otros dos funcionan únicamente como árbitros. Y si el caso no se resuelve, estos últimos dictarían el laudo y si llegan a un punto muerto, entonces el tercer árbitro convertido en conciliador estaría disponible para deshacer el empate (174).

Las iniciativas de transacción en el contexto de un arbitraje no deben dar lugar a demoras indebidas en el procedimiento arbitral pues con frecuencia las partes deseosas por concluir un conflicto muestran resistencia hacia dichas iniciativas debido al temor de que estas puedan retrasar el proceso, centrándose las preocupaciones en la posibilidad de que los esfuerzos para alcanzar un acuerdo prolonguen el procedimiento arbitral, ya sea por el tiempo invertido en negociaciones infructuosas o, en el peor de los casos, por la necesidad de reemplazar a los árbitros eventualmente recusados, lo que requeriría repetir el proceso de selección. Para mitigar estos riesgos y evitar la dilación del arbitraje, las partes acordarán continuar con el procedimiento arbitral en paralelo a los esfuerzos de facilitación, asegurando así que el proceso no se detenga mientras se exploran posibilidades de acuerdo. Alternativamente, las partes cuentan con la posibilidad de negociar un calendario ajustado que permita una breve suspensión del procedimiento arbitral, estableciendo límites claros de tiempo para las negociaciones y retomando el arbitraje si no se logra un acuerdo dentro de ese plazo.

3. Comportamiento del árbitro facilitador

A) Despliegue de habilidades

54. Un procedimiento facilitador exitoso conduce a soluciones creativas más que a concesiones, teniendo muy en cuenta las características de personalidad y las habilidades que debe tener un buen negociador, como la paciencia, el ingenio, la confianza y la empatía. Las técnicas para facilitar la solución de controversias forman parte del conjunto de habilidades de todo árbitro internacional, con el objetivo de ampliar y diversificar los servicios que la comunidad arbitral ofrece a sus usuarios, por lo que incorporar estas técnicas no solo enriquece la capacidad del árbitro para abordar una

variedad de controversias, sino que también responde a las expectativas crecientes de las partes que buscan soluciones más eficientes y adaptadas a sus necesidades específicas en el ámbito del arbitraje internacional. Quienes se enfrentan a estas tareas no sólo deben contar con sólidos conocimientos sobre la legislación aplicable y la materia sobre la que versa la disputa, sino poseer habilidades esenciales como la comunicación efectiva, manejo de conflictos, comprensión del contexto y procedimiento y aptitudes en negociación y toma de decisiones. Algunas de estas habilidades, como la empatía, son innatas y otras han de adquirirse con un proceso de formación adecuado

El facilitador que asume simultáneamente los papeles de mediador–conciliador y árbitro se enfrenta una serie de desafíos que requieren una formación sólida en ética, normas y técnicas específicas para cada proceso por lo que es esencial que se esfuerce por mantener la integridad de cada función de manera separada, lo cual dará lugar a una tarea compleja habida cuenta que esta doble función implica no solo una comprensión profunda de los principios que rigen tanto la mediación–conciliación como el arbitraje, sino también la capacidad de aplicarlos sin comprometer la eficacia de cualquiera de estas herramientas. Para ello, en primer lugar, el facilitador debe:

- i) Evaluar cuidadosamente si posee la experiencia y las habilidades necesarias para desempeñar eficazmente ambas funciones y considerar si el mandato de mantener su imparcialidad como árbitro podría limitar su capacidad para actuar con la flexibilidad y la empatía que exige la operación que va a realizar; una evaluación fundamental para garantizar que su intervención no socave la percepción de imparcialidad que es esencial en el arbitraje;
- ii) Realizar un análisis independiente para determinar si el caso en cuestión está en una fase adecuada para alcanzar un acuerdo valorando si las partes están preparadas y dispuestas a considerar un acuerdo, y si las circunstancias del caso son propicias para una resolución negociada;
- iii) Respetar en todo momento el derecho de cada parte a llegar a un acuerdo voluntario y no coaccionado evitando cualquier acción o iniciativa que pueda ser percibida como coercitiva, ya que esto comprometería el principio de autodeterminación de las partes, que es un pilar fundamental tanto en la mediación/ conciliación como en el arbitraje.

Preservando la voluntariedad en el proceso se asegura que cualquier acuerdo alcanzado sea la consecuencia de una decisión libre y consciente de las partes involucradas.

Un procedimiento facilitador exitoso conduce a soluciones creativas más que a concesiones, teniendo muy en cuenta las características de personalidad y las habilidades que debe tener un buen negociador, como la paciencia, el ingenio, la confianza y la empatía

55. A lo largo del arbitraje se acostumbra a avanzar mucho en orden a ayudar a las partes a valorar con mayor precisión su probabilidad de éxito mediante la simple formulación de preguntas, un proceso que es eminentemente adecuado para un árbitro experimentado. El papel del árbitro en la formulación de preguntas estratégicas y en la insistencia en la intervención de representantes clave en las sesiones críticas del arbitraje es determinante. Fomentar acuerdos y evaluar con precisión la probabilidad de éxito de las partes, dará lugar a un proceso arbitral más eficiente, colaborativo y orientado a la resolución de conflictos, garantizando a su vez que los representantes de las partes, en condiciones de fomentar el acuerdo, estén presentes en las sesiones críticas del arbitraje, especialmente en la primera conferencia de gestión del caso o una convocada para una eventual la revisión a la mitad del procedimiento.

En primer lugar, la capacidad de un árbitro para formular preguntas incisivas y bien fundamentadas ayuda a las partes a reflexionar sobre la solidez de sus posiciones y a considerar la viabilidad de llegar a un acuerdo, facilita una mejor comprensión de los argumentos y las evidencias presentadas y desalienta posturas inflexibles fomentando a la vez una actitud más abierta hacia la negociación y a la resolución amistosa del conflicto. En segundo lugar, la presencia de representantes autorizados en momentos clave del arbitraje, como la primera conferencia de gestión del caso o las revisiones intermedias, es esencial, pues al estar estos operadores plenamente informados y capacitados para tomar decisiones, suelen aprovechar estos encuentros para evaluar de manera realista las probabilidades de éxito y explorar oportunidades de acuerdo, acelerando su participación activa el proceso de toma de decisiones y, por ende, las posibilidades de llegar a una resolución consensuada. Por último, la intervención del árbitro en estas etapas críticas, solicitando la presencia de representantes con poder de decisión, refuerza la seriedad y el compromiso de las partes con el proceso arbitral, optimizando con ello la eficiencia del arbitraje y fortaleciendo la confianza de las partes en la capacidad del árbitro para gestionar el procedimiento de manera justa y efectiva.

Para prevenir la recusación de los árbitros que también actúan como facilitadores, es fundamental que tanto las partes como los operadores adheridos a este doble papel sigan estrictamente los criterios establecidos no sólo en el acuerdo, sino en las reglas generales de ética, para mantener la imparcialidad y evitar conflictos de interés. El cumplimiento riguroso de estas pautas asegura que los esfuerzos de facilitación no comprometan la integridad del proceso arbitral ni conduzcan a demoras innecesarias, preservando así la eficacia y celeridad que caracterizan al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

B) Eventual empleo del caucus

56. El empleo del caucus en el contexto que examinamos implica que el tribunal arbitral se reúne por separado con cada una de las partes para comprender mejor los antecedentes de la disputa y los intereses respectivos, aumentando así las opciones de llegar a un acuerdo (175). Se inspira esta actuación en la práctica de la mediación y tiene por objeto superar el dilema del negociador, que hace que las partes retengan información ante la eventualidad de que la otra parte se comporte de manera oportunista.

Algunos operadores del sector se decantan por un enfoque sin caucus, en el que solo se realicen

sesiones conjuntas para promover una mejor comprensión mutua, pero no deja de ser útil para superar obstáculos en la negociación, como la falta de confianza o de información, además de facilitar la comunicación y reducir las barreras emocionales (176) . Para estos operadores, la única forma efectiva de resolver un conflicto es que las partes trabajen juntas en presencia mutua, ya que las reuniones separadas obstaculizan este objetivo, siendo la comprensión y la conexión emocional fundamentales, incluso en situaciones donde las emociones son intensas y las partes tienen dificultades para comunicarse o compartir un espacio, no favoreciendo las reuniones separadas el desarrollo de la comprensión mutua necesaria para resolver el conflicto (177) . Prevenciones aparte, resulta incontrovertida la eficacia de dicha operación en este tipo de reuniones cuando se utilizan en el curso del arbitraje, pero plantean importantes cuestiones vinculadas a la observancia del debido proceso en relación con el derecho de las partes a ser oídas y la prohibición de las comunicaciones *ex parte* con el tribunal arbitral (178) .

Sus defensores afirman que el recurso al caucus suministra a la vez confianza, imparcialidad y empatía, cualidades que funcionan juntas (179) , figurando entre sus principales ventajas la confidencialidad, que permite a las partes compartir información sensible con el árbitro sin la presencia de la otra parte. Todo ello habilita al árbitro a entender mejor las preocupaciones y los intereses subyacentes de cada parte, lo que dará lugar a soluciones más efectivas y equitativas. A decir verdad, el caucus aporta flexibilidad y adaptación, permitiendo al árbitro ajustar sus destrezas según las necesidades y dinámicas específicas de cada parte, facilitando un proceso más personalizado y eficiente. También reduce tensiones entre las partes, al posibilitar que cada una exprese sus preocupaciones y frustraciones de manera más abierta y directa, creando un ambiente más propicio para la resolución del conflicto. Es más, al recibir información confidencial, el árbitro está en posición de identificar puntos comunes y diferencias clave, guiando a las partes hacia un acuerdo mutuamente aceptable, evitando la prolongación del conflicto. De hecho, ayuda a aclarar malentendidos y obtener una comprensión más profunda de las posiciones e intereses de cada parte, mejorando la calidad de la comunicación y la eficacia del proceso arbitral (180) .

57. A pesar de estas ventajas, el manejo de este mecanismo requiere una gestión cuidadosa para garantizar que no se comprometan los principios fundamentales del proceso arbitral (181) , constituyendo la percepción de imparcialidad y transparencia un elemento clave para mantener la confianza en el sistema arbitral pues durante estas sesiones, el árbitro facilitador recibe información confidencial y perjudicial sin tener la obligación de compartirla con todas las partes involucradas en el arbitraje. Sin embargo, la obtención de tal información, que podría predisponerle durante estos caucus, es susceptible de comprometer su capacidad para seguir siendo un árbitro imparcial (182) , haciendo cierta la afirmación de que muchas de las objeciones planteadas tienen solución si la práctica del caucus se omite de cualquier proceso de negociador durante el proceso de facilitación, de suerte que todas las discusiones con el árbitro se lleven a cabo en presencia de ambas partes (183) .

La bondad del mecanismo se incrementa cuando el tribunal arbitral informa claramente a las partes sobre la posibilidad y las implicaciones de su empleo, asegurando que todas las partes consientan este método y comprendan sus potenciales consecuencias. Y, paralelamente, es importante que

establezcan pautas claras sobre cómo se llevarán a cabo estas reuniones privadas para evitar cualquier percepción de parcialidad o injusticia, de suerte que los árbitros deben ser extremadamente cuidadosos para no dar la impresión de que están recibiendo o utilizando información confidencial de manera inapropiada y para ello han de acentuar la transparencia en el manejo de la información y la observancia de la igualdad de trato a ambas partes.

58. Existe una tendencia mayoritaria partidaria inequívoca de que la práctica del caucus en el arbitraje mejora la comprensión y la comunicación, reduciendo tensiones y fomentando acuerdos, pero que también genera percepciones de parcialidad, falta de transparencia y desigualdad. Por ello, la decisión de su empleo debe ser celosamente considerada por el árbitro y las partes involucradas, sopesando estos factores para determinar si esta herramienta es beneficiosa en su caso específico, lo cual no empece que el caucus presente desventajas significativas. Una de las más importantes es la posibilidad de que una de las partes perciba al árbitro como parcial. La mera percepción por una de las partes de que el árbitro está más alineado con la otra debido a la información compartida en privado es susceptible de socavar la confianza en el proceso y en el árbitro, pudiendo surgir una sensación de desigualdad si se sospecha que una parte tiene más oportunidades de reunirse en privado con el árbitro, generando desconfianza y sentimientos de injusticia, lo que afecta negativamente la cooperación y la disposición a llegar a un acuerdo. La confidencialidad inherente al caucus conduce inexorablemente a reducir la transparencia del proceso arbitral pudiendo parecer las decisiones del árbitro menos claras y justificadas si una parte no tiene acceso a la misma información que la otra. También existe el riesgo de malentendidos o interpretaciones erróneas de las intenciones y posiciones de las partes, ya que sin la presencia de la otra parte para clarificar o contradecir, el árbitro puede formarse una opinión incompleta o sesgada. De hecho, el uso de caucus añade complejidad y prolongar el proceso arbitral, al requerir las reuniones privadas adicionales tiempo y coordinación, incrementando los costos y la duración del arbitraje.

Mientras que el caucus está en disposición de ser una herramienta poderosa para facilitar la resolución de disputas en el arbitraje, su implementación debe ser manejada con suma precaución y los árbitros deben equilibrar cuidadosamente la necesidad de obtener una comprensión profunda de las posiciones e intereses de las partes con la obligación de mantener un proceso justo y equitativo. La claridad en la comunicación, el consentimiento informado y la adherencia a los principios de debido proceso son esenciales para asegurar que el caucus se utilice de manera efectiva y ética en el arbitraje.

4. Acuerdo transaccional

59. El principio dispositivo encuentra un terreno muy favorable en los procedimientos de arbitraje donde se concede un gran peso a la voluntad de las partes: el laudo por acuerdo entre las partes es el resultado de la decisión de éstas de sustraer el litigio a la competencia del árbitro. Los acuerdos transaccionales son documentos jurídicos que establecen los términos de un pacto entre las partes implicadas en un litigio y la propia referencia a la «transacción» muestra claramente que la sustancia del acto es contractual, abarcando estos acuerdos una amplia gama de cuestiones, como daños y perjuicios, cambios en las prácticas comerciales y acuerdos de confidencialidad. Redactar un acuerdo de este tipo requiere un profundo conocimiento de la ley y de los reglamentos arbitrales y la

capacidad de negociar eficazmente en nombre de los clientes. Cabe insistir en que un árbitro nunca debe forzar un acuerdo, pues su función en esta faceta de actuación se limita a «facilitar el acuerdo» (184).

Un laudo por consentimiento es aquel emitido por un tribunal arbitral basado en un acuerdo negociado y propuesto conjuntamente por las partes siendo una herramienta comúnmente utilizada en el arbitraje que permiten integrar la mediación o la conciliación dentro del proceso arbitral (185) y que pone fin a la controversia (186). La lógica subyacente a este mecanismo es que, a medida que el arbitraje progresa, las partes puedan reevaluar los puntos fuertes y débiles de sus respectivas posiciones, negociar entre ellas y llegar a un acuerdo surgido en paralelamente al proceso arbitral o dentro de él, por ejemplo, con el concurso de una «ventana de mediación» o una «conferencia de acuerdo» en la que los árbitros también han actuado como conciliadores. En lugar de finalizar el arbitraje al llegar a un acuerdo, las partes optarán por presentar dicho acuerdo al tribunal en un formato de borrador sin firmar, solicitando que se emita como un laudo arbitral. Alcanzar el acuerdo en forma de laudo por consentimiento confiere una mayor seguridad jurídica y comercial, ya que le otorga el carácter de cosa juzgada en el país de la sede del arbitraje y permite su reconocimiento y ejecución internacional bajo la Convención de Nueva York. De este modo, las partes no solo aseguran que su acuerdo tenga plena validez y efecto, sino que también se benefician de la capacidad de ejecución transfronteriza inherente a un laudo arbitral, fortaleciendo así la solidez y la aplicabilidad de su resolución acordada.

60. Este tipo de acuerdos transaccionales asentados por los tribunales de arbitraje como laudos suscitan diversas cuestiones jurídicas complejas. Entre ellas, se encuentra el derecho de los árbitros a negarse a registrarlos como un laudo, una prerrogativa que derivada de su deber de asegurar que esta resolución cumpla con las normas legales y éticas. A decir verdad, existe la preocupación de que los laudos por acuerdo de las partes puedan ser utilizados para encubrir actividades ilegales, suscitando este potencial uso indebido desafíos significativos para la integridad del proceso arbitral y la ejecución de los laudos, obligando a los tribunales arbitrales a ejercer una vigilancia rigurosa y a establecer salvaguardias adecuadas para prevenir abusos.

Una de las principales ventajas del arbitraje moderno reside en el dinamismo en el hacer del tribunal arbitral, permitiendo esta habilidad, hasta casi el final del procedimiento, que se abran nuevas oportunidades para que las partes resuelvan sus diferencias de manera amistosa, en lugar de esperar un laudo final

Cuestiones como las referidas subrayan la necesidad de un marco normativo claro y robusto que regule la práctica de registrar acuerdos transaccionales como laudos, asegurando así que estos instrumentos jurídicos sean utilizados de manera legítima y ética (187). El tribunal debe asegurarse de que dicta un laudo ejecutable, en particular determinando si existía una disputa genuina dentro de

esfera de actuación, pues en caso contrario es susceptible de ser inejecutable o anulado, para ello ha de tener en cuenta, si actúa en el marco de una legislación que siga la LMU, que el art. 30 de esta disposición autoriza expresamente al tribunal a oponerse a que se registre un acuerdo transaccional en forma de laudo. Por último, si el acuerdo transaccional prevé algunas condiciones previas a su entrada en vigor, un tribunal arbitral deberá verificar la confirmación de las partes de que dichas condiciones han sido satisfechas y el acuerdo transaccional ha surtido efecto, y si dicho acuerdo abarca cuestiones no cubiertas por el acuerdo de arbitraje, un tribunal arbitral no tendrá competencia para dictar un laudo sobre estas cuestiones y se denegará su ejecución de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958.

Por añadidura, cabe la posibilidad de que las partes soliciten al tribunal arbitral que él mismo haga una propuesta de transacción basada en su análisis preliminar de las cuestiones jurídicas y/o probatorias del caso. Por ejemplo, pedir que proponga: a) una horquilla que contenga un importe mínimo y un importe máximo, que podrán utilizar como punto de partida para sus propias negociaciones finales de transacción, en las que el tribunal arbitral ya no participará; o b) una cifra definitiva que una parte deba pagar a la otra, incluida la distribución de los costes.

Si, en una relación contractual en curso entre las partes, una de las cuestiones del arbitraje había sido la interpretación de una cláusula concreta del acuerdo, las partes solicitarán al tribunal arbitral que formule una propuesta de nueva redacción de la cláusula controvertida para soslayar nuevos litigios en el futuro. La gama de asistencia del tribunal arbitral con la que cuentan partes corresponde a sus necesidades y depende de las circunstancias de cada litigio.

C) Costas

61. Como regla de base las partes tienen libertad para realizar ofertas de transacción durante el procedimiento arbitral con el fin de resolver el caso y proteger su posición en materia de costas judiciales. Si la parte a la que se le hace una oferta no la acepta y no obtiene un mejor resultado en el laudo, el tribunal arbitral tendrá en cuenta este hecho al considerar la asignación de los costes del arbitraje.

Los honorarios y gastos del tribunal se fijarán teniendo debidamente en cuenta las circunstancias pertinentes del caso, incluida la interrupción del procedimiento arbitral en caso de transacción. Al determinar sus honorarios, el tribunal arbitral debe considerar el grado de avance del arbitraje en el momento en que se produjo la transacción. En este contexto, estaría justificado establecer los honorarios de los árbitros por debajo del importe mínimo estipulado en el baremo de honorarios, pudiendo la institución arbitral, a su discreción, decidir no cobrar la totalidad o parte de los gastos administrativos en caso de que se llegue a una transacción (188).

VII. VALORACIÓN DE LA FACILITACIÓN TRANSACCIONAL

1. Fortalezas

62. Frecuentemente subestimada, tanto por las partes involucradas como por un sector de la comunidad arbitral, una de las principales ventajas del arbitraje moderno reside en el dinamismo en

el hacer del tribunal arbitral, permitiendo esta habilidad, hasta casi el final del procedimiento, que se abran nuevas oportunidades para que las partes resuelvan sus diferencias de manera amistosa, en lugar de esperar un laudo final. Dicha resolución se alcanzará con o sin la intervención directa del tribunal arbitral y tiene la particularidad, como hemos visto en el epígrafe anterior, de que el acuerdo amistoso formalizado y registrado como un laudo en los términos acordados por las partes facilita una resolución más rápida y eficiente de la controversia, incluso contributiva en la preservación de las relaciones comerciales y reduciendo significativamente los costos y el tiempo asociados al proceso arbitral (189). A través de esta práctica el árbitro proactivo no solo facilita un procedimiento más eficiente y correctamente orientado, sino que también contribuye a una resolución más expedita y justa de las controversias internacionales.

De todo lo que precede se desprende que la facilitación de la transacción debería incorporarse de forma más explícita a los procedimientos de arbitraje, en lugar de externalizarse en un proceso separado de mediación, pre-arbitral o concurrente. Sin negar que la mediación aporta indudablemente mejoras únicas a sus usuarios, una de las principales ventajas de que los árbitros participen en la facilitación de la transacción reside en que ya están familiarizados con la disputa, mientras que la participación de un tercero neutral conduce invariablemente a una duplicación del trabajo, retrasos y gastos adicionales. Al proponer una mayor integración de la facilitación de la transacción en el proceso arbitral, se busca mejorar la eficiencia del arbitraje y aprovechar al máximo las ventajas que ya ofrece este método de resolución de diferencias, en línea con las expectativas y necesidades de los usuarios.

Proponer una mayor integración de la facilitación de la transacción en el arbitraje busca mejorar la eficiencia y aprovechar al máximo las ventajas de este método haciendo el proceso más rápido y menos oneroso y reforzando la capacidad del arbitraje para resolver diferencias de manera efectiva y justa, en línea con las expectativas y necesidades de los usuarios. En última instancia, la incorporación de la transacción al procedimiento arbitral fortalece la percepción del arbitraje como un medio flexible, eficiente y confiable para la resolución de conflictos internacionales, adaptado a las dinámicas y exigencias del comercio global actual.

63. La principal ventaja de que el árbitro promueva la transacción reside en la mayor eficacia del proceso de resolución de litigios comprendiendo esta práctica todos los beneficios asociados con los resultados negociados, ya sea a través de una negociación directa, con una mediación independiente o con la asistencia del árbitro. En efecto, el árbitro: a) conoce el caso, lo que le coloca en una posición privilegiada en comparación con un tercero neutral o conciliador que necesitaría tiempo para adquirir dicho conocimiento, generando duplicación de trabajo, gastos adicionales y retrasos; b) está en una posición mucho mejor que las partes para elegir el momento adecuado en el que suministrar el acuerdo basándose esta capacidad de identificar el momento oportuno para promover la conciliación en su conocimiento del caso y en su potencial experiencia en la gestión de disputas; c) controla el calendario del procedimiento y está en la mejor posición para determinar el momento adecuado para acceder a servicios de mediación–conciliación que a propósito del intercambio de las alegaciones y antes de la audiencia, o después de un laudo parcial.

La precisión del momento no debe ser demasiado temprano, cuando las partes y el árbitro aún no están al corriente de las cuestiones, ni demasiado tarde, cuando las partes ya han invertido demasiado en el arbitraje y no están dispuestas a llegar a un acuerdo. Identificar el momento adecuado es una cuestión de juicio, y los árbitros experimentados suelen saber cuándo es oportuno.

A grandes rasgos, la facilitación de la transacción aporta elementos dignos de consideración.

- i) Proporciona seguridad y previsibilidad a las partes, ante la posibilidad de en un laudo de consentimiento o en un laudo en los términos acordados, facilitando a las partes una resolución colaborativa de su diferencia que es tan ejecutable como la alcanzada en un procedimiento arbitral contradictorio.
- ii) Mejora la eficiencia del proceso y refuerza la confianza de las partes en la capacidad del arbitraje para proporcionar soluciones efectivas y seguras.
- iii) Confiere eficacia a la resolución del litigio de las partes, evitando que estas tengan que atravesar todo el complejo proceso de un arbitraje internacional, concluyendo su diferencia en una fase anterior, a menudo una vez finalizada la etapa probatoria (190), y prescinden de designar a otra persona para llevar a cabo una mediación, contando, por el contrario, con la colaboración de los árbitros que ya están a disposición de las partes y están familiarizados con los hechos del caso.
- iv) Es susceptible de incorporarse en un laudo por consentimiento de las partes y ser ejecutable en virtud de la Convención de Nueva York, que también regula la ejecución de los laudos que incorporan un acuerdo de conciliación.

64. Tras muy buenas fundamentadas propuestas (191), parece que se está consolidando un consenso transnacional según el cual, en general, no sólo es aceptable sino también deseable que los árbitros faciliten la transacción entre las partes. Dicho consenso ha surgido a partir de varias tendencias y desarrollos en el ámbito de la resolución de diferencias internacionales, reflejando que un reconocimiento creciente de las técnicas de facilitación de acuerdos mejora la eficiencia, reduce los costos y preserva las relaciones comerciales de manera más efectiva que una solución puramente adjudicativa.

Hay que reconocer que la participación de los árbitros en la facilitación de acuerdos no solo es posible, sino que resultar altamente beneficiosa, siempre y cuando no exista ningún impedimento legal para ello.

En muchas jurisdicciones, los sistemas judiciales han adoptado prácticas de facilitación de acuerdos, alentando a los jueces a actuar como mediadores y facilitadores demostrando esta evolución ser satisfactoria para mejorar las tasas de resolución de diferencias y reducir la congestión judicial. La

efectividad de estas prácticas en los tribunales ha influido en el arbitraje, destacando las ventajas de integrar técnicas similares en el proceso arbitral. Con la globalización, las diferencias comerciales internacionales se han vuelto más complejas y frecuentes. Las partes involucradas en el comercio internacional buscan métodos de resolución de diferencias que no solo sean justos y legales, sino también rápidos y eficientes. La facilitación de acuerdos incorpora una solución que se adapta mejor a las necesidades comerciales globales, promoviendo acuerdos que permitan a las partes continuar sus relaciones comerciales sin interrupciones significativas.

Hay que reconocer que la participación de los árbitros en la facilitación de acuerdos no solo es posible, sino que resultar altamente beneficiosa, siempre y cuando no exista ningún impedimento legal para ello. La flexibilidad y adaptabilidad del proceso arbitral permiten que se incorporen técnicas y métodos de diferentes tradiciones jurídicas, enriqueciendo así la capacidad del arbitraje para resolver disputas de manera eficiente y efectiva. El escepticismo y el desconocimiento pueden ser superados mediante la educación y la apertura a nuevas prácticas. Los usuarios del arbitraje internacional deben estar dispuestos a considerar y adoptar respuestas innovadoras que han demostrado ser efectivas en otros contextos. La facilitación de acuerdos por parte de los árbitros acelera, en muchos casos, la resolución de disputas, reduciendo costos y preservar relaciones comerciales, lo cual es especialmente valioso en un entorno globalizado donde las conexiones comerciales son cada vez más interdependientes.

El éxito de otros mecanismos de resolución alternativa de diferencias (ADR), como la mediación y la conciliación, ha demostrado que las partes se benefician significativamente de soluciones negociadas y colaborativas. La creciente aceptación y uso de la mediación en contextos comerciales ha mostrado que estas técnicas son igualmente efectivas cuando se integran en el arbitraje. Instituciones arbitrales prominentes, como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y otras, han reconocido y promovido activamente la facilitación de acuerdos desarrollando reglas y procedimientos que permiten y alientan la mediación y la conciliación dentro del proceso arbitral, proporcionando un marco formal que facilita la adopción de estas prácticas. Indicios claros de esta evolución no faltan: a) la capacitación especializada en técnicas de mediación y facilitación de acuerdos se ha vuelto más accesible para los árbitros; b) los programas educativos y cursos de formación continua han contribuido a cambiar la percepción tradicional del papel del árbitro, promoviendo una actuación más voluntarista y colaborativo en la resolución de diferencias (192); y c) las partes comerciales han comenzado a valorar más la preservación de relaciones a largo plazo y la gestión eficiente de riesgos.

2. Reticencias y debilidades

65. Siendo, el ejercicio de la doble función de árbitro y mediador para resolver una disputa un método eficaz de resolución no está exento de riesgos, exigiendo ciertas acciones preventivas para evitar situaciones indeseadas. Existen numerosos problemas inherentes a esta dualidad de papeles que, si no se abordan adecuadamente, comprometen tanto el propio procedimiento de arbitraje como la ejecutabilidad del laudo (193). Admitiendo que una misma persona actúe como árbitro y mediador para resolver una controversia sea un medio eficaz de resolución de conflictos, debe reconocerse que entraña ciertas inseguridades por la eventual supresión de derechos procesales

(194) y ser una fuente de problemas susceptibles, en caso de no llegarse a un acuerdo. La práctica de esta doble función, mediadora y arbitral por parte del árbitro, en un entorno potencialmente hostil en el que se enfrentan progresivamente a un mayor número de recusaciones, dando lugar, si no se desarrolla con todas las garantías para las partes, a su remoción si las partes no han renunciado a esta posibilidad (195). Por esta razón, frente a las fortalezas apuntadas en el apartado anterior, existen una serie de reticencias destacando

- i) La disyuntiva fundamental entre la mediación y el arbitraje, en tanto que la primera, con su esencia basada en las comunicaciones ex parte entre el tercero neutral y las partes, contrasta marcadamente con el arbitraje, que requiere la presentación de pruebas y argumentos en presencia de todas las partes involucradas y esta dicotomía suscita una serie de preocupaciones que han de tenerse muy en cuenta.
- ii) La posibilidad de que, durante la transacción, las partes puedan mostrarse menos comunicativas comprometiendo con ello la capacidad del árbitro para facilitar un acuerdo; el temor subyacente es que la función del mediador, al transformarse en árbitro, podría influenciarse de manera inapropiada por la información obtenida en el proceso de mediación y esta influencia potencial pone en riesgo la imparcialidad del árbitro, quien debe mantener una perspectiva objetiva y libre de sesgos (196).
- iii) La falta de una renuncia clara y explícita por las partes susceptible de generar preocupaciones adicionales, existiendo el riesgo de que un laudo arbitral posterior sea objeto de un recurso de anulación, basándose en el contacto ex parte que tuvo lugar durante la mediación socavando la confianza en el proceso arbitral en su conjunto.

En este contexto, es imperativo que los tribunales arbitrales manejen con sumo cuidado cualquier mutación entre los papeles de mediador y árbitro. Mientras se transita en la delicada frontera entre la mediación y el arbitraje, la atención meticulosa o el descuido de estas cuestiones corresponde a la diferencia entre un proceso exitoso y otro plagado de controversias y dudas. La claridad y la comunicación abierta son los pilares sobre los cuales se construye la confianza en el arbitraje, y estos deben ser mantenidos a través de destrezas diligentes y reflexivas.

La reticencia a que los árbitros participen en la facilitación de acuerdos, no debería basarse en un perjuicio infundado a lo desconocido, sino en una evaluación informada y estratégica de las posibilidades que aporta esta orientación; al adoptar una actitud más abierta y receptiva hacia las prácticas de otros regímenes jurídicos, los usuarios del arbitraje internacional alcanzan a percibir nuevas herramientas en la mejora y eficiencia del proceso arbitral, adaptándose mejor a las necesidades y objetivos de las partes involucradas. Dicha reticencia no está basada únicamente en impedimentos legales. Por el contrario, dicha reticencia se fundamenta en los hábitos de los actores del arbitraje internacional o en su escepticismo y desconocimiento de los conceptos que les son ajenos. En lugar de permanecer distantes de los conceptos desarrollados en diferentes regímenes jurídicos, los usuarios del arbitraje internacional deben extraer lecciones de la experiencia de los demás para evaluar si algunos otros instrumentos serían adecuados para su caso.

66. De hecho la función arbitral que estamos examinado incorpora ciertas debilidades destacando

entre ellas la amenaza a la imparcialidad. El temor es que, en caso de que fracase la conciliación y continúe el arbitraje, el árbitro pierda su objetividad debido a la información que conoció durante el procedimiento de conciliación y que no forma parte del expediente; sin embargo, esta amenaza parece ser más percibida que real. De hecho, se han identificado pocos casos en los que se haya recusado a un árbitro o donde se haya anulado o denegado la ejecución de un laudo por el hecho de que un árbitro haya intervenido en la conciliación, mientras que hay muchos casos judiciales que sostienen exactamente lo contrario: que la intervención de un juez en la conciliación de sus propios casos es admisible y lo mismo debería aplicarse a un árbitro (197). A nuestros efectos, de estos casos (y de la ausencia de otros) cabe extraer que es dable entablar conversaciones promovidas por el árbitro para llegar a un acuerdo sin incurrir en el riesgo de que éste sea recusado, siempre que obtenga previamente el consentimiento informado de las partes. El hecho de que un árbitro haya participado en negociaciones de conciliación con las partes y haya apoyado una propuesta de transacción que se aleja de las expectativas de la parte que le recusa, no justifica, por sí mismo, dudas acerca de su independencia e imparcialidad. Más bien, desde la perspectiva de una parte razonable, esto sólo sería así si dicha parte pudiera tener la impresión legítima de que la conducta del árbitro se basa en la parcialidad o la arbitrariedad. Si se llega a un acuerdo durante las negociaciones de conciliación, debe concederse al árbitro un margen considerable para sus propias propuestas.

Un segundo inconveniente para que el árbitro facilite el acuerdo, que ya ha sido apuntado a propósito del empleo de caucus (198), es el riesgo de que se incumplan las garantías procesales si se reúne en privado con una de las partes, pues con semejante ocasión, una parte podría revelar al tribunal hechos que la otra parte desconoce, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

En tercer lugar, figura la preocupación de que las partes no expresen con franqueza sus posiciones en una conciliación llevada a cabo por alguien que más tarde pueda pronunciarse sobre el litigio. Se trata, sin duda, de una preocupación legítima y aunque no imposibilita de plano cualquier intento de conciliación por parte del árbitro, implica que dicho intento no se basará en una búsqueda de los intereses subyacentes, sino que, más bien, tenderá a ser evaluativo, en consonancia con las consecuencias de las limitaciones anteriores a las actividades de conciliación del árbitro, especialmente en ausencia de caucus.

Por último, en el contexto de las consideraciones que van en contra de los esfuerzos de conciliación de un árbitro, hay que recordar que ciertas categorías de controversias no se prestan a la conciliación. Las disputas sobre dopaje en el deporte son una de ellas, debido al interés público implicado y al principio primordial de igualdad de trato de los atletas (199). Del mismo modo, cabe preguntarse si las disputas sobre tratados de inversión son otra de esas categorías debido a los fuertes intereses públicos en juego (200).

Concretamente en este sector los árbitros no suelen participar en la facilitación de acuerdos. Mientras que en una empresa la decisión de llegar a un acuerdo es tomada por la dirección o el consejo de administración (sujeto a su responsabilidad ante los accionistas), en un Estado, la resolución de disputas implica un complejo proceso político, social y presupuestario. En el fondo, un Estado pretenderá evitar sentar un precedente admitiendo voluntariamente su responsabilidad frente a otros inversores. Aunque estas consideraciones dificultan la resolución de litigios en materia de inversiones más que en litigios comerciales, las cifras demuestran que no son un obstáculo insuperable para los acuerdos alcanzados en negociaciones directas. Dichas consideraciones no explican por qué no se facilita la solución en el arbitraje de inversiones. Una razón apunta a que la conciliación y la mediación no son vías populares en el arbitraje de inversiones hasta ahora no están tan institucionalizados como en el arbitraje comercial. Otra razón podría ser la preocupación por el riesgo de descalificación de los árbitros que han participado en iniciativas de solución fallidas y aunque este riesgo es similar al que se encuentra en el contexto del arbitraje comercial, se percibe como más grave en el arbitraje de inversiones. También influye el marco más formal de los arbitrajes de inversión en comparación con los comerciales, que no se presta a iniciativas informales de solución, y la formación jurídica de los abogados que actúan en estos procedimientos. Sin embargo, ninguna de estas razones constituye un obstáculo insuperable para la facilitación de acuerdos como principio. En conclusión, no hay justificación convincente para excluir las controversias sobre inversiones de la facilitación de soluciones. Sin embargo, debido a su especificidad, se debe prestar mayor atención a las garantías procesales.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

67. Durante las cinco últimas décadas, se ha debatido si es apropiado que los árbitros internacionales sugieran o faciliten el acuerdo entre las partes en una fase previa o intermedia al pronunciamiento del laudo, considerando ciertos sectores que pudieran calificarse de la «ortodoxia arbitral» que un árbitro no tiene un papel intrínseco para fomentar la solución de la disputa pues su función principal y fundamental es la de emitir una decisión vinculante basada en los méritos del caso presentado. Según esta discusión, el árbitro actúa como un proveedor de servicios cuyo deber se limita a la resolución imparcial y justa de la controversia, sin involucrarse en la orientación o el asesoramiento de las partes asegurándole este papel pasivo el mantenimiento de su neutralidad, dedicándose a dirimir del caso y desoyendo el eventual deseo de las partes de que asuma un papel más activo en la facilitación de un acuerdo. No existe motivo para negar que ofrecer un mayor

número de opciones en cuanto a métodos de resolución de disputas beneficiará a las partes, ya que les permite elegir el proceso más adecuado para sus necesidades y circunstancias. Con la asistencia de sus abogados, las partes están en la mejor posición para evaluar de manera crítica las ventajas y desventajas de cada método disponible. Se impone, pues, dedicar más atención a cómo llevar a cabo correctamente la combinación de arbitraje con mediación, en lugar de centrarse excesivamente en las posibles limitaciones de dicho planteamiento preventivo, susceptible de limitar innecesariamente a las partes en su capacidad para utilizar métodos que, en muchos casos, se manifiestan como más efectivos, flexibles y eficientes en la resolución de sus disputas. En última instancia, la flexibilidad procesal y la capacidad de las partes para moldear el procedimiento a sus intereses no solo fomenta soluciones más rápidas y menos costosas, sino que también refuerza la confianza en el sistema de justicia arbitral.

El reciente radical cambio de conducta en el panorama de la resolución de disputas hacia métodos más colaborativos de ADR sugiere que ha llegado el momento de poner fin a esta confrontación y adoptar la facilitación de la conciliación como una forma eficaz de poner fin a la disputa de las partes. La posibilidad de llegar a un acuerdo transaccional en el arbitraje es una capacidad valiosa que promueve la eficiencia, reduce costos y fortalece las relaciones comerciales facilitando la colaboración entre árbitros y abogados, unida a una actuación decidida y una gestión de casos efectiva la consecución de acuerdos transaccionales, ofreciendo una alternativa viable y atractiva a los litigios prolongados y costosos. La adopción de un punto de vista emprendedor y bien gestionado en el arbitraje internacional es esencial para su evolución y relevancia continuada. Adoptar una visión pragmática y flexible en el arbitraje internacional significa que el árbitro debe estar preparado para moverse a lo largo de este continuo, ajustando su grado de implicación según lo requieran las circunstancias del caso y las preferencias de las partes, mejorando la eficiencia del proceso arbitral, sino que también aumenta la probabilidad de una resolución satisfactoria y duradera de la disputa. Las técnicas para facilitar la solución de controversias deberían integrarse plenamente en el repertorio de todo árbitro internacional, con el propósito de diversificar y enriquecer los servicios que la comunidad arbitral ofrece a sus usuarios ampliando con ello el alcance de sus habilidades y respondiendo a la creciente demanda de métodos más eficientes y flexibles para la resolución de disputas en el ámbito internacional. De esta manera, la comunidad arbitral podría adaptarse mejor a las necesidades y expectativas de las partes, promoviendo resoluciones más rápidas, económicas y satisfactorias.

Los estudios y análisis comparativos entre el arbitraje y los litigios en tribunales estatales han proporcionado suficientes evidencias empíricas de las ventajas de la facilitación de acuerdos mostrando que los procedimientos que incluyen técnicas de facilitación de acuerdos tienden a ser más rápidos, menos costosos, generando una mayor satisfacción de las partes. En [resumen](#), el consenso transnacional en torno a las ventajas de la facilitación de acuerdos en el arbitraje ha surgido como consecuencia de la evolución de las prácticas judiciales, la globalización, la influencia de las instituciones arbitrales, la formación de árbitros, el cambio de percepción entre las partes comerciales y la evidencia empírica que respalda estas tendencias, reflejando un consenso hacia un arbitraje más eficiente, colaborativo y orientado a la resolución de disputas de manera amistosa y beneficiosa para todas las partes involucradas.

68. Un tribunal arbitral que se centre en la eficacia procesal, la gestión de casos y el voluntarismo no solo reduce significativamente el tiempo y los costos asociados con el arbitraje, sino que también es susceptible de mejorar la calidad y la justicia del proceso, beneficiando a todas las partes involucradas. La facilitación de acuerdos se ha convertido en una parte adicional genuina del mandato del árbitro moderno. La transacción es completamente compatible con el arbitraje y, de hecho, enriquece y optimiza el proceso arbitral proporcionando a las partes una herramienta poderosa para resolver sus disputas de manera eficiente, rápida y económica. Para maximizar los beneficios de esta compatibilidad, tanto los árbitros como las instituciones arbitrales deberán adoptar enfoques dinámicos y flexibles que fomenten la resolución amistosa de las controversias dentro del propio proceso arbitral. De esta manera, el arbitraje continuará evolucionando como un método de resolución de disputas adaptado a las dinámicas y exigencias del comercio global.

Muchos árbitros, profesionales del arbitraje y académicos están reconociendo ahora que el paradigma tradicional del árbitro como un simple adjudicador debe ser redefinido para incorporar un concepto más amplio de la función arbitral inclusiva de la gestión activa del caso en todas las etapas del procedimiento, la pronta resolución de algunas o todas las cuestiones y las actividades que preparan el terreno para la solución. Dicha comprensión ampliada de la función del árbitro es ahora reconocida en muchas leyes de arbitraje modernas, reglamentos de arbitraje e instrumentos de Derecho indicativo que confieren explícitamente al tribunal arbitral la facultad de facilitar la conciliación, si las partes así lo requieren.

Mientras que el arbitraje ha alcanzado progresos significativos en diversas áreas, la integración de la facilitación de acuerdos dentro del proceso arbitral sigue siendo un sector con gran potencial de mejora. Al adoptar una perspectiva más anticipatoria y considerar la facilitación de acuerdos como parte integral del arbitraje, las instituciones arbitrales están en disposición no solo de mejorar la eficacia del arbitraje, sino también responder mejor a las necesidades y expectativas de los usuarios contemporáneos.

Se impone, pues, la necesidad de que la comunidad arbitral considere seriamente la integración de prácticas que aseguren la relevancia y adaptación del arbitraje a las necesidades contemporáneas de las partes en disputa. Actualmente, estamos en medio de un diálogo internacional continuo y expansivo que está estimulando una reevaluación de las funciones desempeñadas por los árbitros y otras partes interesadas en los procesos de arbitraje y solución de controversias, descansando esta evolución en una nueva ola de estudios empíricos, incluidos aquellos que exploran y examinan las percepciones y experiencias.

69. Siendo innegable el creciente reconocimiento y una inclinación general a favor de que los árbitros se involucren en facilitar acuerdos entre las partes, no faltan preocupaciones válidas acerca del alcance de dicha implicación. Los reglamentos de arbitraje que reconocen a los árbitros como facilitadores de la conciliación les exigen ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos, y que siempre hagan todo lo posible para garantizar que cualquier laudo posterior sea ejecutable en derecho. Aparte de ello, los árbitros deben obtener el consentimiento expreso de las partes antes de intentar promover la conciliación de la controversia y evitar en la medida de lo

posible el caucus.

Se ha sugerido que los árbitros no deben verse influenciados por información extraoficial recibida durante el proceso de conciliación. Aunque algunos dudan de la viabilidad de esta eventualidad, no parezca que haya especiales obstáculos para ella teniendo en cuenta el requisito de que los laudos deben ser motivados. Se espera que se pueda alcanzar un equilibrio entre la facilitación de la transacción y la adjudicación, de modo que la transacción en el arbitraje se utilice como un medio viable para reducir los gastos y mejorar la eficacia del proceso.

En resumen, la integración de prácticas de facilitación en el arbitraje debe hacerse cuidadosamente para mantener la imparcialidad y la integridad del proceso. Con las salvaguardias adecuadas, los árbitros desempeñan un importante papel en la resolución de disputas, mejorando la eficiencia y reduciendo los costos sin comprometer la justicia y la equidad del arbitraje.

Para determinar la evolución futura hacia una norma transnacional en la facilitación de transacciones por parte de árbitros, es útil examinar las ventajas y desventajas de esta práctica, así como las tendencias históricas en la resolución de conflictos. Las ventajas incluyen la eficiencia, ya que la intervención de los árbitros acelera significativamente el proceso de resolución de litigios y el árbitro, familiarizado ya con el caso, evitando la duplicación de trabajo y gastos adicionales. Cuenta para ello con la capacidad de controlar el calendario del procedimiento, eligiendo el momento adecuado para facilitar la conciliación, lo que mejora las posibilidades de un acuerdo exitoso. Asimismo, un acuerdo alcanzado durante el arbitraje es susceptible de ser incluido en un laudo por consentimiento, ejecutable bajo la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo, existen también desventajas importantes. La imparcialidad del árbitro se verá amenazada si obtiene información durante la facilitación del acuerdo que podría influir en su objetividad, máxime si se reúne en privado con una de las partes, la otra quedaría en desventaja, generando una percepción de falta de equidad. Las partes pueden sentir presión para llegar a un acuerdo debido a la influencia del árbitro, lo que podría percibirse como coerción. También existe el riesgo de que las partes no sean completamente honestas durante la conciliación, temiendo que el árbitro use esa información en el laudo final.

En respuesta a estas preocupaciones, se propone una reglamentación transnacional de la facilitación de acuerdos por parte de los árbitros que contemple varias salvaguardias: a) Realizarse con el consentimiento informado de las partes, implicando una renuncia a la recusación del árbitro o del laudo si la transacción fracasa; b) La intervención del árbitro debe ser evaluativa y breve, sin reuniones separadas con las partes, y debe respetar la libertad de decisión de estas, sin forzar el acuerdo; c) ciertas disputas, como las relacionadas con el dopaje deportivo, no son aptas para la resolución por un árbitro debido a los intereses públicos implicados; y d) si el árbitro pierde su objetividad tras un intento fallido de facilitación está obligado a renunciar.

A modo de cierre, esta reglamentación trataría de equilibrar las ventajas y desventajas de la facilitación de transacciones por parte de árbitros, integrando diferentes tradiciones y prácticas. Con el establecimiento de estas salvaguardias, será factible que la facilitación de la conciliación por el tribunal arbitral mejore la eficiencia del arbitraje y gane aceptación como una norma transnacional

con el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMSON, H., «Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 10, n° 1, 1999, pp. 1–17.

AHMED, M., «Settlement in International Arbitration: Comments on the CEDR Settlement Rules», *Arbitration*, vol. 76, n° 2, 269–276.

AKSEN, G., «On Being a Pro-Active International Arbitrator», *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (R. Briner y otros, eds.), Colonia, Heymanns, 2001, pp. 13–19.

ALBERSTEIN, M., «Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 22, n° 2, 2007, pp. 321–374.

ALEXANDER, N.M., «Opening the Mediation Window in the Arbitration House», *Can. Arb. & Med. J.*, vol. 20, n° 2, 2011, pp. 37–43.

ALI, S.F., *Resolving Disputes in the Asia-Pacific Region International Arbitration and Mediation in East Asia and the West*, Routledge, 2010.

ALLEMANN, R.G., «Mind the settlement gap: A call for more effective judicialization of international commercial arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 38, n° 4, 2022, pp. 231–248.

ANTHONY, P.K. y WEINSTEIN, L.J., «The Social Science Edge in Arbitration and Mediation», *New York Disp. Lawyer*, vol. 5, n° 2, 2012, p. 17–19.

BAKER, W.J. «Mandating Early Neutral Evaluations: Efficient or Excessive?», *Pepperdine Disp. Resol. L. J.*, vol. 22, n° 2, 2022, pp. 581–607.

BARNES, B.E., *Culture, conflict, and mediation in the Asian Pacific*, Lanham, University Press of America, 2007.

BARTEL, B.C., «Comment, Med-Arb As A Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential», *Williamette L. Rev.*, vol. 27, 1991, pp. 661–683.

BEIMEL, I.H., *Independence and impartiality in international commercial arbitration: an analysis with comparative references to English, French, German, Swiss, and United States law*, La Haya, Eleven, 2021.

BERGER, K.P., «Law and Practice of Escalation Clauses Get access Arrow», *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 1, 2006, pp. 1–18.

BERGER, K.P., «The Settlement Privilege», *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 2, 2008, pp. 265–276.

BERGER, K.P., *Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration*, 3ª ed., Centre for Transnational Law – Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015.

BERGER, K.P., «The Direct Involvement of the Arbitrator in the Amicable Settlement of the Dispute: Offering Preliminary Views, Discussing Settlement Options, Suggesting Solutions, Caucusing», *J. Int'l Arb.*, vol. 35, n° 5, 2018, pp. 501–516.

BERGER, K.P. y JENSEN, J.O., «The Arbitrator's Mandate To Facilitate Settlement», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 40, n° 3, 2017, pp. 887–917.

BERGER, K.P. y JENSEN, J.O., «Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators», *Arb. Int'l*, vol. 32, 2016, pp. 415–435.

BERTRAND, E., «Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?», *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n° 2, pp. 133–141.

BLACKABY, N., PARTASIDES, C., REDFERN, A. y HUNTER, M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed, Oxford University Press, 2015.

BÖCKSTIEGEL, K.–H., «Experiences and Suggestions Regarding the Functioning of International Arbitration Institutions», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 20–26.

BOLTENKO, O. y KAPLAN, N., «A Secret Tool for Winning an Arbitration Case», *Asian Disp. Rev.*, vol. 17, 2025, pp. 116–121.

BOUHRING–UHLE, C., *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 1996.

BREWER, T. y MILLS, L.R., «Combining mediation and arbitration», *Disp. Resol. J.*, vol. 54, n° 4, 1999, pp. 32–39.

BURTON, S.J., «Combining Conciliation with Arbitration of International Commerce Disputes», *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 18, 1995, pp. 637–658.

CALKINS, R.M., «Caucus Mediation– Putting Conciliation Back into the Process: The Peacemaking Approach to Resolution, Peace, and Healing», *Drake L. Rev.*, vol. 54, n° 2, 2006, pp. 259–320.

CASTRESANA, L.F., «Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos (*expert determination*)», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n° 13, 2022.

CHANG, W.S., «Combination of Arbitration with Conciliation and Remittance of Awards –With Special Reference to the Asia–Oceania Region», *J. Int'l Arb.*, vol. 19, n° 1, 2002, pp. 51–65.

CHENEY, B., «Commercial disputes: the mini-trial option», *Victoria Univ. of Wellington L. Rev.*, vol. 19, n° 2, 1989, pp. 153–181.

CHUA, E., «A contribution to the conversation on mixing the modes of mediation and arbitration: Of definitional consistency and process structure», *Trans. Disp. Manag.*, 5, 2018, pp.1–15.

COLATRELLA Jr., M.T., «Informed Consent in Mediation: Promoting Pro Se Parties' Informed Settlement Choice While Honoring the Mediator's Ethical Duties», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol.15., n°.3, 2012, pp. 705–775.

COLE, T. (ed.), *The Roles of psychology in international arbitration*, Wolter Kluwer, 2017.

COLLINS, M., «Do International Arbitral Tribunals Have any Obligations to Encourage Settlement of the Disputes Before Them?», *Arb. Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, pp. 333–343.

CROWTER, H., «The Pro-Active Arbitrator», *Arbitration*, vol. 64, n° 2, 1998, pp. 88–92.

CUCARELLA GALIANA, L.A., «La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso», *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, n° 26, 2012.

DEASON, E.E., «Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral a Framework for Judicial Review», *Yearb. Arb. & Mediation*, vol. 5, 2013, pp. 219–248.

DEZALAY, Y. y GARTH, B.G., «Fussing About the Forum: Categories and Definitions as Stakes in a Professional Competition», *L. Soc. Inquiry*, vol. 21, 1996, pp. 285 y 295.

DIAMOND, S.S., «Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issue for International Arbitration», *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, n° 11, Londres, 2003, pp. 337 ss.

DIAMOND, S.S., «The Psychology of the Decision Making Process», *Asian Disp. Rev.*, vol. 17, 2015, pp. 197–204.

ELSING, A.H., «Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds», *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2011, n° 3, pp. 114–123.

FAVALLI, D. y HASENCLEVER, M.K., «The Role Of Arbitrators In Settlement Proceedings», *Mealey's Int'l Arb. Report*, vol. 23, n°. 7, 2008, pp. 1–10.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Avenencia o ADR*, Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid – Iurgium, 2023.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 99–124.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Laudo por acuerdo de las partes», *El laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 87-123.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Tránsito del arbitraje de las tecnologías de la información a la inteligencia artificial en las controversias internacionales», *Anuario de Arbitraje*, 2024 (en prensa).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 37–93.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n° 11, 2022.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje*, 2022, pp. 295–384.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos», *Mediación civil y mercantil* (F. Ruíz Risueño y J.C. Fernández Rozas), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 67–108.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La transacción: alternativa o complemento del litigio judicial o de la controversia arbitral», *Arbitraje comercial. Nuevas tendencias y oportunidades*, Barcelona, J.M. Bosch ed., 2024, pp. 113–155.
- FISCHER–ZERNIN, V. y JUNKER, A., «Arbitration and Mediation: Synthesis or Antithesis?», *J. Int'l Arb.*, vol. 5, n° 1, 1988, pp. 21–40.
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey–Bass Inc., 1984.
- FRANCK, S.D., «The role of international arbitrators», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 12, n° 2, 2006, pp. 499–522.
- FRANCK, S.D., VAN AAKEN, A., FREDA, J., GUTHRIE, C. y RACHLINSKI, J.J., «Inside the Arbitrator's Mind», *Emory L.J.*, vol. 66, 2017, pp. 1115 ss.
- FREUND, J.C., «Calling All Deal Lawyers—Try Your Hand at Resolving Disputes», *The Business Lawyer*, vol. 62, n° 1, 2006, pp. 37–53.
- FRIEDMAN, G.J. y HIMMELSTEIN, J., *Challenging Conflict: Mediation Through Understanding*, American Bar Association, 2008.
- GERBAY, R., *The Functions of Arbitral Institutions*, Wolter Kluwers Law & Business, 2016.
- GILL, J., «The Role of the Arbitrator in Bringing About a Settlement – An English Perspective», *Best Practices in International Arbitration* (M. Wirth, ed.), ASA Special Series, n° 26, 2006, pp.155–165.

- GOLDBERG, S.B. y Shaw, M.L., «The Past, Present, and Future of Mediation as Seen through the Eyes of Some of Its Founders», *Negotiation J.*, vol. 26, n° 2, 2010, pp. 237–253
- GOLDFIEN, J.H. y Robbennolt, J.K., «What if the Lawyers Have Their Way? An Empirical Assessment of Conflict Strategies and Attitudes Toward Mediation Styles», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol 22, 2007, pp. 277–319.
- GOMM FERREIRA DOS SANTOS, M., «The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements», *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 10, n° 38, 2023, pp 7-15.
- GOODRICH, M., «Arb–Med: Ideal Solution or Dangerous Heresy?», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 15, n° 1, 2012, pp. 12–19.
- GUANDALINI, B., *Economic analysis of the arbitrator's function*, Alphen aan den Rijn , Kluwer Law International, 2020.
- HARPOLE, A., «The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China», *J.Int'l Arb.*, vol. 24, n° 6, 2007, pp. 623–633.
- HASCHER, D., «Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 279, 1999, pp. 51–104.
- HENRIQUES, D.G., «The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration», *ASA Bull.*, vol. 36, n° 2, 2018, pp. 351–363.
- HENRY, M., «Les Prague Rules: ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2019, pp. 1–13.
- HOELLERING, M.F., «Mediation & Arbitration: A Growing Interaction», *Disp. Resol. J.*, vol. 52, 1997, pp. 23–25.
- HOELLERING, M.F., «The Mini–Trial», *Arb. J.*, vol. 37, n° 4, 1982, pp. 48 ss.
- HOFFMAN, D.A., «Mediation and the Art of Shuttle Diplomacy», *Negotiation J.*, vol 27, n° 3, 2011), pp. 263–309.
- HWANG, M., «The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n°. 12, 2005, pp. 571–581.
- JIMÉNEZ UGARTE, J., «Interacción entre mediación y arbitraje en Cortes e instituciones internacionales», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI* (A. Fernández Pérez , dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 204 ss.
- KAMENÛECKA-USOVA, M., *Legal Aspects of Alternative Dispute Resolution in Sports Law*, Riga, Rīga

Stradiņš University, 2021.

KANG, C., «Oriental Experience Of Combining Arbitration With Conciliation: New Development Of CIETAC And Chinese Judicial Practice», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 40, n° 1, 2017, pp. 919–951.

KAUFMANN–KOHLE, G., «Globalization of Arbitral Procedure», *Vanderbilt J. Trans'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1313–1333.

KAUFMANN-KOHLER, G. y BONNIN REYNES, V., «The Arbitrator as Conciliator: a Statistical Approach of the Relation between an Arbitrator's Role and his/her Legal Culture», *ICC Bull.*, vol. 18, n° 2, 2007, pp. 79-88.

KAUFMANN-KOHLER, G., «When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard», *Arb. Int'l*, vol. 25, n° 2, 2009, pp. 187-205.

KESSEDJIAN, C., «Inherent and Discretionary Powers of Arbitrators», *Rethinking the Paradigms of International Arbitration* (B.M. Cremades y P. Peterson, eds), ICC Institute of World Business Law, Dossier XX, 2023, pp. 17–35.

KOCH, C. y SCHÄFER, E., «Can It be Sinful for an Arbitrator Actively to Promote Settlement?», *Arb. & Disp. Resol. L.J.*, 1999, pp. 53–184.

KREINDLER, R.H., «Transaction et arbitrage dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CCI», *Bull. CCI*, vol. 9, n° 2, 1998, pp. 22 ss.

KRÖLL, S. y KERKHOFF, T., «Settlement Efforts and Contract Adaptation by Arbitral Tribunals», *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2023, pp. 917–956.

KRÖLL, S.M., «Promoting Settlements in Arbitration: The Role of the Arbitrator», *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 209–224.

KRYVOI, Y. y DAVYDENKO, D., «Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement», *Brooklyn J. Int'l L.*, vol. 40, n° 3, 2015, pp. 827–868.

LACK, J., «Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties» (A. Ingen–Housz, ed.), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2010, pp. 339–379.

LAHLOU, Y., «How to Mock Your Case Effectively», *The Guide to Advocacy* (S. Jagusch y P. Pinsolle, eds.), 3ª ed., Londres, Law Business Research Ltd, 2018, pp. 176–181.

LALAGUNA HOLZSWARTH, M., «La aplicación en España de Med–Arb, Arb–Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° 4, 2020.

- LALIVE, P., «The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators A Swiss View», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n°. 12, 2005, pp. 556–564
- LANGLEY, J., GILFEDDER, C., y. TJONG, A., «Settlement in arbitration: should arbitrators play a greater role?», julio 2024 [<https://www.dentons.com/en/insights/articles/2024/july/16/settlement-in-arbitration-should-arbitrators-play-a-greater-role>].
- LAUBSCHER, M., «Contract as a Basis for Mediation Confidentiality», *SA Mercantile L.J.*, vol. 33 n° 1, 2021, pp. 112–136.
- LEGUM, B., «Toward A Complementary Use Of Conciliation In Investor-State Disputes - A Preliminary Sketch», *Trans. Disp. Manag*, vol. 4, n° 1, 2007.
- LEVINE, D.I., «Early Neutral Evaluation: The Second Phase», *J. Disp. Resol.*, 1989, n° 4, pp. 1–49.
- MACGRATH, D., «How Do You Get to Carnegie Hall?» The Unsung Benefits of Mock Arbitrations», *Kluwer Arbitration Blog*, June 1, 2023.
- MARTINEZ-FRAGA, P.J., *The American Influence on International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2020, pp. 259 ss.
- MARZOLINI, P., «The Arbitrator as a Dispute Manager—The Exercise of the Arbitrator’s Powers to Act as Settlement Facilitator», *The Arbitrator’s Initiative: When, Why and How Should It Be Used?*, ASA Special Series, n° 45, Huntington, 2016, pp. 99–119.
- MARZOLINI, P., «The Efficient Conduct of the Arbitration Proceedings and the ‘New’ Role of Arbitrators: A Challenging Journey Through Promises and Expectations», *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Springer International Publishing, 2020, pp. 111–129.
- MENKEL-MEADOW, C., «Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering», *Fla. State Univ. L. Rev.*, vol. 27, 1999, pp. 153–192.
- MERRILLS, G. y DE BRABANDERE, E., *Merrills' International dispute settlement*, Cambridge, UK /; New York, NY, Cambridge University Press, 2022
- METSCH, R. y GERBAY, R., «Prospect Theory and due process paranoia: what behavioural models say about arbitrators’ assessment of risk and uncertainty», *Arb. Int’l*, vol. 36, n° 2, 2020, pp. 233–252.
- MISTELIS, L., «The Settlement–Enforcement Dynamic in International Arbitration», *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 19, nos 3–4, 2008, pp. 377–389.
- MOORE, C.W., *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 4ª ed., San Francisco, Jossey-Bass 2014.
- NAPPERT, S. y FLADER, D., «A Psychological Perspective on the Facilitation of Settlement in International Arbitration – Examining the CEDR Rules», *J. Int’l Disp. Settl.*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 459–

470.

NEWMARK, C., «Is Mediation Effective for Resolving Sports Disputes?», *Mediation Sports Disputes. National and International Perspectives* (I. Blackshaw, ed.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 2002, pp. 78-82.

NICKERSON, R.S., «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General Psychology*, 1998, pp. 188 ss.

NIGMATULLINA, D., «The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study», *J. Int'l Arb.*, vol. 33, n° 1, 2016, pp. 37-82 .

NIGMATULLINA, D., *Developing Efficient Dispute Resolution Solutions for International Commercial Disputes: Ways to Address Concerns Associated with the Combined Use of Mediation and Arbitration by the Same Neutral*, The University of Western Australia, Faculty of Law, 2016 [https://api.research-repository.uwa.edu.au/ws/portalfiles/portal/9759400/THESIS_DOCTOR_OF_PHILOSOPHY_NIGMATULLINA_Dilyara_2016.PDF].

NOLAN-HALEY, J., «Mediation: The 'New Arbitration'», *Harvard Neg. L. Rev.* .., vol. 16, pp. 61-92.

O'CALLAGHAN, X., «La transacción», *Compendio de Derecho civil*, t. 2, *Obligaciones y contratos*, vol. 2, Madrid, Edersa, 2001.

PARALIKA, M. y SCHLÄPFER, A.V., «Striking the Right Balance: The Roles of Arbitral Institutions, Parties and Tribunals in Achieving Efficiency in International Arbitration», *BCDR Int'l Arb.* ., vol. 2, n° 2, 2015, pp. 329-341.

PARK, W.W., «Arbitrators and Accuracy », *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 25-53.

PARK, W.W., «Arbitration bias», *Trans. Disp. Manag.*, vol . 12, 2015.

PFISTERER, S., «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 4, 2013, pp. 649-679.

PIÑAR GUZMÁN, B., «La dirimencia por experto en el Derecho español», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° . 7, 2021.

PIÑAR GUZMÁN, B., «Las soluciones más convincentes a los problemas más acuciantes en la interacción entre arbitraje y mediación», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 193-202.

PITKOWITZ, M.M. y RICHTER, M.-T., «May a Neutral Third Person Serve as Arbitrator and Mediator in the same Dispute?», *SchiedsVZ*, 2009, pp. 225-232.

PLANT, D.W., «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *J.Int'l Arb.*, vol. 17 , n° 1, 2000, pp. 143-146.

- POITRAS, J. «The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators», *Int'l. J. Confl. Management*, vol. 24, n° 1, 2013, pp. :23–39.
- PRYLES, M., «Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, 2007, pp. 327–339.
- PRYOR, W. y O'BOYLE, R.M., «Public Policy ADR: Confidentiality in Conflict», *Saint Mary University L. Rev.*, vol. 46, n° 5, 1993, pp. 2207–2220.
- PUCHKOV, S., «Psycholawgy: What Dispute Resolution Practitioners Overlook?» *J. Int'l Arb .*, vol. 35, n° 4, 2028, pp. 463–480.
- PUNZI, C., «Relazioni fra arbitrato e le altre forme non guirisdizionali di soluzione delle liti», *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385–409.
- RAESCHKE–KESSLER, H., «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *Arb. Int'l*, vol, 21, n° 4, 2005, pp. 523–536.
- REDFERN, A., «The Changing World of International Arbitration», *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (D.D. Caron, S.W. Schill , A. Cohen Smutny, E.E. Triantafilou y C.N. Brower, eds.), Oxford University Press, 2015, pp. 46–51.
- REEG, A., «Should an International Arbitral Tribunal Engage in Settlement Facilitation?»., *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 339–348.
- RIEGER, H., «Alternative Dispute Resolution Versus Schiedsgericht», *ASA Bull.*, vol. 4, n° 2, 1996 pp. 190–198.
- RIGOZZI, A., *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn 2005.
- RISKIN, L.L., «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed», *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 1, 1996, pp. 7–51.
- ROSOFF, J., «Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med–Arb and Arb–Med Proceedings», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, n° 1, 2009, pp. 89–100.
- ROSS, W.H. y CONLON, D.E., «Hybrid Forms of Third–Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration», *The Academy of Management Review*, vol. 25, n° 2, 2000, pp. 416–427.
- ~~ROSS, W.H. y CONLON, D.E., «Hybrid Forms of Third–Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration», *The Academy of Management Review*, vol. 25, n° 2, 2000, pp. 416–427.~~
- RUCKTESCHLER, D. y WENDELSTEIN, A., «Efficient Arb–Med–Arb Proceedings: Should the

Arbitrator also be the Mediator?», *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 6, 2021, pp. 761–774

SALOMON, C. y DURNING, P., «Making the most of mock arbitrations. Do Not Enter: Rehearsal In Progress», *Global Arb. Rev.*, News, 25 mayo 2017 [<https://www.fedarb.com/wp-content/uploads/2019/05/Making-the-most-of-mock-arbitrations-Claudia-Salomon.pdf>].

SANDER, F.E.A. y ROZDEICZER, L., «Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure: Detailed Analysis and Simplified Solution», *The Handbook of Dispute Resolution* (M.L. Moffitt y R.C. Bordone, eds.), Jossey-Bass, 2005, pp. 386–406.

SCHNEIDER, M., «The Uncertain Future of the Interactive Arbitrator: Proposals, Good Intentions and the Effect of Conflicting Views on the Role of the Arbitrator», *The Evolution and Future of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 379–392.

SCHONEWILLE, M.A. y FOX, K.H., «Moving beyond 'Just' a Deal, a Bad Deal or No Deal», *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2010 pp. 81–115

SCOTT DONAHEY, M. y HARMONY, S., «Is the Asian Concept of the Conciliator/ Arbitrator Applicable in the West?», *Disp. Resol. J.*, vol. 50, 1995, pp. 74 ss.

SHIRAVI, A. y ABDOLLAHIM, M.J., «Privacy and confidentiality in alternative dispute resolution methods», *Int'l J. of Economic Perspectives*, vol. 11, 2017, pp. 835–844.

STAMPA, G., «La Reglas de Praga», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XII, n° 2019, pp. 157–166.

STAMPA, G., «The Prague Rules», *Arb. Int'l*, vol. 35, n° 2, 2019, pp. 221–244.

STEELE, B.L., «Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention», *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, pp. 1385–1399.

STEIN, E., «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2024», *b-Arbitra (Belgian Rev. Arb.)*, 2024, n° 1, pp. 277–284.

STIPANOWICH, T. y ULRICH, Z.P., «Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play», *Penn St. Y.B. Arb. & Mediation*, vol. 6, 2014.

STIPANOWICH, T.J., «Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on MedArb, Arb-Med, and Settlement Oriented Activities by Arbitrators», *Harvard Neg. L. Rev.*, 2021, vol. 26, pp. 265–369.

STIPANOWICH, T.J., «Arbitration: The 'New Litigation'», *Univ. Illinois L. Rev.*, 2010, n° 1, pp. 1–59.

STUTZER, H., «Settlement Facilitation: Does the Arbitrator have a Role? The 'Referentenaudienz' – the 'Zurich-Way' of settling the Case», *Bull ASA*, vol. 35, n° 3, 2017, pp. 589–600.

- SUSSMAN, E. y LAWRENCE, J., «A Mock Arbitration for Your Case: Optimizing Your Strategies and Maximizing Success», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 41, n° 4, 2017, pp. 1.017–1041.
- SUSSMAN, E., «Arbitrator Decision Making Unconscious Psychological Influences and What You Can Do about Them», *Yearbook on International Arbitration*, vol. IV, 2015, pp. 69–98.
- SUSSMAN, E., «Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions», *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II (A. Ingen–Housz, ed.), Kluwer Law International, 2011, pp. 381–398.
- TANG, H., «Combination of Arbitration with Conciliation: Arb–Med», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 547–555.
- TASHIRO, K., «Conciliation or Mediation During the Arbitral Process—A Japanese View», *J. Int'l Arb.*, vol. 12, n° 2, 1995, pp. 119–134; K. Tashiro, «Conciliation or Mediation During the Arbitral Process—A Japanese View», *J. Int'l Arb.*, vol. 12, n° 2, 1995, pp. 119–134.
- TANNOUS, S., «Transcending the Common/Civil Law Divide: The Role of the Modern International Arbitrator», *The Plurality and Synergies of Legal Traditions in International Arbitration: Looking Beyond the Common and Civil Law Divide* (N. Comair–Obeid y S. Brekoulakis, eds), Kluwer Law International, 2023 pp. 46 ss
- TCHAKOUA, J.–M., «Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties: les limites d'un déguisement bien utile = The status of the arbitral award by consent : the limits of a useful ruse», *Rev. dr. aff. int.*, n° 7, 2002, pp. 775–793
- TRAKMAN, L., «Legal Traditions and International Commercial Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 1, 2007, pp. 1–43.
- TRAKMAN, L.F., «The Efficient Resolution of Business Disputes», *Can. Bus. LJ.*, vol. 30, 1998, pp. 321.
- VAN DER HAGEN, M., «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *Rev. dr. aff. int.*, 1996, n° 2, pp. 255–272
- VINSON, D.E. y REICHTER, K., *Arbitration: The Art & Science of Persuasion*, Oxford, UK, Nueva York, Oxford University Press, 2022
- VORYS, Y., «The Best of Both Worlds: The Use of Med–Arb for Resolving Will Disputes», *Ohio State J. Disp. Resol.*, 2007, pp. 871–898.
- WAINCYMER, J., «Optimizing the use of Mediation in International Arbitration: A Cost–Benefit Analysis of 'Two Hat' Versus 'Two People' Models», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford Academic, 2016, pp. 305–316.
- WAITES, R.C. y LAWRENCE, J.E., «Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy»

(D. Bishop y E. G. Kehoe, eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2ª ed, Nueva York, Juris Arbitration Law, 2010, pp. 109 ss.

WANG, G., «Mediation in the globalized business environment», *Asia Pacific L. Rev.*, vol. 17, n° 1, 2009, pp. 47–66.

WATKINS, D., «A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions», *Am. J. Med.*, vol. 4, 2010, pp. 19 ss.

WELSER, I y MIMNAGH, A., «An Arbitrator's Imperative – How to Avoid Disappointing the Parties, Preventing Surprises and Enabling Efficient and Progressive Arbitral Proceedings», *Austrian Yearb. In'l Arb.*, 2021, pp. 127–155.

WELTON, G.L., PRUITT, D.G., MCGILLICUDDY, N.B., «The Role of Caucusing in Community Mediation», *J. Conflict Resol.*, vol. 32, n° 1, 1988, pp. 181–202.

WILSKE, S., «Significant Differences in International Arbitration in the 'East' and the 'West': Myth, Reality, or Lost in Globalization?», *Legal Thoughts between the East and the West in the Multilevel Legal Order, A Liber Amicorum in Honour of Professor Herbert Han-Pao Ma* (C. Lo, N.N.T. Li y T. Lin, eds.), Springer, 2016, pp. 543–553.

WIRTH, M., «Settlement Facilitation», *Ten Years of Swiss Rules of International Arbitration*, ASA Special Series No. 44, 2014, pp. 95–96.

YE, A., «Commentary on Integrated Dispute Resolution Systems in the PRC», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 478–483.

.....
(1)

Con independencia de la credibilidad de este tipo de encuestas, cabe referirse al estudio realizado por PricewaterhouseCoopers y la Escuela de Arbitraje Internacional, *International Arbitration: Corporate attitudes and practices*, 2008 que señaló un 34 % de este tipo de acuerdos, frente a los que concluyeron en un laudo pronunciado por los árbitros. Más concretamente, casi tres cuartas partes de los acuerdos se produjeron antes de la vista sobre el fondo del asunto, el 43% de los casos se resolvieron antes de la primera audiencia del procedimiento de arbitraje y el 31% de los casos se resolvieron después de la audiencia procesal, pero antes de la audiencia sobre el fondo del asunto.
[<https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>]. En los últimos años, los usuarios del arbitraje internacional han reclamado sistemáticamente un proceso de resolución de litigios más ágil y rentable. *Vid.* International Mediation Institute (IMI) Global Pound Conference Series 2016–17, Cumulated Data Results, March 2016 – September 2017, Session 2 Question 5: Global Results [<https://globalpound.org/wpcontent/uploads/2017/11/2017-09-18-Final-GPC-Series-Results-Cumulated-Votes-from-the-GPC-App-Mar.-2016->] International Mediation Institute (IMI) Global Pound Conference Series 2016–17, Cumulated Data Results, March 2016 – September 2017, Session 2 Question 5: Global Results [<https://globalpound.org/wpcontent/uploads/2017/11/2017-09-18-Final-GPC-Series-Results-Cumulated-Votes-from-the-GPC-App-Mar.-2016-Sep.-2017.pdf>],

International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University/White & Cas, 2018

[www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf]. En encuestas como las realizadas por la Global Pound Conference Series del IMI en 2016-2017 y la Queen Mary University junto con White & Case en 2018. Una encuesta más reciente sobre arbitraje internacional de la Universidad Queen Mary de Londres señaló que la mayoría (59%) de los participantes prefería resolver los litigios transfronterizos mediante una combinación de ADR y arbitraje, frente al 31% que estaba a favor del arbitraje como opción aislada. Los que votaron a favor de ambos métodos opinaron en general que la ADR podría aportar un medio más rápido y rentable de resolver el litigio en primera instancia *Vid.* International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world, 2021

[https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf]. En respuesta a una encuesta piloto del Grupo de Trabajo de la Comisión de la CCI, casi el 70% de los 533 participantes y usuarios de los servicios de la CCI consideraron que los árbitros deberían informar a las partes sobre las opciones ADR en la primera conferencia de gestión del caso [Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration], 1 enero 2021: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>]. Mientras tanto, la LCIA informó r de que las partes presentaron 24 solicitudes de resolución anticipada en 2023, frente a 15 en 2022, lo que supone un aumento del 60% [LCIA, «Annual Casework Report 2023», page 28: <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>]. *Vid.* J. Langley, C. Gilfedder y A. Tjong, «Settlement in arbitration: should arbitrators play a greater role?», julio 2024 [<https://www.dentons.com/en/insights/articles/2024/july/16/settlement-in-arbitration-should-arbitrators-play-a-greater-role>].

Ver Texto

(2)

Y. Dezalay y B.G. Garth, «Fussing About the Forum: Categories and Definitions as Stakes in a Professional Competition», *L. Soc. Inquiry*, vol. 21, 1996, pp. 285 y 295.

[Ver Texto](#)

- (3) P.J. Martínez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2020, pp. 259 ss.

[Ver Texto](#)

- (4) Que puede llevar al árbitro a conceder peticiones procesales irrazonables, prolongando así innecesariamente el procedimiento. Precizando la noción se alude con ella a una actitud reticente por parte de los árbitros a actuar con decisión en determinadas situaciones por temor a que el laudo sea objeto de una impugnación por no haberse dado a las partes la oportunidad de defender su caso de forma completa (R. Metsch y R. Gerbay, «Prospect Theory and due process paranoia: what behavioural models say about arbitrators' assessment of risk and uncertainty», *Arb. Int'l*, vol. 36, n° 2, 2020, pp. 233–252), lo cual no beneficia a las partes ni al atractivo del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias. amenazando su propia legitimidad. Bien entendido que en el arbitraje internacional el debido proceso siempre está por encima de la eficiencia, pero esto no quiere decir que la eficiencia no sea importante en esta modalidad de arreglo de controversias; ciertamente lo es, pero siempre es supletoria al debido proceso. La verdadera prueba de las habilidades y el juicio procesal de un árbitro es tratar las situaciones procesales delicadas no con una reticencia injustificada a actuar de forma decisiva y un miedo primario a violar el debido proceso, sino con «la combinación necesaria de justicia y firmeza» (cf. K.P. Berger y J.O. Jensen, «Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators», *Arb. Int'l*, vol. 32, 2016, pp. 415–435).

[Ver Texto](#)

- (5) J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 37–93.

[Ver Texto](#)

- (6) T.J. Stipanowich, «Arbitration: The 'New Litigation'», *Univ. Illinois L. Rev.*, 2010, n° 1, pp. 1–59. A. Redfern, «The Changing World of International Arbitration», *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (D.D. Caron, S.W. Schill, A. Cohen Smutny, E.E. Triantafilou y C.N. Brower, eds.), Oxford University Press, 2015, pp. 46–51.

[Ver Texto](#)

- (7) G. Kaufmann–Kohler, «Globalization of Arbitral Procedure», *Vanderbilt J. Trans'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1313–1333.

[Ver Texto](#)

- (8) C. Koch y E. Schäfer, «Can It be Sinful for an Arbitrator Actively to Promote Settlement?», *Arb. & Disp. Resol. L.J.*, 1999, pp. 53–184.

[Ver Texto](#)

- (9) Art. 30.1º: «Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes». Y aun cuando la legislación nacional no prevea expresamente la facultad de los árbitros para dictar laudos por acuerdo de las partes, dicha facultad pertenece intrínsecamente a los árbitros, como se desprende del principio general *favor conciliationis* (es decir, favorecer la conciliación de las partes contendientes) existente en cualquier sistema jurídico desarrollado. Cf. Y. Kryvoi y D. Davydenko, «Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement», *Brooklyn J. Int'l L.*, vol. 40, n° 3, 2015, pp. 827–868, p. 836.

[Ver Texto](#)

- (10) Para referirse a las negociaciones asistidas en las que el papel del tercero puede adoptar diversas formas con vistas a ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo. Los términos «mediación» y «conciliación» se utilizan en este estudio de manera intercambiable, aunque por descontado no son sinónimos. Una confusión habitual se debe a la variabilidad y ambivalencia con que las legislaciones estatales definen y regulan ambas instituciones. La diferencia fundamental radica en que el conciliador, dentro de sus funciones, puede proponer fórmulas de arreglo, mientras que el mediador se enfoca en acercar a las partes y ayudarles a superar obstáculos de comunicación sin ofrecer propuestas concretas. En tanto que tercero neutral un mediador se mueve entre las partes, escuchando primero a una y luego a la otra, e intentando persuadirlas para que se centren en sus intereses reales en lugar de en lo que consideran sus derechos legales, mientras que el papel del conciliador consiste en hacer propuestas de solución o, en palabras del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, art. 7.1º del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980), ayudar «a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia» (*Redfern and Hunter on International Arbitration, op. cit.*, n° 1.138). La adecuación de la mediación o conciliación en un caso particular depende de varios factores, como la necesidad de las partes de preservar una relación interpersonal o comercial, la confidencialidad del proceso, y la flexibilidad del número de sesiones, que varía según la complejidad del asunto y la disposición de las partes a seguir negociando. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, «Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos», *Mediación civil y mercantil* (F. Ruíz Risueño y J.C. Fernández Rozas), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 67–108, esp. pp. 72–74.

[Ver Texto](#)

- (11) *Vid.* mi estudio, «La transacción: alternativa o complemento del litigio judicial o de la controversia arbitral»,

Arbitraje comercial. Nuevas tendencias y oportunidades, Barcelona, J.M. Bosch ed., 2024, pp. 113–155, esp. 116–118.

[Ver Texto](#)

(12)

L.A. Cucarella Galiana, «La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso», *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, n° 26, 2012.

[Ver Texto](#)

(13) Considera X. O’Callaghan que «No se trata, pues, de una renuncia o cesión de un derecho, sino del sacrificio de pretensiones, sin que se pueda afirmar con total seguridad que tenían una base segura y cierta, sino que se movían en una incertidumbre por lo menos subjetiva. Dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, dice el art. 1809, aunque en el término de cosa, debe incluirse el de derecho: *aliquid datum, aliquid retentum*, derecho real o de crédito, total o parcial». Cf. «La transacción», *Compendio de Derecho civil*, t. 2, *Obligaciones y contratos*, vol. 2, Madrid, Edersa, 2001, lección 28.

[Ver Texto](#)

(14) La expansión de la mediación a una amplia gama de disputas comerciales ha sido un desarrollo relativamente reciente, que comenzó a consolidarse a mediados de la década de 1970, impulsado particularmente impulsado por la industria de la construcción, con el apoyo de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que se comprometió activamente a promover el uso de la mediación como un medio eficaz de resolución de conflictos. Como es sabido la industria de la construcción se caracteriza por relaciones jurídicas intrincadas y un alto grado de riesgo inherente a la naturaleza del proceso constructivo. Los proyectos de gran envergadura, las condiciones cambiantes en el lugar de la obra y la compleja interrelación entre las diversas partes involucradas —como el propietario, el arquitecto, el ingeniero, el contratista, los subcontratistas y los proveedores— crean un entorno propenso a la generación de disputas que hicieron que la mediación, con su tendencia hacia la resolución colaborativa y consensuada de conflictos, fuese especialmente adecuada para gestionar y resolver los conflictos que surgen en este sector, evitando los costos y las demoras asociadas al litigio tradicional, lo cual no solo ha permitido una gestión más eficaz de las controversias, sino que también ha servido como modelo para su expansión a otras áreas del comercio y la industria. [Vid.](#) M.F. Hoellering, «Mediation & Arbitration: A Growing Interaction», *Disp. Resol. J.*, vol. 52, 1997, pp. 23–25

[Ver Texto](#)

(15) H. Abramson, «Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases», *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 10, n° 1, 1999, pp. 1–17, esp. 5–6.

[Ver Texto](#)

(16) El advenimiento del árbitro proactivo se ha consolidado gracias a las nuevas normas procesales transnacionales, como las Normas de la IBA sobre la obtención de pruebas en el arbitraje comercial internacional que asumen y fomentan un papel más activo del árbitro, creando un entorno donde se espera que el árbitro no solo gestione el proceso, sino que también participe activamente en la identificación y discusión de cuestiones relevantes y materiales para el caso. Este nuevo paradigma contrasta con la

interpretación del art.19.2º de la Ley Modelo CNUDMI, que confería al tribunal arbitral plena discrecionalidad en la conducción del procedimiento, siempre sujeto al acuerdo de las partes y a las disposiciones obligatorias de dicha Ley, como los principios de igualdad de trato y debido proceso.

Ver Texto

(17)

D. Hascher, «Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 279, 1999, pp. 51–104, esp. p. 85.

Ver Texto

(18) Al parecer los árbitros chinos han sido más propensos a entablar discusiones con las partes para llegar a un acuerdo mientras que el modelo germánico suele inclinarse por admitir opiniones preliminares con el acuerdo de todas las partes, aunque estudios más recientes apuntan a una creciente armonización entre culturas con respecto al papel del árbitro. Cf. Working International Mediation Institute, Group 4, which is titled «Arbitrator Techniques and their (Direct or Potential) Effect on Settlement», «Arbitrator Techniques and their (Direct or Potential) Effect on Settlement», 2021, [<https://imimmediation.org/wp-content/uploads/2021/11/WG-4-Arbitrators-and-settlement-16-Nov-2021.pdf>].

Ver Texto

(19) H. Crowter, «The Pro-Active Arbitrator», *Arbitration*, vol. 64, n° 2, 1998, pp. 88–92; G. Aksen, «On Being a Pro-Active International Arbitrator», *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (R. Briner y otros, eds.), Colonia, Heymanns, 2001, pp. 13–19.

Ver Texto

(20) J. Jiménez Ugarte, «Interacción entre mediación y arbitraje en Cortes e instituciones internacionales», *Interacción entre mediación y arbitraje...*, op. cit., p. 204.

Ver Texto

(21) J.C. Fernández Rozas, «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje*, 2022, pp. 295–384, esp. 312–314.

Ver Texto

(22)

Th. Brewer y L.R. Mills, «Combining mediation and arbitration», *Disp. Resol. J.*, vol. 54, n° 4, 1999, pp. 32–39; W.H. Ross y D.E. Conlon, «Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration», *The Academy of Management Review*, vol. 25, n° 2, 2000, pp. 416–427.

Ver Texto

(23) También conocido como laudo en los términos acordados, es un tipo de laudo arbitral que formaliza un acuerdo transaccional alcanzado por las partes en disputa. A diferencia de los laudos arbitrales

tradicionales, en los que el tribunal arbitral examina y decide sobre el fondo de la controversia, el laudo consentido simplemente refleja y ratifica el acuerdo alcanzado por las partes, *Vid.* A. Fernández Pérez, A. Fernández Pérez, «Laudo por acuerdo de las partes», *El laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 87-123. *Vid.*, *inter alia*, AAA, «Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes», 2004, Canon IV, h), i); IBA, «Directrices sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional», 2014; Nota explicativa sobre la Norma General 4; CNUDMI, «Notas sobre la organización del proceso arbitral», 2016, n° 72; art. 9 Reglas de Praga 2018.

Ver Texto

(24) El procedimiento para alcanzar una decisión vinculante en un arbitraje es flexible y adaptable, pero el tribunal arbitral está obligado a respetar una serie de parámetros, bajo pena de anulación o no ejecución del laudo, en cambio, los métodos como la mediación o conciliación no están sujetos a las mismas normas estrictas, permitiendo mayor flexibilidad y menos formalidad en su ejecución. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed, Oxford University Press, 2015, n° 1.82.

Ver Texto

(25) Un supuesto distinto será cuando la motivación de la solicitud de tiempo adicional se basa en la conveniencia del abogado, la obligación de proceder con diligencia existiría como un factor fuerte y tal vez convincente. *Cf.* M. Pryles, «Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, 2007, pp. 327-339, esp. p. 338.

Ver Texto

(26) Aunque siguen precisando del necesario respaldo. *Vid.* D. Watkins, «A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions», *Am. J. Med.*, vol. 4, 2010, pp. 19 ss. *Vid.* asimismo el manual clásico en la materia de G. Merrills y E. de Brabandere, *Merrills' International dispute settlement*, Cambridge, UK /; New York, NY,: Cambridge University Press, 2022.

Ver Texto

(27) Muchos esfuerzos de acuerdo transaccional suelen tener más éxito cuando el incluye la participación activa no sólo de los abogados sino también de las partes, es decir, las personas con conocimiento personal de la disputa, interés personal en el resultado y autoridad para llegar a un acuerdo. En algunos sistemas, como en EE UU, las verdaderas mediaciones tienen éxito en parte por la oportunidad única de que abogados y clientes se reúnan con sus homólogos en un entorno no contencioso y confidencial. Acaso pueda adaptarse estos criterios a las diferentes prácticas culturales, garantizando al mismo tiempo que las personas con mayor autoridad y conocimiento personal participen en los esfuerzos tendentes a la facilitación.

Ver Texto

(28) *Vid.* E. Sussman, «Arbitrator Decision Making Unconscious Psychological Influences and What You Can Do about Them», *Yearbook on International Arbitration*, vol. IV, 2015, pp. 69-98

Ver Texto

(29) R.S. Nickerson, «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General*

Psychology, 1998, p. 188.

[Ver Texto](#)

(30)

Consecuencia de la tendencia de las personas a emitir juicios sesgados en una dirección de interés propio. Cf. S.S. Diamond, «Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issue for International Arbitration», *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, n° 11, Londres, 2003, p. 337.

[Ver Texto](#)

(31) P.K. Anthony y L.J. Weinstein, «The Social Science Edge in Arbitration and Mediation», *New York Disp. Resol. Lawyer*, vol. 5, n° 2, 2012, p. 18.

[Ver Texto](#)

(32) Cf. R.C. Waites y J.E Lawrence, «Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy» (D. Bishop y E. G. Kehoe, eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2ª ed, Nueva York, Juris Arbitration Law, 2010, pp. 109 ss, esp. p. 114.

[Ver Texto](#)

(33)

La consideración de las influencias psicológicas en la toma de decisiones de los árbitros cada vez cuenta con un mayor desarrollo en la comunidad arbitral, siendo un factor que los abogados seriamente están empezando considerar. A través del estudio sistemático y la observación del comportamiento humano, se llega a que existen patrones consistentes en la forma en que las personas toman decisiones en el contexto de litigios, permitiendo estos patrones hacer suposiciones razonables y bien fundamentadas sobre las decisiones que las partes podrían tomar y prever cómo estas decisiones pueden ser influenciadas o modificadas por la manera en que la información se presenta y los argumentos se exponen durante el procedimiento, suministrando herramientas valiosas para anticipar comportamientos y ajustar estrategias jurídicas en consecuencia *Vid.* E. Sussman, *loc. cit.*, pp. 119 ss; asimismo *vid.* T. Cole (ed.), *The Roles of psychology in international arbitration*, Wolter Kluwer, 2017; S.S. Diamond, «The Psychology of the Decision Making Process», *Asian Disp. Rev.*, vol. 17, 2015, pp. 197–204; S.D. Franck, A. van Aaken, J. Freda, C. Guthrie y J.J. Rachlinski, «Inside the Arbitrator's Mind», *Emory L.J.*, vol. 66, 2017, pp. 1115 ss.

[Ver Texto](#)

(34) Cf. S.J. Burton, «Combining Conciliation with Arbitration of International Commerce Disputes», *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 18, 1995, pp. 637–658

[Ver Texto](#)

(35) *Vid.* con carácter general la monografía de M.A. Fernández Ballesteros, *Avenencia o ADR*, Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid – Iurgium, 2023.

[Ver Texto](#)

- (36) J. Lack, «Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties» (A. Ingen-Housz, ed.), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2010, pp. 339–379, esp. p. 351.

[Ver Texto](#)

- (37) K.P. Berger, *Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration*, 3ª ed., Center for Transnational Law – Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015.

[Ver Texto](#)

- (38) **Vid.** un conjunto de opiniones sobre su práctica, a partir de varias entrevistas, en S.B. Goldberg y M.L. Shaw, «The Past, Present, and Future of Mediation as Seen through the Eyes of Some of Its Founders», *Negotiation J.*, vol. 26, n° 2, 2010, pp. 237–253.

[Ver Texto](#)

- (39) F.E.A. Sander y L. Rozdeiczer, «Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure: Detailed Analysis and Simplified Solution», *The Handbook of Dispute Resolution* (M.L. Moffitt y R.C. Bordone, eds.), Jossey-Bass, 2005, pp. 386–406.

[Ver Texto](#)

- (40) J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa...», *loc. cit.*, pp. 56–62.

[Ver Texto](#)

- (41) *Vid.* C. Bouhring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 1996.

[Ver Texto](#)

- (42) M.A. Schonewille y K.H. Fox, «Moving beyond 'Just' a Deal, a Bad Deal or No Deal», *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2010 pp. 81–115, esp. 91–97.

[Ver Texto](#)

- (43) F.E.A. Sander y L. Rozdeiczer, *loc. cit.*, p. 352.

[Ver Texto](#)

- (44) D. I. Levine, «Early Neutral Evaluation: The Second Phase», *J. Disp. Resol.*, 1989, n° 4, pp. 1–49; T.J. Stipanowich, «Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on MedArb, Arb-Med, and Settlement Oriented Activities by Arbitrators», *Harvard Neg. L. Rev.*, 2021, vol. 26, pp. 265–369.

Ver Texto

(45) R.G. Allemann, «Mind the settlement gap: A call for more effective judicialization of international commercial arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 38, n° 4, 2022, pp. 231–248.

Ver Texto

(46) Originada en el ámbito jurisdiccional norteamericano en los años setenta del pasado siglo se ha utilizado con cierto éxito para ayudar a los abogados litigantes con presencia de jurado. Consiste en la contratación de un «jurado simulado» y se realiza un ensayo de juicio durante varias horas o varios días en el curso del cual los abogados tienen la ventaja de observar el proceso de deliberación y realizar entrevistas para ver qué argumentos fueron persuasivos y cuáles no, utilizándose la información se utiliza para perfeccionar la presentación del caso y para ayudar en la selección de los miembros del jurado. *Vid.* P.K. Anthony y L.J. Weinstein, «The Social Science Edge in Arbitration and Mediation », *loc. cit.*, pp. 17–19.

Ver Texto

(47) En Suiza, especialmente en los cantones de habla alemana como Zúrich, los tribunales arbitrales han adoptado la disposición de participar en procesos de conciliación, influenciados por una técnica procesal desarrollada por el tribunal comercial estatal de Zúrich. Conocida esta técnica como *Vergleichsverhandlung*, implica que el juez convoca a las partes a una audiencia, generalmente después de la primera ronda de alegaciones escritas, donde presenta una opinión preliminar sobre el caso o cuestiones específicas y luego les invita a discutir una posible conciliación en su presencia. y ha demostrado ser eficaz, ya que muchas veces lleva a un acuerdo y, en los casos en que no lo hace, proporciona orientación útil para agilizar el proceso judicial. Los árbitros suizos, influenciados por su formación jurídica nacional, suelen aplicar esta técnica en arbitrajes, ofreciendo una evaluación neutral temprana del caso, práctica de facilitación de acuerdos que fue inicialmente incorporada en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zúrich y, posteriormente, en el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional a propósito de su revisión de 2004. En su versión actual, el art. 19.5º Reglamento Suizo permite expresamente a los árbitros tomar iniciativas proactivas antes de emitir el laudo final, reflejando esta tradición de facilitación de acuerdos en el contexto del arbitraje internacional: «*With the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps*».

Ver Texto

(48) *Vid.* en general, W.J. Baker, «Mandating Early Neutral Evaluations: Efficient or Excessive?», *Pepperdine Disp. Res. L.J.*, vol. 22, n° 2, 2022, pp. 581–607.

Ver Texto

(49) Originado en EE UU Unidos durante los años setenta del pasado siglo el concepto y el empleo del arbitraje simulados aún no se ha desarrollado ampliamente, aunque se apuntan una serie de aspectos de utilidad como mejorar la comprensión de los puntos débiles del caso, centrarse en las mejores teorías jurídicas, perfeccionar la forma de presentar el caso y, sobre todo, o identificar sus aspectos más problemáticos. M.F. Hoellering, «The Mini-Trial», *Arb. J.*, vol. 37, n° 4, 1982, pp. 48 ss.

Ver Texto

(50) O. Boltenko y N. Kaplan, «A Secret Tool for Winning an Arbitration Case», *Asian Disp. Rev.*, vol. 17, 2025, pp. 116–121; E. Sussman y J. Lawrence, «A Mock Arbitration for Your Case: Optimizing Your Strategies and Maximizing Success», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 41, n° 4, 2017, pp. 1.017–1041.

Ver Texto

(51) El mini-trial es un método innovador diseñado para resolver litigios complejos, especialmente aquellos que mezclan cuestiones de hecho y de derecho, con mayor rapidez que los procedimientos tradicionales. En este proceso, abogados y expertos de ambas partes presentan resúmenes del caso a altos ejecutivos con autoridad para tomar decisiones y aunque muestra potencial, la efectividad del mini-trial aún está en evaluación. Desarrollado en Estados Unidos, combina elementos de negociación, mediación y arbitraje para facilitar la conciliación en conflictos comerciales, especialmente en casos grandes y complejos donde las negociaciones están estancadas (*vid.* B. Cheney, «Commercial disputes: the mini-trial option», *Victoria Univ. of Wellington L. Rev.*, vol. 19, n° 2, 1989, pp. 153–181). Durante un mini-trial, los procedimientos judiciales suelen suspenderse y se realiza un descubrimiento limitado. Las partes presentan versiones abreviadas de sus casos ante un panel, y luego los altos funcionarios llevan a cabo negociaciones, asistidos por un miembro neutral que puede ofrecer una opinión escrita sobre los puntos fuertes y débiles de cada lado. El mini-trial es particularmente útil porque permite resolver disputas en días, en lugar de meses o años, con menores costos y manteniendo la confidencialidad. También ofrece flexibilidad para que las partes sean creativas en sus acuerdos, lo que puede preservar relaciones comerciales que podrían dañarse por un litigio prolongado. Sin embargo, existen riesgos asociados, como la posible revelación de estrategias de juicio y el costo adicional si el caso finalmente requiere un juicio. A pesar de estos riesgos, el mini-trial es una herramienta eficiente y rentable que merece consideración cuando las negociaciones se encuentran en un punto muerto, pero las partes aún desean resolver su disputa. *Vid.* L.F. Trakman, «The efficient resolution of business disputes», *Can. Bus. LJ.*, vol. 30, 1998, pp. 321.

Ver Texto

(52) *Cf.* C. Salomon y P. Durning, «Making the most of mock arbitrations. Do Not Enter: Rehearsal In Progress», *Global Arb. Rev., News*, 25 mayo 2017 [<https://www.fedarb.com/wp-content/uploads/2019/05/Making-the-most-of-mock-arbitrations-Claudia-Salomon.pdf>].

Ver Texto

(53) D. MacGrath, «How Do You Get to Carnegie Hall?» The Unsung Benefits of Mock Arbitrations», *Kluwer Arbitration Blog*, June 1, 2023

Ver Texto

(54) Y. Lahlou, «How to Mock Your Case Effectively», *The Guide to Advocacy* (S. Jagusch y P. Pinsolle, eds.), 3ª ed., Londres, Law Business Research Ltd, 2018, pp. 176–181.

Ver Texto

(55) Aunque ya está sobrepasado por el tiempo sigue siendo de interés por la detallada descripción de las distintas

técnicas en presencia el estudio de J. Lack, «Appropriate Dispute Resolution (ADR)...», *loc. cit.*, pp. 339–379

[Ver Texto](#)

(56) E.E. Deason, «Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral a Framework for Judicial Review», *Yearb. Arb. & Med.*, vol. 5, 2013, pp. 219–248, esp. p. 248.

[Ver Texto](#)

(57) Th. Brewer y L.R. Mills, «Combining mediation and arbitration», *loc. cit.*, pp. 32–39; W.H. Ross y D.E. Conlon, «Hybrid Forms of Third–Party Dispute Resolution...», *loc. cit.*, pp. 416–427.

[Ver Texto](#)

(58) B. Piñar Guzmán, «La dirimencia por experto en el Derecho español», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° 7, 2021 J.C. Fernández Rozas, «Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n° 11, 2022; L.F. Castresana, «Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos (*expert determination*)», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n° 13, 2022.

[Ver Texto](#)

(59) Las cláusulas escalonadas, también conocidas como cláusulas «multinivel», «multipaso» o «ADR primero», se están utilizando cada vez más en los contratos internacionales de construcción e ingeniería estipulando que, en caso de conflicto entre las partes, la resolución del mismo se llevará a cabo a través de una secuencia de múltiples niveles de procesos de resolución de disputas. Como fase previa a los procedimientos arbitrales, estas cláusulas generalmente incluyen discusiones informales o negociaciones formales entre técnicos o responsables de la toma de decisiones a nivel directivo, procedimientos de mediación, y la adjudicación pericial por parte de un «Experto en Revisión de Disputas» (DRE), un «Comité de Adjudicación de Disputas» (DAB) o un «Comité de Revisión» *Vid.* K.P. Berger, «Law and Practice of Escalation Clauses Get access Arrow», *Arb. Int'l.*, vol. 22, n° 1, 2006, pp. 1–18.

[Ver Texto](#)

(60) Desde un punto de vista descriptiva y orientado esencialmente hacia la práctica, resulta de interés la referencia a la monografía clásica de J. Folberg y A. Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey–Bass Inc., 1984, pp 7 ss.

[Ver Texto](#)

(61) E. Bertrand, «Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?», *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n° 2, pp. 133–141; C. Punzi, «Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti», *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385–409.

[Ver Texto](#)

(62) La mediación seguida de arbitraje es el tipo de proceso combinado más utilizado, existiendo muchas normas institucionales internacionales que sugieren combinaciones de este tipo, *v.gr.*, OMPI, CCI, CIArb y

American Arbitration Association (AAA). En su etapa originaria, el med–arb estaba dirigido por una sola persona que las partes habían acordado que primero intentaría mediar en su conflicto y luego arbitraría si la mediación fracasaba (*vid.* B.C. Bartel, «Comment, Med–Arb As A Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential», *Willamette L. Rev.*, vol. 27, 1991, pp. 661–683). En la etapa actual la fase de mediación permite a las partes intentar resolver primero el proceso y resolver después cualquier asunto pendiente teniendo en cuenta únicamente la parte sustancial del conflicto a través del arbitraje. *Vid.* E. Sussman, «Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions», *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II (A. Ingen–Housz, ed.), Kluwer Law International, 2011, pp. 381–398; Y. Vorys, «The Best of Both Worlds: The Use of Med–Arb for Resolving Will Disputes», *Ohio State J. Disp. Resol.*, 2007, pp. 871–898; M. Lalaguna Holzwarth, «La aplicación en España de Med–Arb, Arb–Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° 4, 2020.

Ver Texto

(63)

Para que las ofertas selladas sirvan como un mecanismo eficiente para fomentar la solución temprana (y, por lo tanto, ahorrar costos), es necesario seguir desarrollando las mejores prácticas sobre cómo regular esto en la primera orden procesal o en el acta de misión. El Regl. Society Of Maritime Arbitrators (SMA) (2022) incorpora la noción de «oferta sellada» en la Sección 31(d): «*If the Settlement Offer is refused, the Offeror may notify the Panel that a binding Settlement Offer was made but declined by the Offeree. The details of the last Settlement Offer shall then be delivered in a sealed envelope to the Chair or Sole Arbitrator who shall not open the envelope until such time as the Panel or Sole Arbitrator has arrived at a final decision. Should the rejected Settlement Offer be equal to or more favorable to the Offeree than the Panel's Award, the Panel shall, subject always to the provisions of Section 30 and taking into account the terms and timing of the Settlement Offer, award the reasonable legal fees and expenses as well as such arbitrator fees and expenses that would have been saved had the offer been accepted at the date by which acceptance was required*».

Ver Texto

(64)

Una cláusula multinivel bien formulada debe ajustarse a las necesidades particulares de la relación contractual, proporcionando a las partes múltiples mecanismos para resolver sus disputas dando lugar a una flexibilidad que no solo puede facilitar la consecución de soluciones mutuamente satisfactorias. *Vid.* M. Gomm Ferreira dos Santos, «The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements», *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 10, n° 38, 2023, pp 7-15.

Ver Texto

(65)

Vid. D. Ruckteschler y A. Wendelstein, «Efficient Arb–Med–Arb Proceedings: Should the Arbitrator also be the Mediator?», *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 6, 2021, pp. 761–774. Pese a ser relativamente reciente, este estudio precisa la actualización de sus fuentes legales y reglamentarias. En todo caso se decanta porque el mediador sea una persona distinta del árbitro para salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral no considerando convincente el argumento de que un mediador que ya conoce a las partes y los hechos del litigio por el procedimiento arbitral previo medie de forma más eficiente que una tercera persona que no ha intervenido en el asunto antes de que comience la mediación (*ibíd.*, p.771)

Ver Texto

(66) Sobre los estudios empíricos en la materia *vid.*, D. Nigmatullina, «The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study», *J. Int'l Arb.*, vol. 33, n° 1, 2016, pp. 37–82 y con mayor extensión su tesis de doctorado, *Developing Efficient Dispute Resolution Solutions for International Commercial Disputes: Ways to Address Concerns Associated with the Combined Use of Mediation and Arbitration by the Same Neutral*, The University of Western Australia, Faculty of Law, 2016 [https://api.research-repository.uwa.edu.au/ws/portalfiles/portal/9759400/THESIS_DOCTOR_OF_PHILOSOPHY_NIGMATULLI NA_Dilyara_2016.PDF].

Ver Texto

(67) *Vid. infra*, n° 30.

Ver Texto

(68) H. Tang, «Combination of Arbitration with Conciliation: Arb–Med», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n°. 12, 2005, pp. 547–555; J. Rosoff, «Hybrid efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med–Arb and Arb–Med proceedings», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, n° 1, 2009, pp. 89–100.

Ver Texto

(69) Según el ap. 12 de su párr. 72: «En las circunstancias apropiadas, el tribunal arbitral puede plantear la posibilidad de que las partes celebren una transacción. En algunas jurisdicciones, la legislación de arbitraje permite que un tribunal arbitral facilite una transacción con el acuerdo de las partes. En otras, solo se permite a los tribunales arbitrales plantear la posibilidad de que se celebre una transacción sin la intervención del tribunal. Cuando la legislación de arbitraje aplicable permita al tribunal arbitral facilitar una transacción, el tribunal arbitral también puede, si así lo solicitan las partes, guiarlas o asistirles en sus negociaciones. Algunos reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral facilite la transacción».

Ver Texto

(70) *Cf.* ap. h.i del Apéndice IV del Reglamento. En la misma línea apunta el art. 26 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS); art. 67.a del Reglamento de Arbitraje de la OMPI de 2022 «El Tribunal podrá sugerir que las partes intenten llegar a un acuerdo, incluso comenzando un procedimiento de mediación, en cualquier momento en que el Tribunal lo considere apropiado». Una ponderada propuesta acerca de cómo sobrellevar con éxito la labor facilitadora de los árbitros se halla en el trabajo de la Comisión sobre Transacción en Arbitraje Internacional constituida por el *Center for Effective Dispute Resolution (CEDR)* de Londres que en 2009 emitió un Informe Final que recoge una serie de recomendaciones acerca de lo que los tribunales arbitrales sí deben y no deben hacer a la hora de incentivar a las partes a alcanzar un acuerdo transaccional en el seno del arbitraje. *Vid.* B. Piñar Guzmán, «Las soluciones más convincentes a los problemas más acuciantes en la interacción entre arbitraje y mediación», *Interacción entre mediación y arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 193–202, esp. p. 194–195.

Ver Texto

(71) A. Fernández Pérez, «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 99–124.

Ver Texto

(72) S.J. Burton, «Combining Conciliation with Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 637–658.

Ver Texto

(73) Para evitar estas situaciones el art. 19.8° del Reglamento suizo (2021) elimina –o al menos reduce significativamente– el riesgo de que se impugne un laudo por supuesta parcialidad. De hecho, esta disposición establece explícitamente que, al acordar cualquier proceso de facilitación de la conciliación, dicho acuerdo constituirá una renuncia para las partes de su derecho a recusar la imparcialidad de un árbitro basándose en su participación y en los conocimientos adquiridos al adoptar las medidas acordadas.

Ver Texto

(74) Las denominadas «ventanas de resolución», vinculadas al desarrollo del proceso arbitral pretenden esencialmente que dicho proceso no impida la posibilidad de negociar con eficacia y llegar a acuerdos. *Vid.* sus distintas variantes en N.M. Alexander, «Opening the Mediation Window in the Arbitration House», *Can. Arb. & Med. J.*, vol. 20, n° 2, 2011, pp. 37–43.

Ver Texto

(75) H. Raeschke–Kessler, «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 4, 2005, pp. 523–536; D. Favalli y M.K. Hasenclever, «The Role Of Arbitrators In Settlement Proceedings», *Mealey's Int'l Arb. Report*, vol. 23, n° 7, 2008, pp. 1–10.

Ver Texto

(76) S. Pfisterer, «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 4, 2013, pp. 649–679.

Ver Texto

(77) International Chamber of Commerce, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, ICC Publication DRS900, julio 2023.

Ver Texto

(78) S. Kröll y T. Kerkhoff, «Settlement Efforts and Contract Adaptation by Arbitral Tribunals», *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2023, pp. 917–956.

Ver Texto

(79) S.M. Kröll, «Promoting Settlements in Arbitration: The Role of the Arbitrator», *The Powers and Duties of an*

Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 209–224.

Ver Texto

(80) Hace diez algo más de diez años todavía se consideraba que este cambio hacia la práctica del arbitraje era negativo al limitar las opciones para las partes, dejándolas solo un foro con variantes de dirimencia y privándolas del principal beneficio de la mediación: la flexibilidad y la justicia individualizada que ofrece frente a la rigidez del sistema judicial formal, añadiéndose que es giro también compromete los valores fundamentales de la mediación, como la autodeterminación y la capacidad de las partes para resolver problemas y reorientar sus relaciones. *Vid.*, por todos, J. Nolan–Haley, «Mediation: The 'New Arbitration'», *Harvard Neg. L. Rev.*, vol. 16, pp. 61–92, esp. p. 65.

Ver Texto

(81) M. Paralika y A.V. Schlöpfer, «Striking the Right Balance: The Roles of Arbitral Institutions, Parties and Tribunals in Achieving Efficiency in International Arbitration», *BCDR Int'l Arb.*, vol. 2, n° 2, 2015, pp. 329–341.

Ver Texto

(82) K.–H. Böckstiegel, «Experiences and Suggestions Regarding the Functioning of International Arbitration Institutions», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 20–26.

Ver Texto

(83) Pueden verse útiles observaciones y anécdotas de destacados árbitros pertenecientes a diversos sistemas jurídicos a partir de sus experiencias personales en el libro de D.E. Vinson y K. Reichter, *Arbitration: the Art & Science of Persuasion*, Oxford, UK, Nueva York, Oxford University Press, 2022.

Ver Texto

(84) P. Marzolini, «The Efficient Conduct of the Arbitration Proceedings and the 'New' Role of Arbitrators: A Challenging Journey Through Promises and Expectations», *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Springer International Publishing, 2020, pp. 111–129.

Ver Texto

(85) K. Tashiro, «Conciliation or Mediation During the Arbitral Process—A Japanese View», *J. Int'l Arb.*, vol. 12, n° 2, 1995, pp. 119–134; K. Tashiro, «Conciliation or Mediation During the Arbitral Process—A Japanese View», *J. Int'l Arb.*, vol. 12, n° 2, 1995, pp. 119–134.

Ver Texto

(86) *Cf.* V. Fischer–Zernin y A. Junker, «Arbitration and Mediation: Synthesis or Antithesis?», *J. Int'l Arb.*, vol. 5, n° 1, 1988, pp. 21–40.

[Ver Texto](#)

(87) J.C. Freund, «Calling All Deal Lawyers—Try Your Hand at Resolving Disputes», *The Business Lawyer*, vol. 62, n° 1, 2006, pp. 37–53.

[Ver Texto](#)

(88) A.H. Elsing, «Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds», *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2011, n° 3, pp. 114–123; K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator's Mandate To Facilitate Settlement», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 40, n° 3, 2017, pp. 887–917; H. Stutzer, «Settlement Facilitation: Does the Arbitrator have a Role? The 'Referentenaudienz' – the 'Zurich-Way' of settling the Case», *Bull ASA*, vol. 35, n° 3, 2017, pp. 589–600.

[Ver Texto](#)

(89) J.H. Goldfien y J.K. Robbennolt, «What if the Lawyers Have Their Way? An Empirical Assessment of Conflict Strategies and Attitudes Toward Mediation Styles», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 22, 2007, pp. 277–319.

[Ver Texto](#)

(90) M. Alberstein, «Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 22, n° 2, 2007, pp. 321–374.

[Ver Texto](#)

(91) T. Stipanowich y Z.P. Ulrich, «Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play», *Penn St. Y.B. Arb. & Mediation*, vol. 6, 2014.

[Ver Texto](#)

(92) S.D. Franck, «The role of international arbitrators», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 12, n° 2, 2006, pp. 499–522, esp. 504.

[Ver Texto](#)

(93) Lo cual implica abordar cuestiones que impactan profundamente en la legitimidad y eficacia del arbitraje que no deben ser subestimadas pues que el estímulo para arbitrar y el funcionamiento del mercado de árbitros se ven influenciados por factores económicos y de reconocimiento profesional que generan tensiones entre el deber de imparcialidad y la búsqueda de rentabilidad. Por esa razón, la formación continua y el establecimiento de códigos de conducta estrictos son herramientas indispensables para mantener la integridad del sistema arbitral. *Vid.* B. Guandalini, *Economic analysis of the arbitrator's function*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.

[Ver Texto](#)

(94) [Vid.](#), por todos, R. Gerbay, *The Functions of Arbitral Institutions*, Wolter Kluwers Law & Business, 2016.

Ver Texto

(95)

El fenómeno no es nuevo. Vid. M. Van der Hagen, «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *Rev. dr. aff. int.*, 1996, n° 2, pp. 255–272 ; L. Mistelis, «The Settlement–Enforcement Dynamic in International Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 19, nos 3–4, 2008, pp. 377–389

Ver Texto

(96)

S. Tannous, «Transcending the Common/Civil Law Divide: The Role of the Modern International Arbitrator», *The Plurality and Synergies of Legal Traditions in International Arbitration: Looking Beyond the Common and Civil Law Divide* (N. Comair–Obeid y S. Brekoulakis, eds), Kluwer Law International, 2023 pp. 46 ss.

Ver Texto

(97) Contrasta la situación de hace un cuarto de siglo con la actual. **Vid.** D.W. Plant, «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *J. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 1, 2000, pp. 143–146.

Ver Texto

(98) Según el ap. 12 de su párr. 72: «En las circunstancias apropiadas, el tribunal arbitral puede plantear la posibilidad de que las partes celebren una transacción. En algunas jurisdicciones, la legislación de arbitraje permite que un tribunal arbitral facilite una transacción con el acuerdo de las partes. En otras, solo se permite a los tribunales arbitrales plantear la posibilidad de que se celebre una transacción sin la intervención del tribunal. Cuando la legislación de arbitraje aplicable permita al tribunal arbitral facilitar una transacción, el tribunal arbitral también puede, si así lo solicitan las partes, guiarlas o asistirles en sus negociaciones. Algunos reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral facilite la transacción».

Ver Texto

(99) E. Stein, «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2024», *b–Arbitra (Belgian Rev. Arb.)*, 2024, n° 1, pp. 277–284.

Ver Texto

(100) De acuerdo con esta Norma: «En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia mediante conciliación, mediación o de otra manera. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro

deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, le surgieren dudas sobre su capacidad para mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento».

[Ver Texto](#)

(101)

Estas Reglas buscan proporcionar pautas para que los tribunales arbitrales y las partes incrementen la eficiencia del arbitraje, promoviendo un rol más activo de los tribunales en la gestión de los procedimientos y reglas no pretenden reemplazar las existentes, sino complementar el procedimiento acordado por las partes o ser aplicadas en casos específicos. El art. 2.4° dispone: «En la reunión preliminar o en una etapa procedimental posterior, el tribunal arbitral podrá –si lo considera apropiado– indicar a las partes: (...) e) su opinión preliminar sobre: i. distribución de la carga de la prueba entre las partes; ii. las pretensiones; iii. las cuestiones controvertidas; y iv. el valor y la relevancia de la prueba aportada por las partes. La expresión de estas opiniones preliminares no será considerada, en sí misma, como una prueba de la falta de independencia o de imparcialidad del tribunal arbitral, y no constituirán motivos de recusación».

[Ver Texto](#)

(102)G. Stampa, aporta una crítica a la redacción de este precepto. En su opinión conforma «una de las partes más débiles de sus disposiciones. Su idea inicial es correcta, porque ofrece a las partes la posibilidad de alcanzar soluciones transaccionales a la controversia planteada y está, por tanto, en línea con uno de los objetivos principales del arbitraje. Su ejecución es, sin embargo, discutible, ya que las formas en las que este Artículo contempla su instrumentación son discutidas en el arbitraje: la actuación de un mismo árbitro como facilitador del acuerdo y la conversión del árbitro en mediador provisional durante el procedimiento. Mientras que la primera opción puede tener un cierto atractivo (siempre que se ejecute con cautela), la segunda, sin embargo, no resulta recomendable, en nuestra opinión; al menos, en aquellos arbitrajes que involucren partes ajenas a la cultura asiática» (cf. «La Reglas de Praga», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XII, n° 2019, pp. 157–166, esp, p. 161). Vid. del mismo autor, «The Prague Rules», *Arb. Int'l*, vol. 35, n° 2, 2019, pp. 221–244; M. Henry, «Les Prague Rules: ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2019, pp. 1–13.

[Ver Texto](#)

(103)

C. Kessedjian, «Inherent and Discretionary Powers of Arbitrators», *Rethinking the Paradigms of International Arbitration* (B.M. Cremades y P. Peterson, eds), ICC Institute of World Business Law, Dossier XX, 2023, pp. 17–35, esp. pp. 29–30.

[Ver Texto](#)

(104)D.G. Henriques, «The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration», *ASA Bull.*, vol. 36, n° 2, 2018, pp. 351–363, esp. 355–356.

[Ver Texto](#)

(105)Cf. T.J. Stipanowich, «Arbitration, Mediation, and Mixed Modes», *loc. cit.*, p. 338

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰⁶⁾Entre sus cincuenta integrantes figuraron importantes árbitros pertenecientes a distintas culturas jurídicas, del civil law (Giorgio Bernini, Karl–Heinz Bockstiegel, Bernardo Cremades, Yves Derains, Emmanuel Gaillard, Pierre Karrer, Loukas Mistelis, o Michael Schneider), del common law (Michael Blacker, Phillip Capper, Peter Cassidy, Robert Davidson, Andrew Foyle, Julian Lew, Alan Rau, David Rivkin, o Stephen York), de ciertos países asiáticos (Michael Hwang, Yu Jianlong, Nigel Li, Masaharu Onuki, o Christopher To) y de otros círculos (Ahmed El Kosheri, o Alexander Komarov).

Ver Texto

⁽¹⁰⁷⁾[<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Document-April-2021.pdf>].

Ver Texto

⁽¹⁰⁸⁾La Comisión reconoció que la aplicación del tercer principio podría disuadir a los árbitros de participar en un proceso de med–arb, el cual implica reuniones privadas con cada una de las partes durante la fase de mediación. La Comisión concluyó que, aunque esta modalidad de med–arb ha sido empleada con éxito por algunos árbitros, conlleva riesgos significativos para la integridad del proceso arbitral y, por ende, para la ejecutabilidad de cualquier laudo arbitral en caso de que no se alcance un acuerdo en la fase de mediación. Además, consideró que esta forma de arbitraje podría resultar en una fase de mediación menos eficaz comparada con la mediación llevada a cabo por un tercero neutral. En consecuencia, aunque la Comisión no recomendó específicamente el proceso de med–arb que incluye reuniones privadas con las partes, sí consideró las salvaguardias que pueden implementarse para minimizar los riesgos asociados a esta perspectiva. Las referidas salvaguardias se detallan en el Apéndice titulado «Salvaguardias para árbitros que utilizan reuniones privadas con cada parte como medio para facilitar la solución».

Ver Texto

⁽¹⁰⁹⁾S. Kröll y T. Kerkhoff, «Settlement Efforts and Contract Adaptation by Arbitral Tribunals», *loc. cit.*, pp. 917–956.

Ver Texto

⁽¹¹⁰⁾*Vid.* M. Ahmed, «Settlement in International Arbitration: Comments on the CEDR Settlement Rules», *Arbitration*, vol. 76, n° 2, 269–276.

Ver Texto

⁽¹¹¹⁾*Vid. supra*, nota 74

Ver Texto

⁽¹¹²⁾S. Nappert y D. Flader, «A Psychological Perspective on the Facilitation of Settlement in International Arbitration – Examining the CEDR Rules», *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 459–470.

Ver Texto

⁽¹¹³⁾M. Wirth, «Settlement Facilitation», *Ten Years of Swiss Rules of International Arbitration*, ASA Special Series

No. 44, 2014, pp. 95–96; H. Stutzer, *loc. cit.*, pp. 589–591.

[Ver Texto](#)

(114) H. Stutzer, «Settlement Facilitation...», *loc. cit.*, p. 597.

[Ver Texto](#)

(115) En los procedimientos de recurso ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) de Lausana, el árbitro no puede ayudar a las partes en las negociaciones para llegar a un acuerdo, ya que los asuntos disciplinarios y las infracciones por dopaje no son susceptibles de transacción

[Ver Texto](#)

(116)

G. Kaufmann-Kohler y V. Bonnin Reynes, «The Arbitrator as Conciliator: a Statistical Approach of the Relation between an Arbitrator's Role and his/her Legal Culture», *ICC Bull.*, vol. 18, n° 2, 2007, pp. 79-88.

[Ver Texto](#)

(117) R.H. Kreindler, «Transaction et arbitrage dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CCI», *Bull. CCI*, vol. 9, n° 2, 1998, pp. 22 ss.

[Ver Texto](#)

(118)

Este informe fue publicado aproximadamente al mismo tiempo que el informe de la Comisión del CEDR sobre la resolución de controversias en el arbitraje. *Vid supra* nota 107.

[Ver Texto](#)

(119) El informe se actualizaría en 2018 donde se insistiría en el papel del tribunal arbitral para promover una transacción incluyendo la posibilidad de informar «a las partes que son libres de transigir toda o parte de la controversia en cualquier momento durante el arbitraje en curso, ya sea mediante negociaciones directas o mediante cualquier forma de procedimiento ADR», sugiriendo al efecto un procedimiento de mediación bajo el Reglamento de Mediación de la CCI, (*ICC Bull.*, vol. 24, n° 2, 2013). Asimismo, se sugería la posibilidad de que las partes solicitaran la suspensión del procedimiento «por un periodo de tiempo determinado mientras se llevan a cabo las discusiones de transacción» o que acordasen del tribunal arbitral que tomase «los pasos para facilitar la transacción de su controversia, siempre que esos pasos no contrariasen el deber del tribunal de hacer todos los esfuerzos necesarios para asegurarse de que el laudo fuese susceptible de ejecución legal (ICC, *Control del tiempo y de los costos en el arbitraje*, 2ª ed., 2018, párrs. 41–42).

[Ver Texto](#)

(120) En la misma línea apuntan el art. 26 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) o el art. 67.a Regl. OMPI de 2021: «El Tribunal podrá sugerir que las partes intenten llegar a un acuerdo, incluso comenzando un procedimiento de mediación, en cualquier momento en que el Tribunal lo considere apropiado.». *Vid* . B. Piñar Guzmán, «Las soluciones más convincentes a los problemas más acuciantes en la interacción entre arbitraje y mediación», *Interacción entre mediación y arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 193–202,

esp. p. 194–195.

Ver Texto

(121) *Vid.* P. Lalive, «The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators A Swiss View», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 556–564; W. Werner, «The Role of the Arbitrator in Bringing about a Settlement: a Swiss Perspective», *Best practices in international arbitration*, ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 27, 2006 in Zurich, Basilea, Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), 2006, pp. 139-153.

Ver Texto

(122) El párrafo 2º del art. 27 se limita a enumerar las facultades de los árbitros «sin carácter exhaustivo», guardando silencio sobre esta cuestión».

Ver Texto

(123) A título de ejemplo, el art. 52 Regl. CIAM dispone que: «Si durante el procedimiento arbitral las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos convenidos y, si ambas partes lo solicitan, y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes».

Ver Texto

(124) Anexo II, ap. 6: «*If the circumstances so permit, the arbitrator may, with due regard to paragraph 5 hereabove, ask the parties to seek an amicable settlement and, with the explicit permission of the parties and of the Secretariat, to suspend the proceedings for whatever period of time is necessary*».

Ver Texto

(125) Art. 26: «*(Encouraging Amicable Settlements). Unless any party objects thereto, the arbitral tribunal shall, at every stage of the arbitration, seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual disputed issues*».

Ver Texto

(126) Art. 28.3º: «*At any stage of the proceedings, the arbitral tribunal is entitled to facilitate the parties' endeavors to reach a settlement*». *Vid.* A. Fremuth–Wolf, «Mediation and Arbitration in Vienna? One–Stop–Shop Solution for Parties under the Vienna Rules and the new Vienna Mediation Rules», *ASA Bull.*, vol. 34, n° 2, 2016, pp. 301–321.

Ver Texto

(127) Art. 30: «*The arbitral tribunal may at any stage of the proceedings (...), order a midstream conference, taking place electronically or otherwise, for the purpose of providing information, consultation on the further course of the arbitration or for exploring the possibility of a settlement*».

Ver Texto

(128) Art. 25.3º: «*The Arbitral Tribunal shall raise for discussion with the parties the possibility of using other techniques to facilitate the settlement of the dispute, including the options set out in Article 55 (Alternative Dispute Resolution)*».

Ver Texto

(129) Art. 25.3º.iii: «*The Tribunal and the parties shall consider the following matters for inclusion on the agenda of the initial case management conference (...) any considerations relevant to the early resolution of the Dispute or a settlement, including the potential for mediation windows or any other techniques that the parties would consider appropriate to facilitate the resolution of the Dispute*»

Ver Texto

(130) Art. 10: «*The arbitrator may at all stages suggest the possibility of a settlement or conciliation of the dispute to the parties but may not influence their decision by indicating that he has already reached a decision on the outcome of the proceedings*».

Ver Texto

(131) Art. 19.5º: «*With the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps*».

Ver Texto

(132) Art. 47: «*Combination of Conciliation with Arbitration 1. Where both parties wish to conciliate or where one party wishes to conciliate and the other party's consent has been obtained by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may conciliate the dispute during the arbitral proceedings. The parties may also settle their dispute by themselves. 2. With the consents of both parties, the arbitral tribunal may conciliate the case in a manner it considers appropriate. 3. During the process of conciliation, the arbitral tribunal shall terminate the conciliation proceedings if either party so requests or if the arbitral tribunal considers that further conciliation efforts will be futile. 4. The parties shall sign a settlement agreement where they have reached settlement through conciliation by the arbitral tribunal or by themselves. 5. Where the parties have reached a settlement agreement through conciliation by the arbitral tribunal or by themselves, they may withdraw their claim or counterclaim, or request the arbitral tribunal to render an arbitral award or a conciliation statement in accordance with the terms of the settlement agreement. 6. Where the parties request for a conciliation statement, the conciliation statement shall clearly set forth the claims of the parties and the terms of the settlement agreement. It shall be signed by the arbitrators, sealed by CIETAC, and served upon both parties. 7. Where conciliation is not successful, the arbitral tribunal shall resume the arbitral proceedings and render an arbitral award. 8. Where the parties wish to conciliate their dispute but do not wish to have conciliation conducted by the arbitral tribunal, CIETAC may, with the consents of both parties, assist the parties to conciliate the dispute in a manner and procedure it considers appropriate. 9. Where conciliation is not successful, neither party may invoke any opinion, view or statement, and any proposal or proposition expressing acceptance or opposition by either party or by the*

arbitral tribunal in the process of conciliation as grounds for any claim, defense or counterclaim in the subsequent arbitral proceedings, judicial proceedings or any other proceedings. 10. Where the parties have reached a settlement agreement by themselves through negotiation or conciliation before the commencement of an arbitration, either party may, based on an arbitration agreement concluded between them that provides for arbitration by CIETAC and the settlement agreement, request CIETAC to constitute an arbitral tribunal to render an arbitral award in accordance with the terms of the settlement agreement. Unless otherwise agreed by the parties the Chairman of CIETAC shall appoint a sole arbitrator to form such an arbitral tribunal, which shall examine the case in a procedure it considers appropriate and render an award in due course. The specific procedure and time period for rendering the award shall not be subject to other provisions of these Rules». Vid. C. Kang, «Oriental Experience Of Combining Arbitration With Conciliation: New Development Of CIETAC And Chinese Judicial Practice, Fordham Int'l L.J., vol. 40, n° 1, 2017, pp. 919-951.

Ver Texto

⁽¹³³⁾Art. 42: «*Conciliation by the Tribunal. (1) The Arbitral Tribunal may, at the request or with the consent of the parties, conduct a conciliation of the case in such manner as it considers appropriate. (2) If the conciliation leads to a settlement, the parties may withdraw their claims and counterclaims (if any), or may request the Arbitral Tribunal either to issue a Statement of Conciliation [Article 42(3)] or to render an award in accordance with the terms of the settlement agreement. (3) The Statement of Conciliation shall state the claims and the terms of the resulting settlement agreement reached by the parties. It shall be signed by the arbitrators, sealed by the BAC, and served on all the parties. The Statement of Conciliation shall be legally binding after all the parties have acknowledged receipt of it in writing. (4) The Arbitral Tribunal shall rectify any clerical and computational errors or similar errors in the Statement of Conciliation. The parties may request such rectification within 30 days from the date on which the parties sign the receipt of the Statement of Conciliation. Any such rectification shall become part of the Statement of Conciliation and shall take effect immediately after being served on the parties. (5) If the conciliation fails to lead to a settlement, neither party shall be permitted to adduce evidence of or to refer to or use any statements, opinions, views or proposals expressed by the other party or by the Arbitral Tribunal during the conciliation as in support of any claim, defence, or counterclaim in the subsequent arbitral proceedings, or as grounds in any judicial or other proceedings. Article 43: Independent Conciliation (1) During the arbitral proceedings, the parties may enter into a voluntary settlement agreement or may apply to the Mediation Center of the BAC (the «Mediation Center») for mediation by the mediators of the Mediation Center in accordance with the Mediation Rules of the Mediation Center of the BAC. (2) Where a settlement agreement is concluded through an independent conciliation under this Article, the parties may jointly request the constitution of an Arbitral Tribunal either to issue a Statement of Conciliation or to render an award in accordance with the terms of the settlement agreement. The parties shall bear the resulting additional costs».*

Ver Texto

⁽¹³⁴⁾ Vid., a grandes rasgos, L. Trakman, «Legal Traditions and International Commercial Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 1, 2007, pp. 1-43.

Ver Texto

⁽¹³⁵⁾ Vid. *supra*, n° 8.

Ver Texto

(136) P. Marzolini, «The Arbitrator as a Dispute Manager—The Exercise of the Arbitrator’s Powers to Act as Settlement Facilitator», *The Arbitrator’s Initiative: When, Why and How Should It Be Used?*, ASA Special Series, n° 45, Huntington, 2016, pp. 99–119.

[Ver Texto](#)

(137) Con frecuencia un árbitro puede servir mejor a las partes adoptando algunas de las mentalidades y habilidades propias de la mediación, en lugar de limitarse a una posición puramente dirimente, ayudando a las partes a responsabilizarse de su situación y facilitando un diálogo que podría conducir a soluciones de mutuo acuerdo, incluso en medio del proceso arbitral. En lugar de recurrir exclusivamente a la mediación, el árbitro puede ayudar a las partes a explorar soluciones que contemplen la complejidad del conflicto, promoviendo un resultado más satisfactorio para todos los involucrados. *Vid.* R. Kuttner, «The Arbitrator as Leader and Facilitator», *The Roles of Psychology in International Arbitration ...*, *op. cit.*, pp. 95–112.

[Ver Texto](#)

(138) M. Schneider, «The Uncertain Future of the Interactive Arbitrator: Proposals, Good Intentions and the Effect of Conflicting Views on the Role of the Arbitrator», *The Evolution and Future of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 379–392.

[Ver Texto](#)

(139) Pues puede dar lugar a un fracaso si árbitros demasiado activos presionan con fuerza para lograr un acuerdo no cumpliendo a la postre con su función. *Vid.* A. Reeg, «Should an International Arbitral Tribunal Engage in Settlement Facilitation?», *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 339–348.

[Ver Texto](#)

(140) Bien entendido que para ello y al margen de las posibilidades que ofrece la Convención de Singapur sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2019, las partes deben diseñar un procedimiento que presente la mediación como secundaria al arbitraje, de modo que el acuerdo alcanzado sea ejecutable como laudo arbitral y no esté sujeto a impugnaciones procesales. Hacer cumplir los acuerdos de mediación como laudos arbitrales puede evitar argumentos de orden público derivados de circunstancias intervinientes, por lo cual la decisión de aplicar la Convención de Nueva York debe tomarse con antelación, considerando la posible pérdida de eficiencia procesal y revisión de orden público, frente a la certeza relativa de la ejecución internacional bajo la Convención de Nueva York. *Vid.* B.L. Steele, «Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention», *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, pp. 1385–1399.

[Ver Texto](#)

(141) K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator’s Mandate to Facilitate Settlement», *loc. cit.*, vol. 40, n° 3, 2017, pp. 887–918, esp. p. 891–892.

[Ver Texto](#)

(142) I. Welsler y S. Mimmagh, «An Arbitrator's Imperative – How to Avoid Disappointing the Parties, Preventing Surprises and Enabling Efficient and Progressive Arbitral Proceedings», *Austrian Yearb. Int'l Arb.*, 2021, pp. 127–155, esp. p. 152.

Ver Texto

(143) Hace dos décadas había serias reticencias, como muestra el siguiente pasaje de M. Collins «*I respectfully disagree with those who suggest that an international arbitrator is under an obligation to encourage settlement. His obligation is to resolve the dispute by a process of adjudication, and to produce a binding decision which finally determines the legal rights of the parties. In no sense can it be said that he is in dereliction of his duty if he does not actively promote the idea of settlement. But, that said, I would agree that an international arbitrator ought, as a matter of good practice, to encourage settlement whenever the opportunity to do so presents itself*». Cf. M. Collins, «Do International Arbitral Tribunals Have any Obligations to Encourage Settlement of the Disputes Before Them?», *Arb. Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, pp. 333–343. *Vid.*, en esta línea, M.M. Pitkowitz y M.–T. Richter, «May a Neutral Third Person Serve as Arbitrator and Mediator in the same Dispute?», *SchiedsVZ*, 2009, pp. 225–232.

Ver Texto

(144) En la búsqueda de herramientas creativas para la gestión de casos, la precisión de los laudos sigue siendo el objetivo principal pues «efficiency without accuracy will prove an empty prize». Cf. W.W. Park, «Arbitrators and Accuracy», *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. I, n° 1, 2010, pp. 25–53, esp. p. 53.

Ver Texto

(145) *Vid.* A. Ye, «Commentary on Integrated Dispute Resolution Systems in the PRC», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 478–483; I.H. Beimel, *Independence and impartiality in international commercial arbitration: an analysis with comparative references to English, French, German, Swiss, and United States law*, La Haya, Eleven, 2021, pp. 127–129.

Ver Texto

(146) W.S. Chang, «Combination of Arbitration with Conciliation and Remittance of Awards – With Special Reference to the Asia–Oceania Region», *J. Int'l Arb.*, vol. 19, n° 1, 2002, pp. 51–65; B.E. Barnes, *Culture, conflict, and mediation in the Asian Pacific*, Lanham, University Press of America, 2007; S.F. Ali, *Resolving Disputes in the Asia–Pacific Region International Arbitration and Mediation in East Asia and the West*, Routledge, 2010.

Ver Texto

(147) S.A. Harpole, «The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 6, 2007, pp. 623–633; G. Wang, «Mediation in the globalized business environment», *Asia Pacific L. Rev.*, vol. 17, n° 1, 2009, pp. 47–66.

Ver Texto

(148) S. Wilske, «Significant Differences in International Arbitration in the 'East' and the 'West': Myth, Reality, or

Lost in Globalization?», *Legal Thoughts between the East and the West in the Multilevel Legal Order, A Liber Amicorum in Honour of Professor Herbert Han-Pao Ma* (C. Lo, N.N.T. Li y T. Lin, eds.), Springer, 2016, pp. 543-553.

Ver Texto

(149) M. Scott Donahey y S. Harmony, «Is the Asian Concept of the Conciliator/ Arbitrator Applicable in the West?», *Disp. Resol. J.*, vol. 50, 1995, pp. 74 ss.

Ver Texto

(150) L.L. Riskin, «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed», *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 1, 1996, pp. 7-51.

Ver Texto

(151) De acuerdo con el art. 7 Regl. CEDR, para facilitar la solución en el arbitraje internacional (2009): «*If, as a consequence of his or her involvement in the facilitation of settlement, any arbitrator develops doubts as to his or her ability to remain impartial or independent in the future course of the arbitration proceedings, that arbitrator shall resign*».

Ver Texto

(152) W. Pryor y R.M. O'Boyle, «Public Policy ADR: Confidentiality in Conflict», *Saint Mary University L. Rev.*, vol. 46, n° 5, 1993, pp. 2207-2220; A. Shiravi y M.J. Abdollahim, «Privacy and confidentiality in alternative dispute resolution methods», *Int'l J. of Economic Perspectives*, vol. 11, 2017, pp. 835-844.

Ver Texto

(153) El art. 7.2º del Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (2001), dispone al efecto que: « Salvo que sea exigido por el derecho aplicable y a falta de acuerdo en contrario entre las partes, ninguna de ellas podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar: a) cualquier documento, declaración o comunicación presentada por otra parte o por el Tercero en el proceso ADR, salvo que dicho documento, declaración o comunicación pueda obtenerse de forma independiente por la parte que esté interesada en presentarla en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar; b) cualquier opinión o sugerencia expresada por cualquiera de las partes durante el proceso ADR relativa a una posible resolución de la desavenencia; c) cualquier reconocimiento realizado durante el proceso ADR; d) cualquier opinión expresada o propuesta hecha por el Tercero; o, e) el hecho de que una de las partes haya manifestado, durante el proceso ADR, su disposición de aceptar una propuesta de transacción». En sentido similar se pronuncian la generalidad de los textos reguladores de esta materia como el Reglamento de Mediación de la CNUDMI (2021) (art. 6), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) (art. 10), la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (art.7) y casi todos los reglamentos institucionales de mediación.

Ver Texto

(154) De acuerdo con el n° 50 de las Notas de la CNUDMI sobre la mediación (2021) «Los documentos preparados principalmente para la mediación, las sugerencias formuladas en relación con el arreglo o los hechos reconocidos por alguna de las partes en la mediación no deberían ser admisibles como prueba en un arbitraje, proceso judicial u otro procedimiento de solución de controversias».

Ver Texto

(155) En la práctica contemporánea del ADR y del arbitraje internacional, se ha consolidado una opinión unánime respecto a la existencia de un privilegio general de la mediación según el cual todas las pruebas, tanto escritas como orales, que surjan de procesos de mediación, conciliación y otros procedimientos ADR similares entre las partes, son inadmisibles como evidencia en procedimientos de arbitraje posteriores, fundamentándose este privilegio en la noción de confidencialidad, la cual constituye un pilar central y esencial de los procesos ADR en el ámbito internacional, fomentando no sólo un entorno de confianza y apertura durante las negociaciones, sino que asegura que las discusiones y acuerdos preliminares no sean utilizados en detrimento de ninguna de las partes en una etapa posterior (vid. K.P. Berger, «The Settlement Privilege», *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 2, 2008, pp. 265–276), término utilizado en este estudio para describir la prerrogativa que se aplica a las comunicaciones destinadas a llegar a una solución negociada de las cuestiones controvertidas.

Ver Texto

(156) ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, op. cit., párrs, 62.

Ver Texto

(157) V.gr. art. 2B (3), *Hong Kong Arbitration Ordinance* (1997); art. 17.2° b, *in fine*, *Singapore Arbitration Act*, revisada en 2002.

Ver Texto

(158) La confidencialidad es un aspecto esencial en la mediación y uno de sus pilares fundamentales, que generalmente se protege a través de acuerdos de mediación que incluyen esenciales, naturales e incidentales y pueden incluir cláusulas específicas en esta materia. Vid. M. Laubscher, «Contract as a Basis for Mediation Confidentiality», *SA Mercantile L.J.*, vol. 33 n° 1, 2021, pp. 112–136.

Ver Texto

(159) V.gr., la *Commission on Ethics and Standards in ADR* (patrocinada por el *Georgetown University Law Center*) y el *CPR Institute for Dispute Resolution*) publicaron en noviembre de 2002 el *Model Rule for The Lawyer as Third-Party Neutral*, a partir del informe presentado por Carrie Menkel-Meadow y Elizabeth Plapinger, un instrumento que aborda las responsabilidades éticas de los abogados que actúan como terceros neutrales, en una gran variedad de ADR [*rule-for-the-lawyer-as-third-party-neutral/_res/id=Attachments/index=o/Third-Party-netural-create-new-cover-page-2012.pdf*]. Vid., *inter alia*, C. Menkel-Meadow, «Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering», *Fla. State Univ. L. Rev.*, vol. 27, 1999, pp. 153–192.

Ver Texto

⁽¹⁶⁰⁾ CI Arb Guideline 14 The Use of Mediation in Arbitration (2021) donde se valora el uso de la mediación en el contexto de los procedimientos de arbitraje, identificando las cuestiones jurídicas y prácticas que pueden surgir, señalando posibles opciones y soluciones.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶¹⁾ [Vid. infra](#), n° 49.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶²⁾ [Vid. supra](#), epígrafe IV.1.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶³⁾ [Vid. supra](#), n° 43.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁴⁾ No es razonable exigir a los mediadores que obtengan el consentimiento informado de los participantes por su propia iniciativa. Para lograrlo, los mediadores se verían obligados, en muchos casos, a asumir un papel similar al de asesores jurídicos y consejeros de las partes no representadas, lo cual sería incompatible con su deber de imparcialidad, que se configura como un pilar fundamental de la mediación, y cualquier comportamiento que lo comprometa pone en riesgo la integridad del proceso. Concretamente, durante el proceso, el mediador se asegurará de que las partes comprenden los riesgos y beneficios de un acuerdo para que puedan tomar una decisión informada, sirviendo el consentimiento a dos propósitos principales protectores, respecto a las partes de ser forzadas a un acuerdo que no desean y a los árbitros de posteriores recusaciones cuando los esfuerzos del tribunal por facilitar una solución fracasan y el arbitraje deba de continuar. Cf. K.P. Berger, «The Direct Involvement of the Arbitrator in the Amicable Settlement of the Dispute: Offering Preliminary Views, Discussing Settlement Options, Suggesting Solutions, Caucusing», *J. Int'l Arb.*, vol. 35, n° 5, 2018, pp. 501–516, esp. 516.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁵⁾ M.T. Colatrella Jr., «Informed Consent in Mediation: Promoting Pro Se Parties' Informed Settlement Choice While Honoring the Mediator's Ethical Duties», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol.15., n°.3, 2012, pp. 705–775.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁶⁾ Debe existir un acuerdo explícito en el que todas las partes renuncian a su derecho a recusar al árbitro–mediador antes de que comience el proceso conducente a la transacción. El artículo 12.2º LMU establece que: «Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones acordadas por las partes. Una parte solo podrá recusar a un árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por motivos de los que tenga conocimiento después». Ciertamente, cabe presumir que la participación de un árbitro en una mediación podría considerarse una circunstancia que generará dudas justificadas sobre su imparcialidad; sin embargo, no hay ninguna razón que impida a las partes renunciar a su derecho a recusar al árbitro por su

conducta como mediador. La clave reside en que dicha renuncia sea expresa y clara.

Ver Texto

(167)

El art. 19.5º del Reglamento suizo de arbitraje (2021) establece que «*With the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps*» (<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2024/03/Swiss-Arbitration-Centre-International-Swiss-Rules-2021-EN.pdf>).

Ver Texto

(168)

Asunto *Duncan & Davis Nurseries New Plymouth Ltd. v. Hormor Block Ltd.*, June 14, 2005, *High Court of New Zealand*, para. 6. HC Auckland, CIV 2005-404-2513 (2005) citado por J. Rosoff, «Hybrid Efficiency in Arbitration...», *loc. cit.*, p. 95.

Ver Texto

(169)

Siguiendo las recomendaciones de la CCI, el tribunal arbitral sólo debe emitir un dictamen inicial neutral si tiene un conocimiento suficiente de los aspectos relevantes, se ha obtenido previamente el consentimiento expreso de las partes y el tribunal arbitral ha dejado claro que las opiniones expresadas son provisionales en cuanto al calendario y los documentos presentados. El tribunal arbitral se reservará expresamente el derecho a modificar su opinión en el curso del arbitraje y es recomendable que sólo haga presentaciones orales sin preparar una transcripción para enfatizar la naturaleza preliminar y no vinculante de las opiniones expresadas (ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, *op. cit.*, párrs. 62 ss).

Ver Texto

(170) K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator's Mandate», *loc. cit.*, p. 910.

Ver Texto

(171) La búsqueda del equilibrio en las normas éticas obliga a una reevaluación constante del tipo de relaciones y predisposiciones susceptibles de perturbar el arbitraje internacional. *Vid.* el estudio de W.W. Park. «Arbitration bias», *Trans. Disp. Management*, vol. 12, 2015.

Ver Texto

(172) A. Fernández Pérez, «Tránsito del arbitraje de las tecnologías de la información a la inteligencia artificial en las controversias internacionales», *Anuario de Arbitraje*, 2024 (en prensa).

Ver Texto

(173) ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, *cit.*, párrs. 13-14.

[Ver Texto](#)

(174)H. Abramson, *loc. cit.*, pp. 12–14.

[Ver Texto](#)

(175)A través de los caucus, el facilitador tiene una excelente oportunidad para familiarizarse con las partes y los abogados y aprender cómo puede ser más eficaz en la resolución de la disputa que tienen ante sí. *Vid.* el estudio de R.M. Calkins, «Caucus Mediation— Putting Conciliation Back into the Process: The Peacemaking Approach to Resolution, Peace, and Healing», *Drake L. Rev.*, vol. 54, n° 2, 2006, pp. 259–320

[Ver Texto](#)

(176)El modelo sin caucus es adecuado para ciertos casos, en especial cuando las partes mantienen una relación continua, a pesar del riesgo de desequilibrio de información o manipulación por parte del mediador. *Vid.* D.A Hoffman, «Mediation and the Art of Shuttle Diplomacy», *Negotiation J.*, vol 27, n° 3, 2011, pp. 263–309.

[Ver Texto](#)

(177)*Cf.* G.J. Friedman y J. Himmelstein, *Challenging Conflict: Mediation Through Understanding*, American Bar Association, 2008, p. 180.

[Ver Texto](#)

(178)El uso de sesiones de caucus ofrece beneficios y costos específicos pues tienden a reducir la hostilidad emocional directa en comparación con las sesiones conjuntas, lo que permite a los contendientes promover sus intereses de manera más agresiva y explorar nuevas alternativas con mayor libertad. Los mediadores también suelen solicitar más alternativas y obtener más información en los caucus, y pueden tomar partido para avanzar en el proceso, lo que sugiere que el caucus es susceptible de liberar al mediador de la necesidad de estricta neutralidad. Por lo general, la resolución de problemas a menudo comienza en los caucus y se traslada a las sesiones conjuntas, si bien los facilitadores deben ser cautelosos con la información obtenida en caucus, ya que los contendientes tienden a ser más críticos con el adversario en su ausencia. *Vid.* G.L. Welton, D. Pruitt y N.B McGillicuddy, «The Role of Caucusing in Community Mediation», *J. Conf. Resol.*, vol. 32, n° 1, 1988, pp. 181-202.

[Ver Texto](#)

(179)J. Poitras, «The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators», *Int'l. J. Confl. Manag.*, vol. 24, n° 1, 2013, pp. :23–39.

[Ver Texto](#)

(180)C.W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 4ª ed., San Francisco, Jossey–Bass 2014, pp. 19–59.

[Ver Texto](#)

(181)
Existe consenso en la literatura sobre arbitraje en que los árbitros cruzan una línea roja si participan en

caucus, una técnica común en la mediación, suscitando dudas sobre la imparcialidad del árbitro y el debido proceso, ya que la otra parte no tiene la oportunidad de comentar o rebatir dicha información. M. Hwang, «The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress series, n°. 12, 2005, pp. 571–581.

[Ver Texto](#)

(182) J. Rosoff, «Hybrid Efficiency in Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 89–90.

[Ver Texto](#)

(183) J. Gill, «The Role of the Arbitrator in Bringing About a Settlement – An English Perspective», *Best Practices in International Arbitration* (M. Wirth, ed.), ASA Special Series, n°. 26, 2006, pp. 155–165, esp. p. 164:

[Ver Texto](#)

(184) K.P. Berger, «The Settlement Privilege», *loc. cit.*, pp. 265–276

[Ver Texto](#)

(185) *Vid.*, por todos, A. Fernández Pérez, «Laudo por acuerdo de las partes», *loc. cit.*, pp. 87-123.

[Ver Texto](#)

(186)

J.–M. Tchakoua, «Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile = The status of the arbitral award by consent : the limits of a useful ruse», *Rev. dr. aff. int.*, n° 7, 2002, pp. 775–793,

[Ver Texto](#)

(187)

Y. Kryvoi y D. Davydenko, «Consent Awards in International Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 827–868.

[Ver Texto](#)

(188) El art. 6 del Reglamento del CEDR para facilitar la solución en el arbitraje internacional (2009) regula el régimen de las costas del siguiente modo: «1. *When considering the allocation between the Parties of the costs of the arbitration, (including the Parties own legal and other costs) the Arbitral Tribunal may take into account: 1.1. any offer to settle that has been made by a Party where the Party to whom such an offer has been made has not done better in the award of the Arbitral Tribunal than the terms of the offer to settle; 1.2. any unreasonable refusal by a party to make use of a Mediation Window; or 1.3. any failure by a Party to comply with a requirement to mediate or negotiate in the contract between the Parties which is the subject of the arbitration*».

[Ver Texto](#)

(189)

E. Chua, «A contribution to the conversation on mixing the modes of mediation and arbitration: Of

definitional consistency and process structure», *Trans. Disp. Manag.*, 5, 2018, pp. 1–15 .

Ver Texto

(190) H. Rieger, «Alternative Dispute Resolution Versus Schiedsgericht», *ASA Bull.*, vol. 4, n° 2, 1996, pp. 190–198, esp. p. 195.

Ver Texto

(191) G. Kaufmann-Kohler, «When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard», *Arb. Int'l*, vol. 25, n° 2, 2009, pp. 187–205.

Ver Texto

(192) Existe un amplio consenso en que es necesaria una mezcla de enseñanza teórica, ejercicios prácticos y reflexión, haciendo hincapié en los métodos que permiten un aprendizaje basado en la experiencia, pues no estamos ante una metodología puramente psicológica ni puramente jurídica donde ocupa un lugar destacado la disciplina de la comunicación, que requiere un conocimiento profundo sobre las diversas formas de negociación, para aclarar los hechos, dirigir los debates y servir como herramientas para modificar el comportamiento de las partes con el fin de ayudarles a resolver más eficazmente sus conflictos.

Ver Texto

(193) Si el ADR previo al arbitraje no conduce a un acuerdo, es más que posible que una parte intente impugnar un laudo arbitral posterior por motivos de orden público, sobre la base de alguna supuesta irregularidad del debido proceso: Resulta expresiva la Sentencia de la *Hong Kong Court of First Instance*: Reyes J in Chambers : HCCT No.41 of 2010: 12 April 2011 (*Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*). Consideró esta decisión que si bien «no hay nada malo en principio con el arb–med», dicho proceso tropieza con «dificultades evidentes», especialmente en términos de la posibilidad de una apariencia de parcialidad, insinuando que el árbitro tiene que pisar una línea muy fina y ser muy cuidadoso para no transmitir a una u otra parte la impresión de favorecer el caso de cualquiera de las partes, y sería importante que condujera la mediación de manera formal y adecuada, a diferencia de lo que se hizo en el presente caso [https://www.onlinedmc.co.uk/index.php/Gao_Haiyan_v_Keeneye_Holdings].

Ver Texto

(194) M. Goodrich, «Arb–Med: Ideal Solution or Dangerous Heresy?», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 15, n° 1, 2012, pp. 12–19; E. Deason, «Combinations of Mediation and Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 219–249. Pese a que no resolvió directamente esta cuestión, resulta de gran interés la sentencia de la *England and Wales High Court (Technology and Construction Court)*, de 13 de febrero de 2021 en el asunto *Glencot Development & Design v. Ben Barrett & Son* [[2001] BLR 207]. En el caso, el árbitro, tras recibir verbalmente el acuerdo de las partes, actuó como mediador para resolver una de las numerosas cuestiones del litigio contando una de ellas con asesoramiento jurídico durante esta negociación, mientras que la otra careció del mismo. Las negociaciones no llegaron a un resultado satisfactorio acordándose que se reanudarían en un futuro próximo. Mientras tanto, el árbitro envió una notificación a ambas partes informándoles de que mantenía su imparcialidad y que la sustanciación de las actuaciones arbitrales si las negociaciones no fructificaban. Como quiera que las negociaciones nunca se reanudaron la parte que careció de defensa legal en las

negociaciones recusó al árbitro, alegando parcialidad en su actuación y el Juez Humphrey Lloyd, QC, consideró que la conducta del árbitro durante la mediación podía equivaler a una aparente parcialidad: «*I have nevertheless reached the conclusion any fair-minded and informed observer would conclude that Mr Talbot's participation in the lengthy discussions on 29 September that there was a real possibility of him being biased*». En la jurisprudencia norteamericana se cuenta con una antigua decisión del *U.S. Supreme Court*, de 18 de noviembre de 1968 en el asunto *Commonwealth Coatings v. Continental Cas.*, 393 U.S. 145 (1968) 8, que consideró que el hecho de que la realización por el árbitro determinados qué tipos de conducta y no revele un conflicto potencial equivale a una parcialidad evidente: «*Evident partiality' means what it says: conduct—or at least an attitude or disposition—by the arbitrator favoring one party rather than the other*»

[Ver Texto](#)

(195) J. Waincymer, «Optimizing the use of Mediation in International Arbitration: A Cost-Benefit Analysis of 'Two Hat' Versus 'Two People' Models», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford Academic, 2016, pp. 305–316.

[Ver Texto](#)

(196) S. Puchkov, «Psychology: What Dispute Resolution Practitioners Overlook?», *J. Int'l Arb.*, vol. 35, n° 4, 2028, pp. 463–480.

[Ver Texto](#)

(197)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a un juicio justo en virtud del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también es útil. Aunque no es exactamente el caso, una decisión es esclarecedora por analogía. Un árbitro había revelado un conflicto de intereses, y las partes habían aceptado que actuara a pesar de ello. Posteriormente, una de ellas impugnó el laudo alegando que el árbitro había sido parcial debido a su conflicto de intereses. El laudo fue confirmado por los tribunales nacionales, y el TEDH se negó a anular este resultado. Consideró que la parte había dado su consentimiento inequívoco para renunciar al requisito de imparcialidad. Dicha renuncia inequívoca debía ejecutarse, ya que iba «acompañada de garantías suficientes acordes con su importancia», dada la representación de las partes por abogado. Ésta es la última de una serie de decisiones procedentes del TEDH (en particular, de la antigua Comisión) que consideran que es factible renunciar a los derechos procesales en el arbitraje voluntario en la medida en que se respeten unas garantías mínimas.

[Ver Texto](#)

(198)

[Vid. supra](#), nos. 56-58.

[Ver Texto](#)

(199) C. Newmark, «Is Mediation Effective for Resolving Sports Disputes?», *Mediation Sports Disputes. National and International Perspectives* (I. Blackshaw, ed.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 2002, pp. 78-82. Con carácter más general *vid.* A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn 2005 y la tesis doctoral de M. Kameņecká-Usova, *Legal Aspects of Alternative Dispute Resolution in Sports Law*, Riga, Rīga Stradiņš University, 2021, esp. p. 67 y 124-133.

[Ver Texto](#)

(200)

B. Legum, «Toward A Complementary Use Of Conciliation In Investor-State Disputes - A Preliminary Sketch», *Trans. Disp. Manag*, vol. 4, n° 1, 2007.

[Ver Texto](#)



Y. Dezalay y B.G. Garth, «Fussing About the Forum: Categories and Definitions as Stakes in a Professional Competition», *L. Soc. Inquiry*, vol. 21, 1996, pp. 285 y 295.

[Ver Texto](#)

- (3) P.J. Martínez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2020, pp. 259 ss.

[Ver Texto](#)

- (4) Que puede llevar al árbitro a conceder peticiones procesales irrazonables, prolongando así innecesariamente el procedimiento. Precizando la noción se alude con ella a una actitud reticente por parte de los árbitros a actuar con decisión en determinadas situaciones por temor a que el laudo sea objeto de una impugnación por no haberse dado a las partes la oportunidad de defender su caso de forma completa (R. Metsch y R. Gerbay, «Prospect Theory and due process paranoia: what behavioural models say about arbitrators' assessment of risk and uncertainty», *Arb. Int'l*, vol. 36, n° 2, 2020, pp. 233–252), lo cual no beneficia a las partes ni al atractivo del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de controversias. amenazando su propia legitimidad. Bien entendido que en el arbitraje internacional el debido proceso siempre está por encima de la eficiencia, pero esto no quiere decir que la eficiencia no sea importante en esta modalidad de arreglo de controversias; ciertamente lo es, pero siempre es supletoria al debido proceso. La verdadera prueba de las habilidades y el juicio procesal de un árbitro es tratar las situaciones procesales delicadas no con una reticencia injustificada a actuar de forma decisiva y un miedo primario a violar el debido proceso, sino con «la combinación necesaria de justicia y firmeza» (cf. K.P. Berger y J.O. Jensen, «Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators», *Arb. Int'l*, vol. 32, 2016, pp. 415–435).

[Ver Texto](#)

- (5) J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa en el ámbito empresarial», *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI* (A. Fernández Pérez, dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2021 pp. 37–93.

[Ver Texto](#)

- (6) T.J. Stipanowich, «Arbitration: The 'New Litigation'», *Univ. Illinois L. Rev.*, 2010, n° 1, pp. 1–59. A. Redfern, «The Changing World of International Arbitration», *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (D.D. Caron, S.W. Schill, A. Cohen Smutny, E.E. Triantafilou y C.N. Brower, eds.), Oxford University Press, 2015, pp. 46–51.

[Ver Texto](#)

- (7) G. Kaufmann–Kohler, «Globalization of Arbitral Procedure», *Vanderbilt J. Trans'l L.*, vol. 36, 2003, pp. 1313–1333.

[Ver Texto](#)

- (8) C. Koch y E. Schäfer, «Can It be Sinful for an Arbitrator Actively to Promote Settlement?», *Arb. & Disp. Resol. L.J.*, 1999, pp. 53–184.

[Ver Texto](#)

- (9) Art. 30.1º: «Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes». Y aun cuando la legislación nacional no prevea expresamente la facultad de los árbitros para dictar laudos por acuerdo de las partes, dicha facultad pertenece intrínsecamente a los árbitros, como se desprende del principio general *favor conciliationis* (es decir, favorecer la conciliación de las partes contendientes) existente en cualquier sistema jurídico desarrollado. Cf. Y. Kryvoi y D. Davydenko, «Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement», *Brooklyn J. Int'l L.*, vol. 40, n° 3, 2015, pp. 827–868, p. 836.

[Ver Texto](#)

- (10) Para referirse a las negociaciones asistidas en las que el papel del tercero puede adoptar diversas formas con vistas a ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo.. Los términos «mediación» y «conciliación» se utilizan en este estudio de manera intercambiable, aunque por descontado no son sinónimos. Una confusión habitual se debe a la variabilidad y ambivalencia con que las legislaciones estatales definen y regulan ambas instituciones. La diferencia fundamental radica en que el conciliador, dentro de sus funciones, puede proponer fórmulas de arreglo, mientras que el mediador se enfoca en acercar a las partes y ayudarles a superar obstáculos de comunicación sin ofrecer propuestas concretas. En tanto que tercero neutral un mediador se mueve entre las partes, escuchando primero a una y luego a la otra, e intentando persuadirlas para que se centren en sus intereses reales en lugar de en lo que consideran sus derechos legales, mientras que el papel del conciliador consiste en hacer propuestas de solución o, en palabras del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, art. 7.1º del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980), ayudar «a las partes de manera independiente e imparcial en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia» (*Redfern and Hunter on International Arbitration, op. cit.*, n° 1.138). La adecuación de la mediación o conciliación en un caso particular depende de varios factores, como la necesidad de las partes de preservar una relación interpersonal o comercial, la confidencialidad del proceso, y la flexibilidad del número de sesiones, que varía según la complejidad del asunto y la disposición de las partes a seguir negociando. Vid. J.C. Fernández Rozas, «Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos», *Mediación civil y mercantil* (F. Ruíz Risueño y J.C. Fernández Rozas), vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 67–108, esp. pp. 72–74.

[Ver Texto](#)

- (11) Vid. mi estudio, «La transacción: alternativa o complemento del litigio judicial o de la controversia arbitral»,

Arbitraje comercial. Nuevas tendencias y oportunidades, Barcelona, J.M. Bosch ed., 2024, pp. 113–155, esp. 116–118.

[Ver Texto](#)

(12)

L.A. Cucarella Galiana, «La mediación en Derecho privado en el contexto de las otras fórmulas de resolución de controversias distintas al proceso», *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, n° 26, 2012.

[Ver Texto](#)

(13) Considera X. O’Callaghan que «No se trata, pues, de una renuncia o cesión de un derecho, sino del sacrificio de pretensiones, sin que se pueda afirmar con total seguridad que tenían una base segura y cierta, sino que se movían en una incertidumbre por lo menos subjetiva. Dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, dice el art. 1809, aunque en el término de cosa, debe incluirse el de derecho: *aliquid datum, aliquid retentum*, derecho real o de crédito, total o parcial». Cf. «La transacción», *Compendio de Derecho civil*, t. 2, *Obligaciones y contratos*, vol. 2, Madrid, Edersa, 2001, lección 28.

[Ver Texto](#)

(14) La expansión de la mediación a una amplia gama de disputas comerciales ha sido un desarrollo relativamente reciente, que comenzó a consolidarse a mediados de la década de 1970, impulsado particularmente impulsado por la industria de la construcción, con el apoyo de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que se comprometió activamente a promover el uso de la mediación como un medio eficaz de resolución de conflictos. Como es sabido la industria de la construcción se caracteriza por relaciones jurídicas intrincadas y un alto grado de riesgo inherente a la naturaleza del proceso constructivo. Los proyectos de gran envergadura, las condiciones cambiantes en el lugar de la obra y la compleja interrelación entre las diversas partes involucradas —como el propietario, el arquitecto, el ingeniero, el contratista, los subcontratistas y los proveedores— crean un entorno propenso a la generación de disputas que hicieron que la mediación, con su tendencia hacia la resolución colaborativa y consensuada de conflictos, fuese especialmente adecuada para gestionar y resolver los conflictos que surgen en este sector, evitando los costos y las demoras asociadas al litigio tradicional, lo cual no solo ha permitido una gestión más eficaz de las controversias, sino que también ha servido como modelo para su expansión a otras áreas del comercio y la industria. *Vid.* M.F. Hoellering, «Mediation & Arbitration: A Growing Interaction», *Disp. Resol. J.*, vol. 52, 1997, pp. 23–25

[Ver Texto](#)

(15) H. Abramson, «Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases», *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 10, n° 1, 1999, pp. 1–17, esp. 5–6.

[Ver Texto](#)

(16) El advenimiento del árbitro proactivo se ha consolidado gracias a las nuevas normas procesales transnacionales, como las Normas de la IBA sobre la obtención de pruebas en el arbitraje comercial internacional que asumen y fomentan un papel más activo del árbitro, creando un entorno donde se espera que el árbitro no solo gestione el proceso, sino que también participe activamente en la identificación y discusión de cuestiones relevantes y materiales para el caso. Este nuevo paradigma contrasta con la

interpretación del art.19.2º de la Ley Modelo CNUDMI, que confería al tribunal arbitral plena discrecionalidad en la conducción del procedimiento, siempre sujeto al acuerdo de las partes y a las disposiciones obligatorias de dicha Ley, como los principios de igualdad de trato y debido proceso.

Ver Texto

(17)

D. Hascher, «Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 279, 1999, pp. 51–104, esp. p. 85.

Ver Texto

(18) Al parecer los árbitros chinos han sido más propensos a entablar discusiones con las partes para llegar a un acuerdo mientras que el modelo germánico suele inclinarse por admitir opiniones preliminares con el acuerdo de todas las partes, aunque estudios más recientes apuntan a una creciente armonización entre culturas con respecto al papel del árbitro. Cf. Working International Mediation Institute, Group 4, which is titled «Arbitrator Techniques and their (Direct or Potential) Effect on Settlement», «Arbitrator Techniques and their (Direct or Potential) Effect on Settlement», 2021, [<https://imimmediation.org/wp-content/uploads/2021/11/WG-4-Arbitrators-and-settlement-16-Nov-2021.pdf>].

Ver Texto

(19) H. Crowter, «The Pro-Active Arbitrator», *Arbitration*, vol. 64, n° 2, 1998, pp. 88–92; G. Aksen, «On Being a Pro-Active International Arbitrator», *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* (R. Briner y otros, eds.), Colonia, Heymanns, 2001, pp. 13–19.

Ver Texto

(20) J. Jiménez Ugarte, «Interacción entre mediación y arbitraje en Cortes e instituciones internacionales», *Interacción entre mediación y arbitraje...*, op. cit., p. 204.

Ver Texto

(21) J.C. Fernández Rozas, «El paradigma de la eficiencia en el arbitraje comercial internacional», *Anuario de Arbitraje*, 2022, pp. 295–384, esp. 312–314.

Ver Texto

(22)

Th. Brewer y L.R. Mills, «Combining mediation and arbitration», *Disp. Resol. J.*, vol. 54, n° 4, 1999, pp. 32–39; W.H. Ross y D.E. Conlon, «Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration», *The Academy of Management Review*, vol. 25, n° 2, 2000, pp. 416–427.

Ver Texto

(23) También conocido como laudo en los términos acordados, es un tipo de laudo arbitral que formaliza un acuerdo transaccional alcanzado por las partes en disputa. A diferencia de los laudos arbitrales

tradicionales, en los que el tribunal arbitral examina y decide sobre el fondo de la controversia, el laudo consentido simplemente refleja y ratifica el acuerdo alcanzado por las partes, *Vid.* A. Fernández Pérez, A. Fernández Pérez, «Laudo por acuerdo de las partes», *El laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Valencia, Tirant lo blanch, 2021, pp. 87-123. *Vid.*, *inter alia*, AAA, «Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes», 2004, Canon IV, h), i); IBA, «Directrices sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional», 2014; Nota explicativa sobre la Norma General 4; CNUDMI, «Notas sobre la organización del proceso arbitral», 2016, n° 72; art. 9 Reglas de Praga 2018.

Ver Texto

(24) El procedimiento para alcanzar una decisión vinculante en un arbitraje es flexible y adaptable, pero el tribunal arbitral está obligado a respetar una serie de parámetros, bajo pena de anulación o no ejecución del laudo, en cambio, los métodos como la mediación o conciliación no están sujetos a las mismas normas estrictas, permitiendo mayor flexibilidad y menos formalidad en su ejecución. N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6ª ed, Oxford University Press, 2015, n° 1.82.

Ver Texto

(25) Un supuesto distinto será cuando la motivación de la solicitud de tiempo adicional se basa en la conveniencia del abogado, la obligación de proceder con diligencia existiría como un factor fuerte y tal vez convincente. *Cf.* M. Pryles, «Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, 2007, pp. 327-339, esp. p. 338.

Ver Texto

(26) Aunque siguen precisando del necesario respaldo. *Vid.* D. Watkins, «A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions», *Am. J. Med.*, vol. 4, 2010, pp. 19 ss. *Vid.* asimismo el manual clásico en la materia de G. Merrills y E. de Brabandere, *Merrills' International dispute settlement*, Cambridge, UK /; New York, NY,: Cambridge University Press, 2022.

Ver Texto

(27) Muchos esfuerzos de acuerdo transaccional suelen tener más éxito cuando el incluye la participación activa no sólo de los abogados sino también de las partes, es decir, las personas con conocimiento personal de la disputa, interés personal en el resultado y autoridad para llegar a un acuerdo. En algunos sistemas, como en EE UU, las verdaderas mediaciones tienen éxito en parte por la oportunidad única de que abogados y clientes se reúnan con sus homólogos en un entorno no contencioso y confidencial. Acaso pueda adaptarse estos criterios a las diferentes prácticas culturales, garantizando al mismo tiempo que las personas con mayor autoridad y conocimiento personal participen en los esfuerzos tendentes a la facilitación.

Ver Texto

(28) *Vid.* E. Sussman, «Arbitrator Decision Making Unconscious Psychological Influences and What You Can Do about Them», *Yearbook on International Arbitration*, vol. IV, 2015, pp. 69-98

Ver Texto

(29) R.S. Nickerson, «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General*

Psychology, 1998, p. 188.

[Ver Texto](#)

(30)

Consecuencia de la tendencia de las personas a emitir juicios sesgados en una dirección de interés propio. Cf. S.S. Diamond, «Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issue for International Arbitration», *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, n° 11, Londres, 2003, p. 337.

[Ver Texto](#)

(31) P.K. Anthony y L.J. Weinstein, «The Social Science Edge in Arbitration and Mediation», *New York Disp. Resol. Lawyer*, vol. 5, n° 2, 2012, p. 18.

[Ver Texto](#)

(32) Cf. R.C. Waites y J.E Lawrence, «Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy» (D. Bishop y E. G. Kehoe, eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2ª ed, Nueva York, Juris Arbitration Law, 2010, pp. 109 ss, esp. p. 114.

[Ver Texto](#)

(33)

La consideración de las influencias psicológicas en la toma de decisiones de los árbitros cada vez cuenta con un mayor desarrollo en la comunidad arbitral, siendo un factor que los abogados seriamente están empezando considerar. A través del estudio sistemático y la observación del comportamiento humano, se llega a que existen patrones consistentes en la forma en que las personas toman decisiones en el contexto de litigios, permitiendo estos patrones hacer suposiciones razonables y bien fundamentadas sobre las decisiones que las partes podrían tomar y prever cómo estas decisiones pueden ser influenciadas o modificadas por la manera en que la información se presenta y los argumentos se exponen durante el procedimiento, suministrando herramientas valiosas para anticipar comportamientos y ajustar estrategias jurídicas en consecuencia *Vid.* E. Sussman, *loc. cit.*, pp. 119 ss; asimismo *vid.* T. Cole (ed.), *The Roles of psychology in international arbitration*, Wolter Kluwer, 2017; S.S. Diamond, «The Psychology of the Decision Making Process», *Asian Disp. Rev.*, vol. 17, 2015, pp. 197–204; S.D. Franck, A. van Aaken, J. Freda, C. Guthrie y J.J. Rachlinski, «Inside the Arbitrator's Mind», *Emory L.J.*, vol. 66, 2017, pp. 1115 ss.

[Ver Texto](#)

(34) Cf. S.J. Burton, «Combining Conciliation with Arbitration of International Commerce Disputes», *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 18, 1995, pp. 637–658

[Ver Texto](#)

(35) *Vid.* con carácter general la monografía de M.A. Fernández Ballesteros, *Avenencia o ADR*, Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid – Iurgium, 2023.

[Ver Texto](#)

- (36) J. Lack, «Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties» (A. Ingen-Housz, ed.), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2010, pp. 339–379, esp. p. 351.
- Ver Texto
- (37) K.P. Berger, *Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration*, 3ª ed., Center for Transnational Law – Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015.
- Ver Texto
- (38) Vid. un conjunto de opiniones sobre su práctica, a partir de varias entrevistas, en S.B. Goldberg y M.L. Shaw, «The Past, Present, and Future of Mediation as Seen through the Eyes of Some of Its Founders», *Negotiation J.*, vol. 26, n° 2, 2010, pp. 237–253.
- Ver Texto
- (39) F.E.A. Sander y L. Rozdeiczer, «Selecting an Appropriate Dispute Resolution Procedure: Detailed Analysis and Simplified Solution», *The Handbook of Dispute Resolution* (M.L. Moffitt y R.C. Bordone, eds.), Jossey-Bass, 2005, pp. 386–406.
- Ver Texto
- (40) J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje entre la crisis, la renovación y la virtualidad de la justicia alternativa...», *loc. cit.*, pp. 56–62.
- Ver Texto
- (41) Vid. C. Bouhring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, Kluwer Law International, 1996.
- Ver Texto
- (42) M.A. Schonewille y K.H. Fox, «Moving beyond 'Just' a Deal, a Bad Deal or No Deal», *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2010 pp. 81–115, esp. 91–97.
- Ver Texto
- (43) F.E.A. Sander y L. Rozdeiczer, *loc. cit.*, p. 352.
- Ver Texto
- (44) D. I. Levine, «Early Neutral Evaluation: The Second Phase», *J. Disp. Resol.*, 1989, n° 4, pp. 1–49; T.J. Stipanowich, «Arbitration, Mediation, and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on MedArb, Arb-Med, and Settlement Oriented Activities by Arbitrators», *Harvard Neg. L. Rev.*, 2021, vol. 26, pp. 265–369.

Ver Texto

(45) R.G. Allemann, «Mind the settlement gap: A call for more effective judicialization of international commercial arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 38, n° 4, 2022, pp. 231–248.

Ver Texto

(46) Originada en el ámbito jurisdiccional norteamericano en los años setenta del pasado siglo se ha utilizado con cierto éxito para ayudar a los abogados litigantes con presencia de jurado. Consiste en la contratación de un «jurado simulado» y se realiza un ensayo de juicio durante varias horas o varios días en el curso del cual los abogados tienen la ventaja de observar el proceso de deliberación y realizar entrevistas para ver qué argumentos fueron persuasivos y cuáles no, utilizándose la información se utiliza para perfeccionar la presentación del caso y para ayudar en la selección de los miembros del jurado. *Vid.* P.K. Anthony y L.J. Weinstein, «The Social Science Edge in Arbitration and Mediation », *loc. cit.*, pp. 17–19.

Ver Texto

(47) En Suiza, especialmente en los cantones de habla alemana como Zúrich, los tribunales arbitrales han adoptado la disposición de participar en procesos de conciliación, influenciados por una técnica procesal desarrollada por el tribunal comercial estatal de Zúrich. Conocida esta técnica como *Vergleichsverhandlung*, implica que el juez convoca a las partes a una audiencia, generalmente después de la primera ronda de alegaciones escritas, donde presenta una opinión preliminar sobre el caso o cuestiones específicas y luego les invita a discutir una posible conciliación en su presencia. y ha demostrado ser eficaz, ya que muchas veces lleva a un acuerdo y, en los casos en que no lo hace, proporciona orientación útil para agilizar el proceso judicial. Los árbitros suizos, influenciados por su formación jurídica nacional, suelen aplicar esta técnica en arbitrajes, ofreciendo una evaluación neutral temprana del caso, práctica de facilitación de acuerdos que fue inicialmente incorporada en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Zúrich y, posteriormente, en el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional a propósito de su revisión de 2004. En su versión actual, el art. 19.5º Reglamento Suizo permite expresamente a los árbitros tomar iniciativas proactivas antes de emitir el laudo final, reflejando esta tradición de facilitación de acuerdos en el contexto del arbitraje internacional: «*With the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps*».

Ver Texto

(48) *Vid.* en general, W.J. Baker, «Mandating Early Neutral Evaluations: Efficient or Excessive?», *Pepperdine Disp. Res. L.J.*, vol. 22, n° 2, 2022, pp. 581–607.

Ver Texto

(49) Originado en EE UU Unidos durante los años setenta del pasado siglo el concepto y el empleo del arbitraje simulados aún no se ha desarrollado ampliamente, aunque se apuntan una serie de aspectos de utilidad como mejorar la comprensión de los puntos débiles del caso, centrarse en las mejores teorías jurídicas, perfeccionar la forma de presentar el caso y, sobre todo, o identificar sus aspectos más problemáticos. M.F. Hoellering, «The Mini-Trial», *Arb. J.*, vol. 37, n° 4, 1982, pp. 48 ss.

Ver Texto

(50) O. Boltenko y N. Kaplan, «A Secret Tool for Winning an Arbitration Case», *Asian Disp. Rev.*, vol. 17, 2025, pp. 116–121; E. Sussman y J. Lawrence, «A Mock Arbitration for Your Case: Optimizing Your Strategies and Maximizing Success», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 41, n° 4, 2017, pp. 1.017–1041.

Ver Texto

(51) El mini-trial es un método innovador diseñado para resolver litigios complejos, especialmente aquellos que mezclan cuestiones de hecho y de derecho, con mayor rapidez que los procedimientos tradicionales. En este proceso, abogados y expertos de ambas partes presentan resúmenes del caso a altos ejecutivos con autoridad para tomar decisiones y aunque muestra potencial, la efectividad del mini-trial aún está en evaluación. Desarrollado en Estados Unidos, combina elementos de negociación, mediación y arbitraje para facilitar la conciliación en conflictos comerciales, especialmente en casos grandes y complejos donde las negociaciones están estancadas (vid. B. Cheney, «Commercial disputes: the mini-trial option», *Victoria Univ. of Wellington L. Rev.*, vol. 19, n° 2, 1989, pp. 153–181). Durante un mini-trial, los procedimientos judiciales suelen suspenderse y se realiza un descubrimiento limitado. Las partes presentan versiones abreviadas de sus casos ante un panel, y luego los altos funcionarios llevan a cabo negociaciones, asistidos por un miembro neutral que puede ofrecer una opinión escrita sobre los puntos fuertes y débiles de cada lado. El mini-trial es particularmente útil porque permite resolver disputas en días, en lugar de meses o años, con menores costos y manteniendo la confidencialidad. También ofrece flexibilidad para que las partes sean creativas en sus acuerdos, lo que puede preservar relaciones comerciales que podrían dañarse por un litigio prolongado. Sin embargo, existen riesgos asociados, como la posible revelación de estrategias de juicio y el costo adicional si el caso finalmente requiere un juicio. A pesar de estos riesgos, el mini-trial es una herramienta eficiente y rentable que merece consideración cuando las negociaciones se encuentran en un punto muerto, pero las partes aún desean resolver su disputa. Vid. L.F. Trakman, «The efficient resolution of business disputes», *Can. Bus. LJ.*, vol. 30, 1998, pp. 321.

Ver Texto

(52) Cf. C. Salomon y P. Durning, «Making the most of mock arbitrations. Do Not Enter: Rehearsal In Progress», *Global Arb. Rev., News*, 25 mayo 2017 [<https://www.fedarb.com/wp-content/uploads/2019/05/Making-the-most-of-mock-arbitrations-Claudia-Salomon.pdf>].

Ver Texto

(53) D. MacGrath, «How Do You Get to Carnegie Hall?» The Unsung Benefits of Mock Arbitrations», *Kluwer Arbitration Blog*, June 1, 2023

Ver Texto

(54) Y. Lahlou, «How to Mock Your Case Effectively», *The Guide to Advocacy* (S. Jagusch y P. Pinsolle, eds.), 3ª ed., Londres, Law Business Research Ltd, 2018, pp. 176–181.

Ver Texto

(55) Aunque ya está sobrepasado por el tiempo sigue siendo de interés por la detallada descripción de las distintas

técnicas en presencia el estudio de J. Lack, «Appropriate Dispute Resolution (ADR)...», *loc. cit.*, pp. 339–379

[Ver Texto](#)

(56) E.E. Deason, «Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral a Framework for Judicial Review», *Yearb. Arb. & Med.*, vol. 5, 2013, pp. 219–248, esp. p. 248.

[Ver Texto](#)

(57) Th. Brewer y L.R. Mills, «Combining mediation and arbitration», *loc. cit.*, pp. 32–39; W.H. Ross y D.E. Conlon, «Hybrid Forms of Third–Party Dispute Resolution...», *loc. cit.*, pp. 416–427.

[Ver Texto](#)

(58) B. Piñar Guzmán, «La dirimencia por experto en el Derecho español», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° 7, 2021 J.C. Fernández Rozas, «Actualidad de la solución de controversias por el dictamen de experto independiente», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n° 11, 2022; L.F. Castresana, «Los arbitradores, antecedente e inevitable referente para la determinación por expertos (*expert determination*)», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n° 13, 2022.

[Ver Texto](#)

(59) Las cláusulas escalonadas, también conocidas como cláusulas «multinivel», «multipaso» o «ADR primero», se están utilizando cada vez más en los contratos internacionales de construcción e ingeniería estipulando que, en caso de conflicto entre las partes, la resolución del mismo se llevará a cabo a través de una secuencia de múltiples niveles de procesos de resolución de disputas. Como fase previa a los procedimientos arbitrales, estas cláusulas generalmente incluyen discusiones informales o negociaciones formales entre técnicos o responsables de la toma de decisiones a nivel directivo, procedimientos de mediación, y la adjudicación pericial por parte de un «Experto en Revisión de Disputas» (DRE), un «Comité de Adjudicación de Disputas» (DAB) o un «Comité de Revisión» *Vid.* K.P. Berger, «Law and Practice of Escalation Clauses Get access Arrow», *Arb. Int'l.*, vol. 22, n° 1, 2006, pp. 1–18.

[Ver Texto](#)

(60) Desde un punto de vista descriptiva y orientado esencialmente hacia la práctica, resulta de interés la referencia a la monografía clásica de J. Folberg y A. Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey–Bass Inc., 1984, pp 7 ss.

[Ver Texto](#)

(61) E. Bertrand, «Arbitrage et médiation: l'impossible conciliation?», *Rev. dr. aff. int.*, 2001, n° 2, pp. 133–141; C. Punzi, «Relazioni fra arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti», *Riv. arb.*, vol. XIII, 2003, pp. 385–409.

[Ver Texto](#)

(62) La mediación seguida de arbitraje es el tipo de proceso combinado más utilizado, existiendo muchas normas institucionales internacionales que sugieren combinaciones de este tipo, *v.gr.*, OMPI, CCI, CIArb y

American Arbitration Association (AAA). En su etapa originaria, el med–arb estaba dirigido por una sola persona que las partes habían acordado que primero intentaría mediar en su conflicto y luego arbitraría si la mediación fracasaba (*vid.* B.C. Bartel, «Comment, Med–Arb As A Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential», *Willamette L. Rev.*, vol. 27, 1991, pp. 661–683). En la etapa actual la fase de mediación permite a las partes intentar resolver primero el proceso y resolver después cualquier asunto pendiente teniendo en cuenta únicamente la parte sustancial del conflicto a través del arbitraje. *Vid.* E. Sussman, «Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions», *ADR in Business Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II (A. Ingen–Housz, ed.), Kluwer Law International, 2011, pp. 381–398; Y. Vorys, «The Best of Both Worlds: The Use of Med–Arb for Resolving Will Disputes», *Ohio State J. Disp. Resol.*, 2007, pp. 871–898; M. Lalaguna Holzwarth, «La aplicación en España de Med–Arb, Arb–Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n° 4, 2020.

Ver Texto

(63)

Para que las ofertas selladas sirvan como un mecanismo eficiente para fomentar la solución temprana (y, por lo tanto, ahorrar costos), es necesario seguir desarrollando las mejores prácticas sobre cómo regular esto en la primera orden procesal o en el acta de misión. El Regl. Society Of Maritime Arbitrators (SMA) (2022) incorpora la noción de «oferta sellada» en la Sección 31(d): «*If the Settlement Offer is refused, the Offeror may notify the Panel that a binding Settlement Offer was made but declined by the Offeree. The details of the last Settlement Offer shall then be delivered in a sealed envelope to the Chair or Sole Arbitrator who shall not open the envelope until such time as the Panel or Sole Arbitrator has arrived at a final decision. Should the rejected Settlement Offer be equal to or more favorable to the Offeree than the Panel's Award, the Panel shall, subject always to the provisions of Section 30 and taking into account the terms and timing of the Settlement Offer, award the reasonable legal fees and expenses as well as such arbitrator fees and expenses that would have been saved had the offer been accepted at the date by which acceptance was required*».

Ver Texto

(64)

Una cláusula multinivel bien formulada debe ajustarse a las necesidades particulares de la relación contractual, proporcionando a las partes múltiples mecanismos para resolver sus disputas dando lugar a una flexibilidad que no solo puede facilitar la consecución de soluciones mutuamente satisfactorias. *Vid.* M. Gomm Ferreira dos Santos, «The Role of Mediation in Arbitration: The Use and the Challenges of Multi-tiered Clauses in International Agreements», *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 10, n° 38, 2023, pp 7-15.

Ver Texto

(65)

Vid. D. Ruckteschler y A. Wendelstein, «Efficient Arb–Med–Arb Proceedings: Should the Arbitrator also be the Mediator?», *J. Int'l Arb.*, vol. 38, n° 6, 2021, pp. 761–774. Pese a ser relativamente reciente, este estudio precisa la actualización de sus fuentes legales y reglamentarias. En todo caso se decanta porque el mediador sea una persona distinta del árbitro para salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral no considerando convincente el argumento de que un mediador que ya conoce a las partes y los hechos del litigio por el procedimiento arbitral previo medie de forma más eficiente que una tercera persona que no ha intervenido en el asunto antes de que comience la mediación (*ibíd.*, p.771)

Ver Texto

(66) Sobre los estudios empíricos en la materia *vid.*, D. Nigmatullina, «The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study», *J. Int'l Arb.*, vol. 33, n° 1, 2016, pp. 37–82 y con mayor extensión su tesis de doctorado, *Developing Efficient Dispute Resolution Solutions for International Commercial Disputes: Ways to Address Concerns Associated with the Combined Use of Mediation and Arbitration by the Same Neutral*, The University of Western Australia, Faculty of Law, 2016 [https://api.research-repository.uwa.edu.au/ws/portalfiles/portal/9759400/THESIS_DOCTOR_OF_PHILOSOPHY_NIGMATULLINA_Dilyara_2016.PDF].

Ver Texto

(67) *Vid. infra*, n° 30.

Ver Texto

(68) H. Tang, «Combination of Arbitration with Conciliation: Arb–Med», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 547–555; J. Rosoff, «Hybrid efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med–Arb and Arb–Med proceedings», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, n° 1, 2009, pp. 89–100.

Ver Texto

(69) Según el ap. 12 de su párr. 72: «En las circunstancias apropiadas, el tribunal arbitral puede plantear la posibilidad de que las partes celebren una transacción. En algunas jurisdicciones, la legislación de arbitraje permite que un tribunal arbitral facilite una transacción con el acuerdo de las partes. En otras, solo se permite a los tribunales arbitrales plantear la posibilidad de que se celebre una transacción sin la intervención del tribunal. Cuando la legislación de arbitraje aplicable permita al tribunal arbitral facilitar una transacción, el tribunal arbitral también puede, si así lo solicitan las partes, guiarlas o asistirles en sus negociaciones. Algunos reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral facilite la transacción».

Ver Texto

(70) *Cf.* ap. h.i del Apéndice IV del Reglamento. En la misma línea apunta el art. 26 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS); art. 67.a del Reglamento de Arbitraje de la OMPI de 2022 «El Tribunal podrá sugerir que las partes intenten llegar a un acuerdo, incluso comenzando un procedimiento de mediación, en cualquier momento en que el Tribunal lo considere apropiado». Una ponderada propuesta acerca de cómo sobrellevar con éxito la labor facilitadora de los árbitros se halla en el trabajo de la Comisión sobre Transacción en Arbitraje Internacional constituida por el *Center for Effective Dispute Resolution (CEDR)* de Londres que en 2009 emitió un Informe Final que recoge una serie de recomendaciones acerca de lo que los tribunales arbitrales sí deben y no deben hacer a la hora de incentivar a las partes a alcanzar un acuerdo transaccional en el seno del arbitraje. *Vid.* B. Piñar Guzmán, «Las soluciones más convincentes a los problemas más acuciantes en la interacción entre arbitraje y mediación», *Interacción entre mediación y arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 193–202, esp. p. 194–195.

Ver Texto

(71) A. Fernández Pérez, «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 99–124.

Ver Texto

(72) S.J. Burton, «Combining Conciliation with Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 637–658.

Ver Texto

(73) Para evitar estas situaciones el art. 19.8° del Reglamento suizo (2021) elimina –o al menos reduce significativamente– el riesgo de que se impugne un laudo por supuesta parcialidad. De hecho, esta disposición establece explícitamente que, al acordar cualquier proceso de facilitación de la conciliación, dicho acuerdo constituirá una renuncia para las partes de su derecho a recusar la imparcialidad de un árbitro basándose en su participación y en los conocimientos adquiridos al adoptar las medidas acordadas.

Ver Texto

(74) Las denominadas «ventanas de resolución», vinculadas al desarrollo del proceso arbitral pretenden esencialmente que dicho proceso no impida la posibilidad de negociar con eficacia y llegar a acuerdos. *Vid.* sus distintas variantes en N.M. Alexander, «Opening the Mediation Window in the Arbitration House», *Can. Arb. & Med. J.*, vol. 20, n° 2, 2011, pp. 37–43.

Ver Texto

(75) H. Raeschke-Kessler, «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 4, 2005, pp. 523–536; D. Favalli y M.K. Hasenclever, «The Role Of Arbitrators In Settlement Proceedings», *Mealey's Int'l Arb. Report*, vol. 23, n° 7, 2008, pp. 1–10.

Ver Texto

(76) S. Pfisterer, «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 4, 2013, pp. 649–679.

Ver Texto

(77) International Chamber of Commerce, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, ICC Publication DRS900, julio 2023.

Ver Texto

(78) S. Kröll y T. Kerkhoff, «Settlement Efforts and Contract Adaptation by Arbitral Tribunals», *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge University Press, 2023, pp. 917–956.

Ver Texto

(79) S.M. Kröll, «Promoting Settlements in Arbitration: The Role of the Arbitrator», *The Powers and Duties of an*

Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 209–224.

[Ver Texto](#)

(80) Hace diez algo más de diez años todavía se consideraba que este cambio hacia la práctica del arbitraje era negativo al limitar las opciones para las partes, dejándolas solo un foro con variantes de dirimencia y privándolas del principal beneficio de la mediación: la flexibilidad y la justicia individualizada que ofrece frente a la rigidez del sistema judicial formal, añadiéndose que es giro también compromete los valores fundamentales de la mediación, como la autodeterminación y la capacidad de las partes para resolver problemas y reorientar sus relaciones. *Vid.*, por todos, J. Nolan–Haley, «Mediation: The ‘New Arbitration’», *Harvard Neg. L. Rev.*, vol. 16, pp. 61–92, esp. p. 65.

[Ver Texto](#)

(81) M. Paralika y A.V. Schlöpfer, «Striking the Right Balance: The Roles of Arbitral Institutions, Parties and Tribunals in Achieving Efficiency in International Arbitration», *BCDR Int’l Arb.*, vol. 2, n° 2, 2015, pp. 329–341.

[Ver Texto](#)

(82) K.–H. Böckstiegel, «Experiences and Suggestions Regarding the Functioning of International Arbitration Institutions», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 20–26.

[Ver Texto](#)

(83) Pueden verse útiles observaciones y anécdotas de destacados árbitros pertenecientes a diversos sistemas jurídicos a partir de sus experiencias personales en el libro de D.E. Vinson y K. Reichter, *Arbitration: the Art & Science of Persuasion*, Oxford, UK, Nueva York, Oxford University Press, 2022.

[Ver Texto](#)

(84) P. Marzolini, «The Efficient Conduct of the Arbitration Proceedings and the ‘New’ Role of Arbitrators: A Challenging Journey Through Promises and Expectations», *Dispute Resolution in China, Europe and World*, Springer International Publishing, 2020, pp. 111–129.

[Ver Texto](#)

(85) K. Tashiro, «Conciliation or Mediation During the Arbitral Process—A Japanese View», *J. Int’l Arb.*, vol. 12, n° 2, 1995, pp. 119–134; K. Tashiro, «Conciliation or Mediation During the Arbitral Process—A Japanese View», *J. Int’l Arb.*, vol. 12, n° 2, 1995, pp. 119–134.

[Ver Texto](#)

(86) *Cf.* V. Fischer–Zernin y A. Junker, «Arbitration and Mediation: Synthesis or Antithesis?», *J. Int’l Arb.*, vol. 5, n° 1, 1988, pp. 21–40.

[Ver Texto](#)

(87) J.C. Freund, «Calling All Deal Lawyers—Try Your Hand at Resolving Disputes», *The Business Lawyer*, vol. 62, n° 1, 2006, pp. 37–53.

[Ver Texto](#)

(88) A.H. Elsing, «Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds», *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, 2011, n° 3, pp. 114–123; K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator's Mandate To Facilitate Settlement», *Fordham Int'l L.J.*, vol. 40, n° 3, 2017, pp. 887–917; H. Stutzer, «Settlement Facilitation: Does the Arbitrator have a Role? The 'Referentenaudienz' – the 'Zurich-Way' of settling the Case», *Bull ASA*, vol. 35, n° 3, 2017, pp. 589–600.

[Ver Texto](#)

(89) J.H. Goldfien y J.K. Robbennolt, «What if the Lawyers Have Their Way? An Empirical Assessment of Conflict Strategies and Attitudes Toward Mediation Styles», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 22, 2007, pp. 277–319.

[Ver Texto](#)

(90) M. Alberstein, «Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 22, n° 2, 2007, pp. 321–374.

[Ver Texto](#)

(91) T. Stipanowich y Z.P. Ulrich, «Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play», *Penn St. Y.B. Arb. & Mediation*, vol. 6, 2014.

[Ver Texto](#)

(92) S.D. Franck, «The role of international arbitrators», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 12, n° 2, 2006, pp. 499–522, esp. 504.

[Ver Texto](#)

(93) Lo cual implica abordar cuestiones que impactan profundamente en la legitimidad y eficacia del arbitraje que no deben ser subestimadas pues que el estímulo para arbitrar y el funcionamiento del mercado de árbitros se ven influenciados por factores económicos y de reconocimiento profesional que generan tensiones entre el deber de imparcialidad y la búsqueda de rentabilidad. Por esa razón, la formación continua y el establecimiento de códigos de conducta estrictos son herramientas indispensables para mantener la integridad del sistema arbitral. *Vid.* B. Guandalini, *Economic analysis of the arbitrator's function*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2020.

[Ver Texto](#)

(94) *Vid.*, por todos, R. Gerbay, *The Functions of Arbitral Institutions*, Wolter Kluwers Law & Business, 2016.

[Ver Texto](#)

(95)

El fenómeno no es nuevo. Vid. M. Van der Hagen, «Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe», *Rev. dr. aff. int.*, 1996, n° 2, pp. 255–272 ; L. Mistelis, «The Settlement–Enforcement Dynamic in International Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 19, nos 3–4, 2008, pp. 377–389

[Ver Texto](#)

(96)

S. Tannous, «Transcending the Common/Civil Law Divide: The Role of the Modern International Arbitrator», *The Plurality and Synergies of Legal Traditions in International Arbitration: Looking Beyond the Common and Civil Law Divide* (N. Comair–Obeid y S. Brekoulakis, eds), Kluwer Law International, 2023 pp. 46 ss.

[Ver Texto](#)

(97) Contrasta la situación de hace un cuarto de siglo con la actual. Vid. D.W. Plant, «The Arbitrator as Settlement Facilitator», *J. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 1, 2000, pp. 143–146.

[Ver Texto](#)

(98) Según el ap. 12 de su párr. 72: «En las circunstancias apropiadas, el tribunal arbitral puede plantear la posibilidad de que las partes celebren una transacción. En algunas jurisdicciones, la legislación de arbitraje permite que un tribunal arbitral facilite una transacción con el acuerdo de las partes. En otras, solo se permite a los tribunales arbitrales plantear la posibilidad de que se celebre una transacción sin la intervención del tribunal. Cuando la legislación de arbitraje aplicable permita al tribunal arbitral facilitar una transacción, el tribunal arbitral también puede, si así lo solicitan las partes, guiarlas o asistirles en sus negociaciones. Algunos reglamentos de arbitraje prevén la posibilidad de que el tribunal arbitral facilite la transacción».

[Ver Texto](#)

(99) E. Stein, «The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2024», *b–Arbitra (Belgian Rev. Arb.)*, 2024, n° 1, pp. 277–284.

[Ver Texto](#)

(100) De acuerdo con esta Norma: «En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia mediante conciliación, mediación o de otra manera. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro

deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, le surgieren dudas sobre su capacidad para mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento».

[Ver Texto](#)

(101)

Estas Reglas buscan proporcionar pautas para que los tribunales arbitrales y las partes incrementen la eficiencia del arbitraje, promoviendo un rol más activo de los tribunales en la gestión de los procedimientos y reglas no pretenden reemplazar las existentes, sino complementar el procedimiento acordado por las partes o ser aplicadas en casos específicos. El art. 2.4° dispone: «En la reunión preliminar o en una etapa procedimental posterior, el tribunal arbitral podrá –si lo considera apropiado– indicar a las partes: (...) e) su opinión preliminar sobre: i. distribución de la carga de la prueba entre las partes; ii. las pretensiones; iii. las cuestiones controvertidas; y iv. el valor y la relevancia de la prueba aportada por las partes. La expresión de estas opiniones preliminares no será considerada, en sí misma, como una prueba de la falta de independencia o de imparcialidad del tribunal arbitral, y no constituirán motivos de recusación».

[Ver Texto](#)

(102)G. Stampa, aporta una crítica a la redacción de este precepto. En su opinión conforma «una de las partes más débiles de sus disposiciones. Su idea inicial es correcta, porque ofrece a las partes la posibilidad de alcanzar soluciones transaccionales a la controversia planteada y está, por tanto, en línea con uno de los objetivos principales del arbitraje. Su ejecución es, sin embargo, discutible, ya que las formas en las que este Artículo contempla su instrumentación son discutidas en el arbitraje: la actuación de un mismo árbitro como facilitador del acuerdo y la conversión del árbitro en mediador provisional durante el procedimiento. Mientras que la primera opción puede tener un cierto atractivo (siempre que se ejecute con cautela), la segunda, sin embargo, no resulta recomendable, en nuestra opinión; al menos, en aquellos arbitrajes que involucren partes ajenas a la cultura asiática» (cf. «La Reglas de Praga», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XII, n° 2019, pp. 157–166, esp, p. 161). Vid. del mismo autor, «The Prague Rules», *Arb. Int'l*, vol. 35, n° 2, 2019, pp. 221–244; M. Henry, «Les Prague Rules: ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage», *Rev. arb.*, 2019, pp. 1–13.

[Ver Texto](#)

(103)

C. Kessedjian, «Inherent and Discretionary Powers of Arbitrators», *Rethinking the Paradigms of International Arbitration* (B.M. Cremades y P. Peterson, eds), ICC Institute of World Business Law, Dossier XX, 2023, pp. 17–35, esp. pp. 29–30.

[Ver Texto](#)

(104)D.G. Henriques, «The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration», *ASA Bull.*, vol. 36, n° 2, 2018, pp. 351–363, esp. 355–356.

[Ver Texto](#)

(105)Cf. T.J. Stipanowich, «Arbitration, Mediation, and Mixed Modes», *loc. cit.*, p. 338

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰⁶⁾Entre sus cincuenta integrantes figuraron importantes árbitros pertenecientes a distintas culturas jurídicas, del civil law (Giorgio Bernini, Karl–Heinz Bockstiegel, Bernardo Cremades, Yves Derains, Emmanuel Gaillard, Pierre Karrer, Loukas Mistelis, o Michael Schneider), del common law (Michael Blacker, Phillip Capper, Peter Cassidy, Robert Davidson, Andrew Foyle, Julian Lew, Alan Rau, David Rivkin, o Stephen York), de ciertos países asiáticos (Michael Hwang, Yu Jianlong, Nigel Li, Masaharu Onuki, o Christopher To) y de otros círculos (Ahmed El Kosheri, o Alexander Komarov).

Ver Texto

⁽¹⁰⁷⁾[<https://www.cedr.com/wp-content/uploads/2021/04/Arbitration-Commission-Document-April-2021.pdf>].

Ver Texto

⁽¹⁰⁸⁾La Comisión reconoció que la aplicación del tercer principio podría disuadir a los árbitros de participar en un proceso de med–arb, el cual implica reuniones privadas con cada una de las partes durante la fase de mediación. La Comisión concluyó que, aunque esta modalidad de med–arb ha sido empleada con éxito por algunos árbitros, conlleva riesgos significativos para la integridad del proceso arbitral y, por ende, para la ejecutabilidad de cualquier laudo arbitral en caso de que no se alcance un acuerdo en la fase de mediación. Además, consideró que esta forma de arbitraje podría resultar en una fase de mediación menos eficaz comparada con la mediación llevada a cabo por un tercero neutral. En consecuencia, aunque la Comisión no recomendó específicamente el proceso de med–arb que incluye reuniones privadas con las partes, sí consideró las salvaguardias que pueden implementarse para minimizar los riesgos asociados a esta perspectiva. Las referidas salvaguardias se detallan en el Apéndice titulado «Salvaguardias para árbitros que utilizan reuniones privadas con cada parte como medio para facilitar la solución».

Ver Texto

⁽¹⁰⁹⁾S. Kröll y T. Kerkhoff, «Settlement Efforts and Contract Adaptation by Arbitral Tribunals», *loc. cit.*, pp. 917–956.

Ver Texto

⁽¹¹⁰⁾*Vid.* M. Ahmed, «Settlement in International Arbitration: Comments on the CEDR Settlement Rules», *Arbitration*, vol. 76, n° 2, 269–276.

Ver Texto

⁽¹¹¹⁾*Vid. supra*, nota 74

Ver Texto

⁽¹¹²⁾S. Nappert y D. Flader, «A Psychological Perspective on the Facilitation of Settlement in International Arbitration – Examining the CEDR Rules», *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 459–470.

Ver Texto

⁽¹¹³⁾M. Wirth, «Settlement Facilitation», *Ten Years of Swiss Rules of International Arbitration*, ASA Special Series

No. 44, 2014, pp. 95–96; H. Stutzer, *loc. cit.*, pp.589–591.

[Ver Texto](#)

(114)H. Stutzer, «Settlement Facilitation...», *loc. cit.*, p . 597.

[Ver Texto](#)

(115)En los procedimientos de recurso ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) de Lausana, el árbitro no puede ayudar a las partes en las negociaciones para llegar a un acuerdo, ya que los asuntos disciplinarios y las infracciones por dopaje no son susceptibles de transacción

[Ver Texto](#)

(116)
G. Kaufmann-Kohler y V. Bonnin Reynes, «The Arbitrator as Conciliator: a Statistical Approach of the Relation between an Arbitrator's Role and his/her Legal Culture», *ICC Bull.*, vol. 18, n° 2, 2007, pp. 79-88.

[Ver Texto](#)

(117)R.H. Kreindler, «Transaction et arbitrage dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CCI», *Bull. CCI*, vol. 9, n° 2, 1998, pp. 22 ss.

[Ver Texto](#)

(118)
Este informe fue publicado aproximadamente al mismo tiempo que el informe de la Comisión del CEDR sobre la resolución de controversias en el arbitraje. *Vid supra* nota 107.

[Ver Texto](#)

(119)El informe se actualizaría en 2018 donde se insistiría en el papel del tribunal arbitral para promover una transacción incluyendo la posibilidad de informar «a las partes que son libres de transigir toda o parte de la controversia en cualquier momento durante el arbitraje en curso, ya sea mediante negociaciones directas o mediante cualquier forma de procedimiento ADR», sugiriendo al efecto un procedimiento de mediación bajo el Reglamento de Mediación de la CCI, (*ICC Bull.*, vol. 24, n° 2, 2013). Asimismo, se sugería la posibilidad de que las partes solicitaran la suspensión del procedimiento «por un periodo de tiempo determinado mientras se llevan a cabo las discusiones de transacción» o que acordasen del tribunal arbitral que tomase «los pasos para facilitar la transacción de su controversia, siempre que esos pasos no contrariasen el deber del tribunal de hacer todos los esfuerzos necesarios para asegurarse de que el laudo fuese susceptible de ejecución legal (ICC, *Control del tiempo y de los costos en el arbitraje*, 2ª ed., 2018, parrs. 41–42).

[Ver Texto](#)

(120)En la misma línea apuntan el art. 26 del Reglamento del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) o el art. 67.a Regl. OMPI de 2021: «El Tribunal podrá sugerir que las partes intenten llegar a un acuerdo, incluso comenzando un procedimiento de mediación, en cualquier momento en que el Tribunal lo considere apropiado.». *Vid* . B. Piñar Guzmán, «Las soluciones más convincentes a los problemas más acuciantes en la interacción entre arbitraje y mediación», *Interacción entre mediación y arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 193–202,

esp. p. 194–195.

Ver Texto

(121) Vid. P. Lalive, «The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators A Swiss View», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 556–564; W. Werner, «The Role of the Arbitrator in Bringing about a Settlement: a Swiss Perspective», *Best practices in international arbitration*, ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 27, 2006 in Zurich, Basilea, Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), 2006, pp. 139-153.

Ver Texto

(122) El párrafo 2º del art. 27 se limita a enumerar las facultades de los árbitros «sin carácter exhaustivo», guardando silencio sobre esta cuestión».

Ver Texto

(123) A título de ejemplo, el art. 52 Regl. CIAM dispone que: «Si durante el procedimiento arbitral las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos convenidos y, si ambas partes lo solicitan, y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes».

Ver Texto

(124) Anexo II, ap. 6: «*If the circumstances so permit, the arbitrator may, with due regard to paragraph 5 hereabove, ask the parties to seek an amicable settlement and, with the explicit permission of the parties and of the Secretariat, to suspend the proceedings for whatever period of time is necessary*».

Ver Texto

(125) Art. 26: «*(Encouraging Amicable Settlements). Unless any party objects thereto, the arbitral tribunal shall, at every stage of the arbitration, seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual disputed issues*».

Ver Texto

(126) Art. 28.3º: «*At any stage of the proceedings, the arbitral tribunal is entitled to facilitate the parties' endeavors to reach a settlement*». Vid. A. Fremuth–Wolf, «Mediation and Arbitration in Vienna? One–Stop–Shop Solution for Parties under the Vienna Rules and the new Vienna Mediation Rules», *ASA Bull.*, vol. 34, n° 2, 2016, pp. 301–321.

Ver Texto

(127) Art. 30: «*The arbitral tribunal may at any stage of the proceedings (...), order a midstream conference, taking place electronically or otherwise, for the purpose of providing information, consultation on the further course of the arbitration or for exploring the possibility of a settlement*».

Ver Texto

(128) Art. 25.3º: «*The Arbitral Tribunal shall raise for discussion with the parties the possibility of using other techniques to facilitate the settlement of the dispute, including the options set out in Article 55 (Alternative Dispute Resolution)*».

Ver Texto

(129) Art. 25.3º.iii: «*The Tribunal and the parties shall consider the following matters for inclusion on the agenda of the initial case management conference (...) any considerations relevant to the early resolution of the Dispute or a settlement, including the potential for mediation windows or any other techniques that the parties would consider appropriate to facilitate the resolution of the Dispute*»

Ver Texto

(130) Art. 10: «*The arbitrator may at all stages suggest the possibility of a settlement or conciliation of the dispute to the parties but may not influence their decision by indicating that he has already reached a decision on the outcome of the proceedings*».

Ver Texto

(131) Art. 19.5º: «*With the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps*».

Ver Texto

(132) Art. 47: «*Combination of Conciliation with Arbitration 1. Where both parties wish to conciliate or where one party wishes to conciliate and the other party's consent has been obtained by the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may conciliate the dispute during the arbitral proceedings. The parties may also settle their dispute by themselves. 2. With the consents of both parties, the arbitral tribunal may conciliate the case in a manner it considers appropriate. 3. During the process of conciliation, the arbitral tribunal shall terminate the conciliation proceedings if either party so requests or if the arbitral tribunal considers that further conciliation efforts will be futile. 4. The parties shall sign a settlement agreement where they have reached settlement through conciliation by the arbitral tribunal or by themselves. 5. Where the parties have reached a settlement agreement through conciliation by the arbitral tribunal or by themselves, they may withdraw their claim or counterclaim, or request the arbitral tribunal to render an arbitral award or a conciliation statement in accordance with the terms of the settlement agreement. 6. Where the parties request for a conciliation statement, the conciliation statement shall clearly set forth the claims of the parties and the terms of the settlement agreement. It shall be signed by the arbitrators, sealed by CIETAC, and served upon both parties. 7. Where conciliation is not successful, the arbitral tribunal shall resume the arbitral proceedings and render an arbitral award. 8. Where the parties wish to conciliate their dispute but do not wish to have conciliation conducted by the arbitral tribunal, CIETAC may, with the consents of both parties, assist the parties to conciliate the dispute in a manner and procedure it considers appropriate. 9. Where conciliation is not successful, neither party may invoke any opinion, view or statement, and any proposal or proposition expressing acceptance or opposition by either party or by the*

arbitral tribunal in the process of conciliation as grounds for any claim, defense or counterclaim in the subsequent arbitral proceedings, judicial proceedings or any other proceedings. 10. Where the parties have reached a settlement agreement by themselves through negotiation or conciliation before the commencement of an arbitration, either party may, based on an arbitration agreement concluded between them that provides for arbitration by CIETAC and the settlement agreement, request CIETAC to constitute an arbitral tribunal to render an arbitral award in accordance with the terms of the settlement agreement. Unless otherwise agreed by the parties the Chairman of CIETAC shall appoint a sole arbitrator to form such an arbitral tribunal, which shall examine the case in a procedure it considers appropriate and render an award in due course. The specific procedure and time period for rendering the award shall not be subject to other provisions of these Rules». Vid. C. Kang, «Oriental Experience Of Combining Arbitration With Conciliation: New Development Of CIETAC And Chinese Judicial Practice, Fordham Int'l L.J., vol. 40, n° 1, 2017, pp. 919-951.

Ver Texto

⁽¹³³⁾Art. 42: «*Conciliation by the Tribunal. (1) The Arbitral Tribunal may, at the request or with the consent of the parties, conduct a conciliation of the case in such manner as it considers appropriate. (2) If the conciliation leads to a settlement, the parties may withdraw their claims and counterclaims (if any), or may request the Arbitral Tribunal either to issue a Statement of Conciliation [Article 42(3)] or to render an award in accordance with the terms of the settlement agreement. (3) The Statement of Conciliation shall state the claims and the terms of the resulting settlement agreement reached by the parties. It shall be signed by the arbitrators, sealed by the BAC, and served on all the parties. The Statement of Conciliation shall be legally binding after all the parties have acknowledged receipt of it in writing. (4) The Arbitral Tribunal shall rectify any clerical and computational errors or similar errors in the Statement of Conciliation. The parties may request such rectification within 30 days from the date on which the parties sign the receipt of the Statement of Conciliation. Any such rectification shall become part of the Statement of Conciliation and shall take effect immediately after being served on the parties. (5) If the conciliation fails to lead to a settlement, neither party shall be permitted to adduce evidence of or to refer to or use any statements, opinions, views or proposals expressed by the other party or by the Arbitral Tribunal during the conciliation as in support of any claim, defence, or counterclaim in the subsequent arbitral proceedings, or as grounds in any judicial or other proceedings. Article 43: Independent Conciliation (1) During the arbitral proceedings, the parties may enter into a voluntary settlement agreement or may apply to the Mediation Center of the BAC (the «Mediation Center») for mediation by the mediators of the Mediation Center in accordance with the Mediation Rules of the Mediation Center of the BAC. (2) Where a settlement agreement is concluded through an independent conciliation under this Article, the parties may jointly request the constitution of an Arbitral Tribunal either to issue a Statement of Conciliation or to render an award in accordance with the terms of the settlement agreement. The parties shall bear the resulting additional costs».*

Ver Texto

⁽¹³⁴⁾*Vid.*, a grandes rasgos, L. Trakman, «Legal Traditions and International Commercial Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 17, n° 1, 2007, pp. 1-43.

Ver Texto

⁽¹³⁵⁾*Vid. supra*, n° 8.

Ver Texto

(136) P. Marzolini, «The Arbitrator as a Dispute Manager—The Exercise of the Arbitrator’s Powers to Act as Settlement Facilitator», *The Arbitrator’s Initiative: When, Why and How Should It Be Used?*, ASA Special Series, n° 45, Huntington, 2016, pp. 99–119.

[Ver Texto](#)

(137) Con frecuencia un árbitro puede servir mejor a las partes adoptando algunas de las mentalidades y habilidades propias de la mediación, en lugar de limitarse a una posición puramente dirimente, ayudando a las partes a responsabilizarse de su situación y facilitando un diálogo que podría conducir a soluciones de mutuo acuerdo, incluso en medio del proceso arbitral. En lugar de recurrir exclusivamente a la mediación, el árbitro puede ayudar a las partes a explorar soluciones que contemplen la complejidad del conflicto, promoviendo un resultado más satisfactorio para todos los involucrados. *Vid.* R. Kuttner, «The Arbitrator as Leader and Facilitator», *The Roles of Psychology in International Arbitration ...*, *op. cit.*, pp. 95–112.

[Ver Texto](#)

(138) M. Schneider, «The Uncertain Future of the Interactive Arbitrator: Proposals, Good Intentions and the Effect of Conflicting Views on the Role of the Arbitrator», *The Evolution and Future of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 379–392.

[Ver Texto](#)

(139) Pues puede dar lugar a un fracaso si árbitros demasiado activos presionan con fuerza para lograr un acuerdo no cumpliendo a la postre con su función. *Vid.* A. Reeg, «Should an International Arbitral Tribunal Engage in Settlement Facilitation?», *The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (P. Shaughnessy y S. Tung, eds.), Kluwer Law International, 2017, pp. 339–348.

[Ver Texto](#)

(140) Bien entendido que para ello y al margen de las posibilidades que ofrece la Convención de Singapur sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2019, las partes deben diseñar un procedimiento que presente la mediación como secundaria al arbitraje, de modo que el acuerdo alcanzado sea ejecutable como laudo arbitral y no esté sujeto a impugnaciones procesales. Hacer cumplir los acuerdos de mediación como laudos arbitrales puede evitar argumentos de orden público derivados de circunstancias intervinientes, por lo cual la decisión de aplicar la Convención de Nueva York debe tomarse con antelación, considerando la posible pérdida de eficiencia procesal y revisión de orden público, frente a la certeza relativa de la ejecución internacional bajo la Convención de Nueva York. *Vid.* B.L. Steele, «Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention», *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, pp. 1385–1399.

[Ver Texto](#)

(141) K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator’s Mandate to Facilitate Settlement», *loc. cit.*, vol. 40, n° 3, 2017, pp. 887–918, esp. p. 891–892.

[Ver Texto](#)

(142) I. Welsler y S. Mimmagh, «An Arbitrator's Imperative – How to Avoid Disappointing the Parties, Preventing Surprises and Enabling Efficient and Progressive Arbitral Proceedings», *Austrian Yearb. Int'l Arb.*, 2021, pp. 127–155, esp. p. 152.

[Ver Texto](#)

(143) Hace dos décadas había serias reticencias, como muestra el siguiente pasaje de M. Collins «*I respectfully disagree with those who suggest that an international arbitrator is under an obligation to encourage settlement. His obligation is to resolve the dispute by a process of adjudication, and to produce a binding decision which finally determines the legal rights of the parties. In no sense can it be said that he is in dereliction of his duty if he does not actively promote the idea of settlement. But, that said, I would agree that an international arbitrator ought, as a matter of good practice, to encourage settlement whenever the opportunity to do so presents itself*». Cf. M. Collins, «Do International Arbitral Tribunals Have any Obligations to Encourage Settlement of the Disputes Before Them?», *Arb. Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, pp. 333–343. Vid., en esta línea, M.M. Pitkowitz y M.–T. Richter, «May a Neutral Third Person Serve as Arbitrator and Mediator in the same Dispute?», *SchiedsVZ*, 2009, pp. 225–232.

[Ver Texto](#)

(144) En la búsqueda de herramientas creativas para la gestión de casos, la precisión de los laudos sigue siendo el objetivo principal pues «efficiency without accuracy will prove an empty prize». Cf. W.W. Park, «Arbitrators and Accuracy», *J. Int'l Disp. Settl.*, vol. I, n° 1, 2010, pp. 25–53, esp. p. 53.

[Ver Texto](#)

(145) Vid. A. Ye, «Commentary on Integrated Dispute Resolution Systems in the PRC», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*. ICCA Congress series, n° 12, 2005, pp. 478–483; I.H. Beimel, *Independence and impartiality in international commercial arbitration: an analysis with comparative references to English, French, German, Swiss, and United States law*, La Haya, Eleven, 2021, pp. 127–129.

[Ver Texto](#)

(146) W.S. Chang, «Combination of Arbitration with Conciliation and Remittance of Awards – With Special Reference to the Asia–Oceania Region», *J. Int'l Arb.*, vol. 19, n° 1, 2002, pp. 51–65; B.E. Barnes, *Culture, conflict, and mediation in the Asian Pacific*, Lanham, University Press of America, 2007; S.F. Ali, *Resolving Disputes in the Asia–Pacific Region International Arbitration and Mediation in East Asia and the West*, Routledge, 2010.

[Ver Texto](#)

(147) S.A. Harpole, «The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China», *J. Int'l Arb.*, vol. 24, n° 6, 2007, pp. 623–633; G. Wang, «Mediation in the globalized business environment», *Asia Pacific L. Rev.*, vol. 17, n° 1, 2009, pp. 47–66.

[Ver Texto](#)

(148) S. Wilske, «Significant Differences in International Arbitration in the 'East' and the 'West': Myth, Reality, or

Lost in Globalization?», *Legal Thoughts between the East and the West in the Multilevel Legal Order, A Liber Amicorum in Honour of Professor Herbert Han-Pao Ma* (C. Lo, N.N.T. Li y T. Lin, eds.), Springer, 2016, pp. 543-553.

Ver Texto

(149) M. Scott Donahey y S. Harmony, «Is the Asian Concept of the Conciliator/ Arbitrator Applicable in the West?», *Disp. Resol. J.*, vol. 50, 1995, pp. 74 ss.

Ver Texto

(150) L.L. Riskin, «Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed», *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 1, 1996, pp. 7-51.

Ver Texto

(151) De acuerdo con el art. 7 Regl. CEDR, para facilitar la solución en el arbitraje internacional (2009): «*If, as a consequence of his or her involvement in the facilitation of settlement, any arbitrator develops doubts as to his or her ability to remain impartial or independent in the future course of the arbitration proceedings, that arbitrator shall resign*».

Ver Texto

(152) W. Pryor y R.M. O'Boyle, «Public Policy ADR: Confidentiality in Conflict», *Saint Mary University L. Rev.*, vol. 46, n° 5, 1993, pp. 2207-2220; A. Shiravi y M.J. Abdollahim, «Privacy and confidentiality in alternative dispute resolution methods», *Int'l J. of Economic Perspectives*, vol. 11, 2017, pp. 835-844.

Ver Texto

(153) El art. 7.2º del Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (2001), dispone al efecto que: « Salvo que sea exigido por el derecho aplicable y a falta de acuerdo en contrario entre las partes, ninguna de ellas podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar: a) cualquier documento, declaración o comunicación presentada por otra parte o por el Tercero en el proceso ADR, salvo que dicho documento, declaración o comunicación pueda obtenerse de forma independiente por la parte que esté interesada en presentarla en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar; b) cualquier opinión o sugerencia expresada por cualquiera de las partes durante el proceso ADR relativa a una posible resolución de la desavenencia; c) cualquier reconocimiento realizado durante el proceso ADR; d) cualquier opinión expresada o propuesta hecha por el Tercero; o, e) el hecho de que una de las partes haya manifestado, durante el proceso ADR, su disposición de aceptar una propuesta de transacción». En sentido similar se pronuncian la generalidad de los textos reguladores de esta materia como el Reglamento de Mediación de la CNUDMI (2021) (art. 6), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) (art. 10), la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. (art.7) y casi todos los reglamentos institucionales de mediación.

Ver Texto

(154) De acuerdo con el n° 50 de las Notas de la CNUDMI sobre la mediación (2021) «Los documentos preparados principalmente para la mediación, las sugerencias formuladas en relación con el arreglo o los hechos reconocidos por alguna de las partes en la mediación no deberían ser admisibles como prueba en un arbitraje, proceso judicial u otro procedimiento de solución de controversias».

[Ver Texto](#)

(155) En la práctica contemporánea del ADR y del arbitraje internacional, se ha consolidado una opinión unánime respecto a la existencia de un privilegio general de la mediación según el cual todas las pruebas, tanto escritas como orales, que surjan de procesos de mediación, conciliación y otros procedimientos ADR similares entre las partes, son inadmisibles como evidencia en procedimientos de arbitraje posteriores, fundamentándose este privilegio en la noción de confidencialidad, la cual constituye un pilar central y esencial de los procesos ADR en el ámbito internacional, fomentando no sólo un entorno de confianza y apertura durante las negociaciones, sino que asegura que las discusiones y acuerdos preliminares no sean utilizados en detrimento de ninguna de las partes en una etapa posterior (*vid.* K.P. Berger, «The Settlement Privilege», *Arb. Int'l*, vol. 24, n° 2, 2008, pp. 265–276), término utilizado en este estudio para describir la prerrogativa que se aplica a las comunicaciones destinadas a llegar a una solución negociada de las cuestiones controvertidas.

[Ver Texto](#)

(156) ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, *op. cit.*, párrs, 62.

[Ver Texto](#)

(157) *V.gr.* art. 2B (3), *Hong Kong Arbitration Ordinance* (1997); art. 17.2° b, *in fine*, *Singapore Arbitration Act*, revisada en 2002.

[Ver Texto](#)

(158) La confidencialidad es un aspecto esencial en la mediación y uno de sus pilares fundamentales, que generalmente se protege a través de acuerdos de mediación que incluyen esenciales, naturales e incidentales y pueden incluir cláusulas específicas en esta materia. *Vid.* M. Laubscher, «Contract as a Basis for Mediation Confidentiality», *SA Mercantile L.J.*, vol. 33 n° 1, 2021, pp. 112–136.

[Ver Texto](#)

(159) *V.gr.*, la *Commission on Ethics and Standards in ADR* (patrocinada por el *Georgetown University Law Center*) y el *CPR Institute for Dispute Resolution*) publicaron en noviembre de 2002 el *Model Rule for The Lawyer as Third-Party Neutral*, a partir del informe presentado por Carrie Menkel-Meadow y Elizabeth Plapinger, un instrumento que aborda las responsabilidades éticas de los abogados que actúan como terceros neutrales, en una gran variedad de ADR [*-rule-for-the-lawyer-as-third-party-neutral/_res/id=Attachments/index=o/Third-Party-netural-create-new-cover-page-2012.pdf*]. *Vid., inter alia*, C. Menkel-Meadow, «Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering», *Fla. State Univ. L. Rev.*, vol. 27, 1999, pp. 153–192.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁰⁾ CI Arb Guideline 14 The Use of Mediation in Arbitration (2021) donde se valora el uso de la mediación en el contexto de los procedimientos de arbitraje, identificando las cuestiones jurídicas y prácticas que pueden surgir, señalando posibles opciones y soluciones.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶¹⁾
Vid. infra, n° 49.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶²⁾ *Vid. supra*, epígrafe IV.1.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶³⁾ *Vid. supra*, n° 43.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁴⁾ No es razonable exigir a los mediadores que obtengan el consentimiento informado de los participantes por su propia iniciativa. Para lograrlo, los mediadores se verían obligados, en muchos casos, a asumir un papel similar al de asesores jurídicos y consejeros de las partes no representadas, lo cual sería incompatible con su deber de imparcialidad, que se configura como un pilar fundamental de la mediación, y cualquier comportamiento que lo comprometa pone en riesgo la integridad del proceso. Concretamente, durante el proceso, el mediador se asegurará de que las partes comprenden los riesgos y beneficios de un acuerdo para que puedan tomar una decisión informada, sirviendo el consentimiento a dos propósitos principales protectores, respecto a las partes de ser forzadas a un acuerdo que no desean y a los árbitros de posteriores recusaciones cuando los esfuerzos del tribunal por facilitar una solución fracasan y el arbitraje deba de continuar. *Cf.* K.P. Berger, «The Direct Involvement of the Arbitrator in the Amicable Settlement of the Dispute: Offering Preliminary Views, Discussing Settlement Options, Suggesting Solutions, Caucusing», *J. Int'l Arb.*, vol. 35, n° 5, 2018, pp. 501–516, esp. 516.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁵⁾ M.T. Colatrella Jr., «Informed Consent in Mediation: Promoting Pro Se Parties' Informed Settlement Choice While Honoring the Mediator's Ethical Duties», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol.15., n°.3, 2012, pp. 705–775.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁶⁾ Debe existir un acuerdo explícito en el que todas las partes renuncian a su derecho a recusar al árbitro–mediador antes de que comience el proceso conducente a la transacción. El artículo 12.2° LMU establece que: «Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones acordadas por las partes. Una parte solo podrá recusar a un árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por motivos de los que tenga conocimiento después». Ciertamente, cabe presumir que la participación de un árbitro en una mediación podría considerarse una circunstancia que generará dudas justificadas sobre su imparcialidad; sin embargo, no hay ninguna razón que impida a las partes renunciar a su derecho a recusar al árbitro por su

conducta como mediador. La clave reside en que dicha renuncia sea expresa y clara.

Ver Texto

(167)

El art. 19.5º del Reglamento suizo de arbitraje (2021) establece que «*With the agreement of each of the parties, the arbitral tribunal may take steps to facilitate the settlement of the dispute before it. Any such agreement by a party shall constitute a waiver of its right to challenge an arbitrator's impartiality based on the arbitrator's participation and knowledge acquired in taking the agreed steps*» (<https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2024/03/Swiss-Arbitration-Centre-International-Swiss-Rules-2021-EN.pdf>).

Ver Texto

(168)

Asunto *Duncan & Davis Nurseries New Plymouth Ltd. v. Hormor Block Ltd.*, June 14, 2005, *High Court of New Zealand*, para. 6. HC Auckland, CIV 2005-404-2513 (2005) citado por J. Rosoff, «Hybrid Efficiency in Arbitration...», *loc. cit.*, p. 95.

Ver Texto

(169)

Siguiendo las recomendaciones de la CCI, el tribunal arbitral sólo debe emitir un dictamen inicial neutral si tiene un conocimiento suficiente de los aspectos relevantes, se ha obtenido previamente el consentimiento expreso de las partes y el tribunal arbitral ha dejado claro que las opiniones expresadas son provisionales en cuanto al calendario y los documentos presentados. El tribunal arbitral se reservará expresamente el derecho a modificar su opinión en el curso del arbitraje y es recomendable que sólo haga presentaciones orales sin preparar una transcripción para enfatizar la naturaleza preliminar y no vinculante de las opiniones expresadas (ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, *op. cit.*, párrs. 62 ss).

Ver Texto

(170) K.P. Berger y J.O. Jensen, «The Arbitrator's Mandate», *loc. cit.*, p. 910.

Ver Texto

(171) La búsqueda del equilibrio en las normas éticas obliga a una reevaluación constante del tipo de relaciones y predisposiciones susceptibles de perturbar el arbitraje internacional. *Vid.* el estudio de W.W. Park. «Arbitration bias», *Trans. Disp. Management*, vol. 12, 2015.

Ver Texto

(172) A. Fernández Pérez, «Tránsito del arbitraje de las tecnologías de la información a la inteligencia artificial en las controversias internacionales», *Anuario de Arbitraje*, 2024 (en prensa).

Ver Texto

(173) ICC, *Facilitating Settlement in International Arbitration*, *cit.*, párrs. 13-14.

[Ver Texto](#)

(174)H. Abramson, *loc. cit.*, pp. 12–14.

[Ver Texto](#)

(175)A través de los caucus, el facilitador tiene una excelente oportunidad para familiarizarse con las partes y los abogados y aprender cómo puede ser más eficaz en la resolución de la disputa que tienen ante sí. *Vid.* el estudio de R.M. Calkins, «Caucus Mediation— Putting Conciliation Back into the Process: The Peacemaking Approach to Resolution, Peace, and Healing», *Drake L. Rev.*, vol. 54, n° 2, 2006, pp. 259–320

[Ver Texto](#)

(176)El modelo sin caucus es adecuado para ciertos casos, en especial cuando las partes mantienen una relación continua, a pesar del riesgo de desequilibrio de información o manipulación por parte del mediador. *Vid.* D.A Hoffman, «Mediation and the Art of Shuttle Diplomacy», *Negotiation J.*, vol 27, n° 3, 2011, pp. 263–309.

[Ver Texto](#)

(177)*Cf.* G.J. Friedman y J. Himmelstein, *Challenging Conflict: Mediation Through Understanding*, American Bar Association, 2008, p. 180.

[Ver Texto](#)

(178)El uso de sesiones de caucus ofrece beneficios y costos específicos pues tienden a reducir la hostilidad emocional directa en comparación con las sesiones conjuntas, lo que permite a los contendientes promover sus intereses de manera más agresiva y explorar nuevas alternativas con mayor libertad. Los mediadores también suelen solicitar más alternativas y obtener más información en los caucus, y pueden tomar partido para avanzar en el proceso, lo que sugiere que el caucus es susceptible de liberar al mediador de la necesidad de estricta neutralidad. Por lo general, la resolución de problemas a menudo comienza en los caucus y se traslada a las sesiones conjuntas, si bien los facilitadores deben ser cautelosos con la información obtenida en caucus, ya que los contendientes tienden a ser más críticos con el adversario en su ausencia. *Vid.* G.L. Welton, D. Pruitt y N.B McGillicuddy, «The Role of Caucusing in Community Mediation», *J. Conf. Resol.*, vol. 32, n° 1, 1988, pp. 181-202.

[Ver Texto](#)

(179)J. Poitras, «The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators», *Int'l. J. Confl. Manag.*, vol. 24, n° 1, 2013, pp. :23–39.

[Ver Texto](#)

(180)C.W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 4ª ed., San Francisco, Jossey–Bass 2014, pp. 19–59.

[Ver Texto](#)

(181)
Existe consenso en la literatura sobre arbitraje en que los árbitros cruzan una línea roja si participan en

caucus, una técnica común en la mediación, suscitando dudas sobre la imparcialidad del árbitro y el debido proceso, ya que la otra parte no tiene la oportunidad de comentar o rebatir dicha información. M. Hwang, «The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators», *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress series, n°. 12, 2005, pp. 571–581.

[Ver Texto](#)

(182) J. Rosoff, «Hybrid Efficiency in Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 89–90.

[Ver Texto](#)

(183) J. Gill, «The Role of the Arbitrator in Bringing About a Settlement – An English Perspective», *Best Practices in International Arbitration* (M. Wirth, ed.), ASA Special Series, n°. 26, 2006, pp. 155–165, esp. p. 164:

[Ver Texto](#)

(184) K.P. Berger, «The Settlement Privilege», *loc. cit.*, pp. 265–276

[Ver Texto](#)

(185) *Vid.*, por todos, A. Fernández Pérez, «Laudo por acuerdo de las partes», *loc. cit.*, pp. 87-123.

[Ver Texto](#)

(186)

J.–M. Tchakoua, «Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile = The status of the arbitral award by consent : the limits of a useful ruse», *Rev. dr. aff. int.*, n° 7, 2002, pp. 775–793,

[Ver Texto](#)

(187)

Y. Kryvoi y D. Davydenko, «Consent Awards in International Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 827–868.

[Ver Texto](#)

(188) El art. 6 del Reglamento del CEDR para facilitar la solución en el arbitraje internacional (2009) regula el régimen de las costas del siguiente modo: «1. *When considering the allocation between the Parties of the costs of the arbitration, (including the Parties own legal and other costs) the Arbitral Tribunal may take into account: 1.1. any offer to settle that has been made by a Party where the Party to whom such an offer has been made has not done better in the award of the Arbitral Tribunal than the terms of the offer to settle; 1.2. any unreasonable refusal by a party to make use of a Mediation Window; or 1.3. any failure by a Party to comply with a requirement to mediate or negotiate in the contract between the Parties which is the subject of the arbitration*».

[Ver Texto](#)

(189)

E. Chua, «A contribution to the conversation on mixing the modes of mediation and arbitration: Of

definitional consistency and process structure», *Trans. Disp. Manag.*, 5, 2018, pp. 1–15 .

Ver Texto

(190) H. Rieger, «Alternative Dispute Resolution Versus Schiedsgericht», *ASA Bull.*, vol. 4, n° 2, 1996, pp. 190–198, esp. p. 195.

Ver Texto

(191) G. Kaufmann-Kohler, «When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard», *Arb. Int'l*, vol. 25, n° 2, 2009, pp. 187–205.

Ver Texto

(192) Existe un amplio consenso en que es necesaria una mezcla de enseñanza teórica, ejercicios prácticos y reflexión, haciendo hincapié en los métodos que permiten un aprendizaje basado en la experiencia, pues no estamos ante una metodología puramente psicológica ni puramente jurídica donde ocupa un lugar destacado la disciplina de la comunicación, que requiere un conocimiento profundo sobre las diversas formas de negociación, para aclarar los hechos, dirigir los debates y servir como herramientas para modificar el comportamiento de las partes con el fin de ayudarles a resolver más eficazmente sus conflictos.

Ver Texto

(193) Si el ADR previo al arbitraje no conduce a un acuerdo, es más que posible que una parte intente impugnar un laudo arbitral posterior por motivos de orden público, sobre la base de alguna supuesta irregularidad del debido proceso: Resulta expresiva la Sentencia de la *Hong Kong Court of First Instance*: Reyes J in Chambers : HCCT No.41 of 2010: 12 April 2011 (*Gao Haiyan v Keeneye Holdings Ltd*). Consideró esta decisión que si bien «no hay nada malo en principio con el arb–med», dicho proceso tropieza con «dificultades evidentes», especialmente en términos de la posibilidad de una apariencia de parcialidad, insinuando que el árbitro tiene que pisar una línea muy fina y ser muy cuidadoso para no transmitir a una u otra parte la impresión de favorecer el caso de cualquiera de las partes, y sería importante que condujera la mediación de manera formal y adecuada, a diferencia de lo que se hizo en el presente caso [https://www.onlinedmc.co.uk/index.php/Gao_Haiyan_v_Keeneye_Holdings].

Ver Texto

(194) M. Goodrich, «Arb–Med: Ideal Solution or Dangerous Heresy?», *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 15, n° 1, 2012, pp. 12–19; E. Deason, «Combinations of Mediation and Arbitration...», *loc. cit.*, pp. 219–249. Pese a que no resolvió directamente esta cuestión, resulta de gran interés la sentencia de la *England and Wales High Court (Technology and Construction Court)*, de 13 de febrero de 2021 en el asunto *Glencot Development & Design v. Ben Barrett & Son* [[2001] BLR 207]. En el caso, el árbitro, tras recibir verbalmente el acuerdo de las partes, actuó como mediador para resolver una de las numerosas cuestiones del litigio contando una de ellas con asesoramiento jurídico durante esta negociación, mientras que la otra careció del mismo. Las negociaciones no llegaron a un resultado satisfactorio acordándose que se reanudarían en un futuro próximo. Mientras tanto, el árbitro envió una notificación a ambas partes informándoles de que mantenía su imparcialidad y que la sustanciación de las actuaciones arbitrales si las negociaciones no fructificaban. Como quiera que las negociaciones nunca se reanudaron la parte que careció de defensa legal en las

negociaciones recusó al árbitro, alegando parcialidad en su actuación y el Juez Humphrey Lloyd, QC, consideró que la conducta del árbitro durante la mediación podía equivaler a una aparente parcialidad: «*I have nevertheless reached the conclusion any fair-minded and informed observer would conclude that Mr Talbot's participation in the lengthy discussions on 29 September that there was a real possibility of him being biased*». En la jurisprudencia norteamericana se cuenta con una antigua decisión del *U.S. Supreme Court*, de 18 de noviembre de 1968 en el asunto *Commonwealth Coatings v. Continental Cas.*, 393 U.S. 145 (1968) 8, que consideró que el hecho de que la realización por el árbitro determinados qué tipos de conducta y no revele un conflicto potencial equivale a una parcialidad evidente: «*Evident partiality' means what it says: conduct—or at least an attitude or disposition—by the arbitrator favoring one party rather than the other*»

[Ver Texto](#)

(195) J. Waincymer, «Optimizing the use of Mediation in International Arbitration: A Cost-Benefit Analysis of 'Two Hat' Versus 'Two People' Models», *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford Academic, 2016, pp. 305–316.

[Ver Texto](#)

(196) S. Puchkov, «Psychology: What Dispute Resolution Practitioners Overlook?», *J. Int'l Arb.*, vol. 35, n° 4, 2028, pp. 463–480.

[Ver Texto](#)

(197)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a un juicio justo en virtud del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos también es útil. Aunque no es exactamente el caso, una decisión es esclarecedora por analogía. Un árbitro había revelado un conflicto de intereses, y las partes habían aceptado que actuara a pesar de ello. Posteriormente, una de ellas impugnó el laudo alegando que el árbitro había sido parcial debido a su conflicto de intereses. El laudo fue confirmado por los tribunales nacionales, y el TEDH se negó a anular este resultado. Consideró que la parte había dado su consentimiento inequívoco para renunciar al requisito de imparcialidad. Dicha renuncia inequívoca debía ejecutarse, ya que iba «acompañada de garantías suficientes acordes con su importancia», dada la representación de las partes por abogado. Ésta es la última de una serie de decisiones procedentes del TEDH (en particular, de la antigua Comisión) que consideran que es factible renunciar a los derechos procesales en el arbitraje voluntario en la medida en que se respeten unas garantías mínimas.

[Ver Texto](#)

(198)

Vid. supra, nos. 56-58.

[Ver Texto](#)

(199) C. Newmark, «Is Mediation Effective for Resolving Sports Disputes?», *Mediation Sports Disputes. National and International Perspectives* (I. Blackshaw, ed.), La Haya, T.M.C. Asser Press, 2002, pp. 78-82. Con carácter más general *vid.* A. Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn 2005 y la tesis doctoral de M. Kameņecká-Usova, *Legal Aspects of Alternative Dispute Resolution in Sports Law*, Riga, Rīga Stradiņš University, 2021, esp. p. 67 y 124-133.

[Ver Texto](#)

(200)

B. Legum, «Toward A Complementary Use Of Conciliation In Investor-State Disputes - A Preliminary Sketch», *Trans. Disp. Manag*, vol. 4, n° 1, 2007.

[Ver Texto](#)