diariolaley

Acerca del método híbrido o med-arb: otra forma de resolver los conflictos

Almudena Valiño Ces
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela (1)

Diario La Ley, Nº 9469, Sección Tribuna, 3 de Septiembre de 2019, **Wolters Kluwer**

Comentarios

I. CON CARÁCTER GENERAL

El sistema judicial se encuentra atravesando desde hace tiempo una profunda crisis. Su duración, envergadura e implicaciones la sitúan en el terreno de lo sistémico. Ello nos lleva a entender que reformar la Justicia se ha convertido en un objetivo inminente y prioritario de los poderes públicos en España. Así pues, la dimensión estructural de esta crisis exige que se adopten medidas que generen opciones que sirvan para solucionar los problemas actuales de nuestra Justicia. Y ello porque, dentro de una sociedad, **Justicia y Derecho deben funcionar de manera armónica y equilibrada**, evolucionando con los cambios que se requieren para lograr esa paz y orden dentro de las relaciones jurídicas interpersonales. En este sentido, en España, destaca la necesidad de ser informado e instruido en cuanto a las formas y alternativas que existen para resolver las controversias.

En efecto, para solventar conflictos jurídicos no existe únicamente el proceso, sino que paralelamente coexisten otros instrumentos adecuados para la composición del litigio que separa a dos partes, sin implicar ejercicio de jurisdicción y que, por eso, se denominan como extrajudiciales, o incluso en algún caso como extrajurisdiccionales. Nos referimos a los métodos alternativos de resolución de conflictos o *Alternative Dispute Resolution* (ADR), en concreto, a la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje, entre otros.

II. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Las ADR aparecieron en EE.UU. alrededor de los años treinta del siglo pasado debido a un movimiento típicamente anglosajón: el movimiento de libre acceso a la Justicia. Su fundamento reside en el hecho de que **todos los ciudadanos tengan la posibilidad de acceder a un sistema, cualquiera que sea, mediante el cual se logre una solución efectiva al conflicto planteado**. Por ello, este movimiento se encamina a buscar alternativas a los tribunales, que, en muchas ocasiones, no son conocidas en el sistema jurídico. Alternativas que, según BARONA VILAR, se originan a causa de tres clases de motivos: el colapso producido en los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles; el sentimiento creciente de que faltaban cauces privados de solución de conflictos, sobre todo entre los particulares; y la incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia (2) .

Son diversas las denominaciones que buscan identificar al conjunto de estos mecanismos. A este respecto, cabe destacar, en primer lugar, la referencia «Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos» (MESC) que alude a «*cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes deben o desean mantener su relación después del procedimiento o en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico)*» (3) . Por su parte, HUERGO LORA (4) identifica como «Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos», a «*aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica, de tal forma que se impida a las partes plantearla en vía judicial o se ponga término a un proceso ya comenzado*». Por último, puede destacarse la denominación «Técnicas alternativas de resolución de conflictos» (TARC).

Al hilo de lo acabado de exponer, se señalan algunas de las características más relevantes de las técnicas ADR. Por un lado, la participación de las partes involucradas en el conflicto debe ser absolutamente voluntaria y, por otro, se

requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto, cuyo grado de participación variará en función del específico método: bien acercar las posiciones de las partes o bien emitir una decisión. Esta decisión puede consistir en una simple recomendación no obligatoria, en una recomendación forzosa para una sola parte o, por el contrario, preceptiva para ambas partes, como sucede en el arbitraje. Además, este tercero puede ser una autoridad pública, aunque en la mayor parte de los casos, es un órgano privado.

En definitiva, se trata de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y de un tercero imparcial. Además, se erigen como la consecuencia de la creación del Estado de bienestar, además de un intento de obtener la solución a los problemas que existen de acceso a la Justicia.

III. EL MÉTODO HÍBRIDO O MED-ARB

Más allá de los diversos mecanismos de resolución de conflictos utilizados en España –la mediación, la conciliación, la negociación o el arbitraje–, lo cierto es que existen otros no muy conocidos que poseen relevancia en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente en EE.UU., entre los que cabe destacar: el método híbrido o med-arb; la evaluación neutral o evaluación de expertos; la facilitación; el mini-trial o mini-juicio; la adjudicación; el *partnering*; el *summary jury trial*; el *private judging*; el *special master*; y el *ombudsman*.

Ahora bien, la dificultad que se puede presentar en estos casos de varias alternativas estriba en la elección del método más adecuado a cada uno de los conflictos que surjan, por ello, es esencial determinar cuál de entre todos los mecanismos existentes es el idóneo para un problema.

Sea como fuere, nos detendremos pormenorizadamente en el sistema híbrido o med-arb por ser un procedimiento que se enmarca dentro de las ADR y combina la utilización de un medio autocompositivo con otro heterocompositivo. De esta manera, se caracteriza por su naturaleza híbrida (5) , toda vez que combina un período de mediación tras el cual, en el caso de no haberse alcanzado un acuerdo total sobre los asuntos litigiosos, se realiza un arbitraje sobre los elementos que queden en discrepancia (6) .

Tal combinación presenta la ventaja de ofrecer a las partes la seguridad de un resultado, sea a través de la consecución de un acuerdo, durante el procedimiento de mediación, o a través de un laudo, para el supuesto en que el acuerdo no haya sido posible en la mediación y se celebre entonces el posterior arbitraje (7) .

> Este método se configura como una conjunción de la mediación y el arbitraje

Este método se configura, por tanto, como una conjunción de la aplicación de dos métodos alternativos de resolución de conflictos: la mediación y el arbitraje. Como es sabido, cada uno de ellos posee unas particularidades específicas que lo hacen diferente del otro y que otorgan unas posibilidades concretas que, a su vez, el otro puede llegar a excluir. En este sentido, tanto el arbitraje como la mediación se benefician de la intervención de un tercero ajeno al conflicto, siendo la gran diferencia el papel que éste debe desarrollar con relación al conflicto y a las partes del mismo. Así, mientras que el mediador tratará de conocer el fundamento de la controversia e impulsar el diálogo y colaboración entre las partes en orden a que alcancen un acuerdo que ponga fin al mismo, el arbitraje termina con un laudo emitido por el árbitro poniendo término a la disputa que ha sido presentada ante él.

Lo cierto es que nos encontramos ante una figura poco utilizada en nuestro país, a diferencia de otros donde está cobrando un mayor impulso. A este respecto, VALL RIUS señala que en EE.UU. una minoría de abogados y otros profesionales han denostado la mediación, simplemente por no ser vinculante y, por ello, es considerada como débil y de resolución incierta, frente a la respuesta obligatoria emanada de la jurisdicción tradicional. Por tal motivo, esta técnica híbrida conlleva una vía para mitigar la posible preocupación respecto al resultado incierto y el carácter no vinculante de la mediación, toda vez que el med-arb asegura, en todo caso, la resolución del conflicto, ya sea por las propias partes, a través de la mediación inicial, ya sea por el árbitro, que finalmente dicte un laudo, si la mediación no ha conducido a acuerdos (8) .

Por lo que se refiere a las modalidades de esta técnica, cabe distinguir, por un lado, cuando el mediador, en caso de no lograr un acuerdo en el procedimiento de mediación, pasaría automáticamente a convertirse en árbitro, debiendo de dictar un laudo que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa; y por otro lado, cuando primero actuaría el mediador y se preselecciona a un tercero distinto, para que pueda actuar como árbitro en caso de no obtenerse una solución en la mediación.

Ambas variantes presentan sus ventajas y sus inconvenientes. En cuanto a la primera, y respecto a sus ventajas, cuando deba resolver el conflicto el árbitro, éste dispondrá de un conocimiento adquirido durante el procedimiento mediador. En efecto, el tercero en la mediación va a tener un contacto con las partes y con el conflicto, de forma intensa y profunda, lo que le llevará a adquirir un conocimiento exhaustivo de la cuestión que, en su caso, agilizará y favorecerá el arbitraje posterior. De esta forma, podrá acortar su duración y lograr una solución más fundamentada que si se tratase de un simple procedimiento de arbitraje común.

Asimismo, la posible decisión vinculante adoptada por el tercero, que llegará, en todo caso, si las partes no logran consensuar una decisión propia, puede constituir un indudable estímulo para alentarlas a que tratan de resolver por ellas mismas la controversia evitando la decisión arbitral.

A estas ventajas se añade que los costes del procedimiento se reducen notablemente, toda vez que sólo habría que afrontar la remuneración de una persona que ha ejercido las funciones de mediador y de árbitro en un procedimiento temporalmente más limitado. A este respecto, no cabe obviar que el compromiso previo de terminar el procedimiento de mediación e iniciar el arbitraje ha sido voluntariamente solicitado y aceptado por las propias partes. Por tal motivo, se le presume su predisposición para lograr algún tipo de acuerdo durante la mediación, pues en otro caso habrían optado directamente por acudir al arbitraje a fin de ahorrar tiempo y recursos económicos.

Ahora bien, a pesar de sus bondades, esta figura también presenta algunos inconvenientes. Las partes son conscientes desde el inicio del procedimiento de mediación de que su mediador será, de no concluir éste exitosamente, el árbitro que resolverá la controversia en la segunda parte, por lo que su predisposición a colaborar y a dar información se verá condicionada, y ello porque la misma podría ser utilizada de forma contraria a sus intereses por el mediador cuando éste actúe como árbitro.

Habida cuenta de esta última idea, resulta evidente que esta variante puede desincentivar y dificultar el procedimiento mediador, toda vez que ante la eventualidad de encontrarse frente a su futuro árbitro, las partes tratarán de prevalecer sus intereses en detrimento de las posibilidades de lograr un acuerdo consensuado. Así, la insuficiente información por parte del mediador y la actitud poco colaboradora y defensiva de las partes limitará considerablemente las posibilidades de éxito de la primera fase de mediación (9) .

Por otro lado, la tarea del mediador también es complicada, puesto que, en caso de no finalizar la mediación con acuerdo, tendrá que decidir como árbitro la cuestión controvertida. En este supuesto, es cierto que el árbitro puede estar contaminado por toda la información o confidencias que las partes hayan podido efectuar durante sus negociaciones en el procedimiento de mediación. Por ello, la supuesta imparcialidad que se le presume como tercero neutral, que ha de resolver el conflicto, puede quedar en entredicho. En otras palabras, no cabe duda alguna de que el hecho de que la persona que actúa como mediador en una controversia pueda constituirse posteriormente en árbitro de la misma cuestión resulta problemático, pues aunque su independencia respecto de las partes pueda estar perfecta y objetivamente determinada, su imparcialidad sí que, en cierta medida, ha podido verse afectada por haber estado expuesta a confidencialidades propias del procedimiento de mediación, pero totalmente ajenas o impropias de un arbitraje.

Otra de las dificultades, motivada por su insuficiente experiencia y por los escasos avances en la mediación, se encuentra cuando la persona mediadora lleva a cabo una actuación inapropiada, dirigiendo a las partes de forma prematura hacia el arbitraje. A fin de evitar esta situación, el tercero debe actuar tratando de gestionar los temas en disputa, «*preferentemente bajo los parámetros de la mediación, motivando a las partes a gestionar, cooperar y resolver por sí mismas, con paciencia y sin forzar situaciones no deseadas. En ningún caso debe precipitar el cambio de método, sin estar completamente seguro de que las partes ni desean, ni pueden seguir adelante con la mediación*» (10) .

Respecto a las partes y a su postura en el procedimiento de mediación, existe riesgo de que adopten *ab initio* una estrategia encaminada a convencer al mediador –futuro árbitro– de que sus posiciones y argumentos son los más justos. De forma tal que se olviden de adoptar una actitud colaborativa para lograr un acuerdo que satisfaga debidamente los intereses de ambas. Por consiguiente, el hecho de que las partes no afronten la mediación con la actitud constructiva y dialogante que la caracteriza para obtener un resultado satisfactorio y exitoso, provocaría que ésta quedase desvirtuada.

En cuanto a la segunda de las variantes, cabe señalar que las dificultades acabadas de referir, se solventan cuando

las personas que han de intervenir como mediador y como árbitro son diferentes. En ese caso, se considera que más que un híbrido, nos encontramos ante una fórmula de acumulación de las dos instituciones, toda vez que contempla una mediación y, en su caso, un arbitraje posterior, desarrollados por distintas personas.

Lo cierto es que con esta modalidad se superan los problemas de las reticencias que se puedan generar en las partes ante el mediador y de la posible parcialidad o pérdida de neutralidad del futuro árbitro que deba actuar para decidir el conflicto. De igual modo, asegura en todo caso una resolución vinculante, sin abandonar las bondades de la mediación, que se proyectan en toda su extensión y sin ningún tipo de dificultad en la primera fase del procedimiento.

Por su parte, lo que en la otra modalidad se presentaban como ventajas, en este caso, se pueden apuntar como inconvenientes. Por tanto, resulta problemático que el árbitro tenga que partir de cero en su trabajo, con un total desconocimiento del conflicto, pues esto le obligará a desarrollar el arbitraje desde su inicio y en toda su extensión. Por tal motivo, al tener el árbitro que recabar toda la información necesaria, el procedimiento se alargará considerablemente en el tiempo, con la subsiguiente pérdida de agilidad, toda vez que las partes deberán en muchas ocasiones repetir ante el árbitro declaraciones o informaciones ya prestadas ante el mediador. Esto, a su vez, implica un incremento de costes temporales y, obviamente, el coste económico es mayor, al tener que afrontarse el gasto de dos profesionales distintos: el mediador y el árbitro.

Cabe distinguir según se lleve a cabo con un mismo profesional, que asuma los papeles de medidor y árbitro, o sean profesionales diferentes

En cuanto a la forma de articular el med-arb, cabe distinguir según se lleve a cabo con un mismo profesional, que asuma los papeles de medidor y árbitro, o sean profesionales diferentes.

En el primer supuesto, se prepara un contrato entre las partes y el tercero con una cláusula en la que se comprometen a que si del procedimiento de mediación no se obtiene un acuerdo, las partes continuarán con la gestión del conflicto hasta su resolución, pero en este caso cambiando el mecanismo de resolución del conflicto, es decir, cerrando la mediación e iniciando el arbitraje. De esta forma, se garantiza la resolución de la controversia, bien directamente por las partes en la mediación o bien mediante el laudo que dicte el mediador convertido en árbitro que la resolverá definitivamente.

A sensu contrario, si son profesionales distintos los que van a actuar, la fórmula básicamente es la misma. Las partes firmarán con el mediador y el árbitro un contrato en el que se incluya el compromiso de iniciar un procedimiento de mediación y, en caso de que éste no concluyese con avenencia, iniciar un arbitraje.

Por último, respecto a las cuestiones que pueden ser susceptibles de ser sometidas a med-arb, al igual que sucede en el arbitraje y en la mediación, únicamente cabrá sobre materias que tengan carácter dispositivo para las partes.

IV. CONCLUSIONES

La utilización de los mecanismos de resolución de conflictos –la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje– **ha de configurarse como un derecho fundamental del ciudadano incardinado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplia acepción**. Ello no obstante, más allá de estos métodos clásicos, existen otros no tan conocidos en nuestro país, y que son típicos de los sistemas anglosajones, que poseen relevancia en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente en EE.UU. En efecto, cualquiera de ellos podría tener perfecta cabida en el nuestro como instrumento de resolución de conflictos. De manera tal que las partes pudiesen optar por uno u otro sistema con base en la utilidad que reportaría al caso concreto en el que estuviesen inmersos.

En este sentido, la utilización del método híbrido o med-arb no sólo debe responder al objetivo de evitar o descongestionar la excesiva carga de trabajo de los tribunales, sino que también debe obedecer al necesario cambio de cultura sobre el tratamiento y solución de las controversias al margen de la vía judicial.

(1) Profesora del Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa. Universidad de Santiago de Compostela (USC). Doctora *cum laude* en Derecho por la USC. Máster en Mediación y Máster Oficial en Derecho Privado, por la USC; Supervisora y mediadora del Centro Municipal de Mediación Ciudadana del Ayuntamiento de Santiago de Compostela (2010-2011). Líneas de investigación: los sistemas alternativos para la resolución del conflicto, la mediación en el proceso civil o la mediación penal.

Participación en diversos proyectos de investigación. Miembro del Grupo de Investigación «*O conflito e os mecanismos de solución con perspectiva de xénero*». Miembro del Grupo de Innovación Docente «*Grupo de innovación en técnicas de resolución de conflictos*». Miembro de la asociación Círculo

Académico de Estudios Jurídicos y del Consejo de Redacción de la revista jurídica Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos.

Ponente en múltiples cursos y jornadas. Coordinadora de la obra colectiva: «La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques». Autora de más de 50 publicaciones, entre las que cabe citar: «*Los programas piloto desarrollados en España en materia de Mediación Penal en adultos*», «*El derecho a la presunción de inocencia en la mediación penal*», «*La mediación en el preconcurso y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015 (LA LEY 2841/2015)*» o «*El recurso a la mediación en la fase de la audiencia previa: los artículos 414 (LA LEY 58/2000) y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)*».

(2) BARONA VILAR, S., «Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación», *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 18 - núm. 1, 2011, p. 192.

(3) PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre de 2002, p. 10.

(4) HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 15.

(5) SAIZ GARITAONAENDÍA, A., «El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras», en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 88.

(6) SAIZ GARITAONANDIA, A., «El medarb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos», *Revista jurídica Arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril de 2014, p. 1.

(7) Es más, este método se presenta como un sistema de gran efectividad principalmente para aquellas cuestiones que requieran de una decisión final que sea vinculante para las partes, pero que a la vez, bien sea por la existencia de relaciones previas entre las mismas o por la naturaleza de las materias que quieran debatir, permitan a éstas discutir previamente sobre los puntos de controversia, con el objetivo de intentar por ellas mismas acuerdos totales o parciales sobre dichos puntos, antes de someterlos a la decisión de un tercero.

(8) VALL RIUS, A., «Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cólex, Madrid, 2010, p. 93.

(9) SAIZ GARITAONENDIA, A., «Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos», en SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 80 a 83.

(10) VALL RIUS, A., «Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos…, op. cit.*, p. 93.