

MECANISMOS COMBINADOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS

COMBINED MEDIATION AND ARBITRATION MECHANISMS IN THE RESOLUTION OF DISPUTES RELATING TO CROSS-BORDER COMMERCIAL OPERATIONS.

MANUEL E. MORÁN GARCÍA *

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESPECIALES REQUERIMIENTOS DE LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS. III. MECANISMOS HÍBRIDOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS: MED-ARB, ARB-MED, ARB-MED-ARB. IV. RECEPCIÓN DE LOS MÉTODOS HÍBRIDOS ARBITRAJE/MEDIACIÓN EN ESPAÑA. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Esta contribución tiene dos objetivos, abordados con metodologías diferentes. En primer lugar, desde una perspectiva descriptiva, se analizan las fórmulas combinadas de arbitraje y mediación —ARB-MED, MED-ARB, ARB-MED-ARB— desarrolladas en la práctica de los negocios internacionales como MASC/ADR, como mecanismos para conseguir lo mejor de ambos sistemas de resolución de controversias. En segundo término, desde un punto de vista crítico, se aborda la recepción de estos mecanismos híbridos en el ordenamiento jurídico español, habida cuenta de la prohibición general establecida en nuestra legislación arbitral: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas (art. 17.4 Ley 60/2003 de arbitraje).

ABSTRACT: *This contribution has two objectives, addressed with different methodologies. Firstly, from a descriptive perspective, the combined arbitration and mediation formulas —ARB-MED, MED-ARB, ARB-MED-ARB— developed in the practice of international business as MASC/ADR are analyzed as mechanisms to achieve the best of both dispute resolution systems. Secondly, from a critical point of view, the reception of these hybrid mechanisms in the Spanish legal system is addressed, taking into account the general prohibition established in our arbitration legislation: Unless the parties agree otherwise, the arbitrator may not have intervened as a mediator in the same conflict between them (article 17.4 of arbitration law 60/2003).*

PALABRAS CLAVE: Mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC), mediación, arbitraje, resolución de controversias en las relaciones comerciales transfronterizas, MED-ARB, ARB-MED, ARB-MED-ARB, imparcialidad del árbitro y figura del “med-árbitro”

KEYWORDS: *Alternative dispute resolution systems (adrs), mediation, arbitration, dispute resolution in cross-border commercial relations, MED-ARB, ARB-MED, ARB-MED-ARB, impartiality of the arbitrator and the figure of the “med-arbitrator”*

Fecha de recepción del trabajo: 18 de septiembre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de diciembre de 2023.

* Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Alicante, manuel.moran@ua.es

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características básicas de la regulación contemporánea de las relaciones privadas transfronterizas es el papel protagonista de los mecanismos de resolución de controversias¹. En este trabajo se utiliza la locución “operaciones de comercio transfronterizas” para dar cuenta de un ámbito social y jurídico cercano al analizado desde la perspectiva del denominado “derecho de los negocios internacionales” (*international business*), que contribuya a deslindarla respecto de otras realidades y perspectivas distintas, definidas a partir de expresiones como “comercio internacional” (*international trade*)². La perspectiva es deliberadamente amplia, al efecto de dar cuenta no sólo de las relaciones contractuales, sino de otro tipo de litigios que tienen que ver con obligaciones extracontractuales —por ejemplo, con la infracción de derechos de Propiedad Intelectual, el derecho de la competencia o la propia responsabilidad precontractual— u otros ámbitos que van siendo progresivamente ocupados por distintos mecanismos de solución de controversias distintos del jurisdiccional.

En este contexto, la vis expansiva de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), o *Alternative Dispute Resolution Systems (ADRS)* es indudable³ y resulta especialmente acusada e interesante en el espectro comercial transfronterizo. Las líneas que siguen se centran en las posibilidades que ofrecen el arbitraje y la mediación, no considerados en sí mismos, sino como integrantes de diferentes sistemas híbridos de resolución de controversias, bifásicos o multifásicos: *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb* (también, *AMA*)⁴. La utilización sucesiva y combinada de ambos mecanismos deberían permitir, por un lado, superar algunas de las objeciones más comúnmente señaladas a cada uno por separado; por otro, potenciar sus innegables ventajas a la hora de encontrar una solución adecuada a controversias de gran complejidad jurídica como, por definición, suelen ser todas las que surgen en un contexto transfronterizo.

1 E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, Cours général de droit international privé; *Recueil des cours*, t. 251, 1995, pp. 13 a 267; esp., pp. 47 y ss.: M.E. Morán García, “Una revisión del Derecho internacional privado para la sociedad del siglo XXI”, en *Estrategia europea 2030 y sus retos sociales. Una lectura desde el Derecho internacional privado*, 2022, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 147 a 172; esp., p. 151.

2 Vid. J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García, P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, 6ª ed., Madrid, 2020.

3 W. Nava González, “Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: su problemática en el derecho internacional privado”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, consultado el 22.06.2023 en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429563865007/index.html>, visitado 03.07.2023; A. Sanfeliz, “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR’s): ¿Para qué sirven?”, en [Lopez-Ibor-iborabogados.com](https://www.lopez-ibor-iborabogados.com), 2020, visitado el 02.07.2023. En la U.E. destaca la herramienta multilingüe en línea, creada en 2016 por la Comisión Europea, para la resolución de diferencias entre consumidores y empresas, Resolución de litigios en Línea, que puede consultarse en <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>, visitado el 23.06.2023

4 M. Lalaguna, “Med-Arb, Arb-Med y variantes: una alternativa a los ADR tradicionales”, post jurídico de octubre de 2020, publicado en <https://cms.law/es/esp/publication/med-arb-arb-med-y-variantes-una-alternativa-a-los-adr-tradicionales>, consultado el 02.11.2023; J. Allison, “Alternative Dispute Resolution Research: Med-Arb, Arb-Med”, publicado en *Harvard Law School Library*, <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310591&p=2078484>, actualizado el 9 de octubre de 2020, consultado 02.07.2023

Muy sintéticamente, es común señalar, entre las ventajas tradicionales del arbitraje comercial internacional⁵: a) la especialización e imparcialidad del órgano arbitral, b) la flexibilidad, celeridad, economía y previsibilidad de costes del procedimiento arbitral, c) la efectividad jurídica internacional, opacidad y confidencialidad de los laudos; d) su efecto estabilizador frente a las incertidumbres propias de las relaciones privadas transfronterizas. Entre sus puntos débiles suelen mencionarse: a) las dificultades que se presentan para obtener el consentimiento de todos los interesados en someterse al arbitraje en relaciones con pluralidad de partes (*multi-party arbitration*)⁶; b) el árbitro sigue siendo visto como alguien ajeno a la relación, que puede pacificar el conflicto, pero no solucionarlo de una forma duradera y satisfactoria; c) la falta de fluidez en las relaciones entre arbitraje y la jurisdicción, en temas como la efectividad de las medidas cautelares y provisionales o la incorporación del contenido del laudo a una resolución judicial, con la intención de paralizar la ejecución de otra resolución previa⁷.

Respecto de la mediación, que ha recibido un impulso decisivo con la entrada en vigor de la Convención de Singapur sobre mediación⁸, entre sus virtudes más destacadas se encuentran⁹: a) la mayor disponibilidad de las partes a explorar una posible solución autónoma, antes de someter la cuestión a un tercero ajeno a la relación; b) la formación del mediador como especialista tanto en materias concretas, cuanto en medios de resolución de controversias; c) la celeridad y economía de costes; d) superación de los conceptos de “ganador” y/o “perdedor” de un pleito, por la estrategia “todos ganan” (*win-win*). Y, entre sus inconvenientes: a) la falta de efectividad en caso de negativa de una parte a cumplir lo acordado, b) no tiene en cuenta, necesariamente, el desigual poder negociador de las partes y puede dar lugar a negociar derechos innegociables; c) no contribuye a centrar preventivamente las relaciones conectadas con más de un sistema jurídico, sino que actúa siempre *a posteriori*, una vez la controversia ya ha surgido.

5 Una excelente síntesis de las ventajas del arbitraje puede consultarse en A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 38 a 43; D.P. Fernández Arroyo, “Arbitraje comercial internacional”, Cap. II de la obra colectiva dirigida por A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid. Colex, 2006, pp. 43 a 71; y en M.J. Spector y E. Ordway, “International Arbitration”, *L.F.L.R.*, suplemento especial, septiembre de 1991, pp. 3 a 6.

6 K. M. Siig, “Multi-Party Arbitration in International trade: problems and solutions”, https://www.researchgate.net/publication/247835856_Multiparty_arbitration_in_international_trade_problems_and_solutions, consultado el 05.07.2023.

7 Recurso utilizado recientemente por la *London Steam –Ship Owners’ Mutual Association Limited*, aseguradora del tristemente célebre buque *Prestige*, para impedir la efectividad de una resolución condenatoria española en el Reino Unido. El TJUE se ha pronunciado en contra de dicha práctica, en su sentencia de 20 de junio de 2022. *Vid.* STJUE, asunto C700/20, en *Curia*, 20.06.2022.

8 Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacciones internacionales resultantes de la mediación, https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements, consultado el 03.07.2023

9 R. Méndez Silva, “Mediación internacional”, <https://leyderecho.org/mediacion-internacional/> publicado agosto de 2020; H. Soletó Muñoz, M.M. Otero Parga, *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007; UNCITRAL, *Mediación comercial internacional*, <https://uncitral.un.org/texts/mediation>, consultado el 03.07.2023

Partiendo de la apretada síntesis anterior, la pregunta a la que intentan responder estas páginas es: ¿puede una combinación de ambos métodos ayudar a solventar algunas de las deficiencias apuntadas en su funcionamiento aislado y potenciar sus virtudes? Para contestarla, en primer lugar, se analizarán las necesidades específicas del tratamiento de las transacciones comerciales internacionales, desde el punto de vista de la prevención y solución de conflictos (II). A continuación, se estudian los diferentes sistemas combinativos o de hibridación entre arbitraje y mediación presentes en la práctica comercial internacional: *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb* (III). En tercer término, se pasan dichas fórmulas híbridas por el tamiz de su eventual recepción en España (IV). Por último, unas conclusiones procurarán ofrecer un balance final respecto de la virtualidad de estos híbridos entre arbitraje y mediación para contribuir a solucionar las controversias relativas a transacciones comerciales transfronterizas (V).

II. ESPECIALES REQUERIMIENTOS DE LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS OPERACIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS

La conexión de las relaciones comerciales transfronterizas con más de un sistema jurídico plantea especialidades muy a tener en cuenta a la hora de diseñar mecanismos apropiados para la resolución de controversias relativas a las mismas. Especialidades que requieren de los MASC una atención específica a la necesaria ambientación internacional de estas relaciones comerciales. Ello supone tanto dotar a las partes de un marco dotado de la máxima previsibilidad posible; tanto de cara al desarrollo prospectivo de sus legítimas expectativas, evitando la aparición de litigios, cuanto para ofrecer una solución a las diferencias ya surgidas en el seno de una relación comercial transfronteriza.

Un sistema de resolución de controversias verdaderamente atractivo para las partes involucradas en una operación comercial transfronteriza debe tener en cuenta la especialidad irreductible de estas relaciones heterogéneas o relaciones de tráfico externo o relaciones internacionales y ofrecer un tratamiento adecuado a su naturaleza, tanto desde una perspectiva preventiva cuanto desde un punto de vista patológico¹⁰. En efecto, económica, sociológica e intuitivamente, una compraventa de piedra para construcción celebrada o intentada entre una empresa

10 Si bien las denominaciones “relaciones heterogéneas” o “relaciones de tráfico externo” o “relaciones privadas internacionales” o “relaciones comerciales transfronterizas” no son, en puridad de términos, inicuamente intercambiables, puesto que responden a una precisa identificación del objeto del DIPr, aquí se utilizan en un sentido no estricto, sin ánimo ni espacio para entrar en dicha cuestión dogmática central. A.P. Abarca Junco, J.D. González Campos, M. Guzmán Zapater, P.P. Miralles Sangro, E. Pérez Vera, *Derecho Internacional Privado. Vol. I*, Colex, UNED, 5ª ed., p. 113; A.L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado, Vol. I*, Comares, 18ª edición, Granada, 2018, p. 193; C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias Buhigues, G. Palao Moreno, *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 17ª edición, Valencia, p. 226; J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 12ª edición, Cizur Menor, Navarra, 2022, p. 139; M. Gómez Jene, M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros, E. Pérez Vera, M. Vargas Gómez-Urrutia, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2021, pp. 42 y ss.; C. Gonzáles Beilfuss y B. Añoveros Terradas, *Introducción al Derecho internacional privado*, Atelier, 1ª ed., Barcelona, 2023; A. López-Tarruella Martínez, *Manual de Derecho internacional privado*, ECU, 4ª edición, Alicante, 2022, p. 120.

vendedora establecida en Vigo (Pontevedra) y un comprador establecido en Pinoso (Alicante) no aparece como informada por una lógica distinta si situamos una frontera entre ambas partes Vigo (Pontevedra) y Oporto (Portugal), pongamos por caso. Pese a las similitudes de todo tipo que se pueden señalar —relación bilateral de intercambio, transferencia de la propiedad del objeto del contrato a cambio de un precio, necesidad de transporte y seguro de la mercancía, etc.— y a lo paradójico de la gran diferencia de distancia entre contratantes en uno y otro caso, no hay que dejarse llevar por las apariencias.

Desde la perspectiva de su correcto tratamiento jurídico no están en relación género (compraventa)/especie (compraventa internacional) sino que se trata de dos especies radicalmente distintas. Mientras la primera de las operaciones agota sus efectos dentro de un marco estrictamente doméstico, la segunda, pese a implicar una distancia geográfica mínima entre los contratantes y situarse en un marco *intra* U.E., sigue presentando las tres incertidumbres estructurales propias de las relaciones privadas transfronterizas.

En primer lugar, la indeterminación acerca de la sede de resolución de controversias. Ante la inexistencia de instancias globales que decidan al margen de los sistemas jurisdiccionales o los mecanismos alternativos que estos amparen y respalden: ¿quién aclarará una eventual diferencia, propondrá una solución a una disputa o dirimirá imperativamente un conflicto?

Despejada la incógnita del “quién”, aparece la cuestión del “cómo”, que tiene que ver con la indeterminación del sistema que se tomará como referencia para solucionar la controversia. ¿Se aplicará un sistema jurídico? Si así es, ¿cuál de todos los potencialmente implicados y/o conectados con la relación dirimirá la diferencia entre las partes? ¿Es posible que se parta de un marco referencial no jurídico, como la equidad, los usos profesionales, los códigos de buena conducta, etc.?

En tercer lugar, inseguridad respecto de la eficacia jurídica de la solución aportada por los sistemas de resolución de controversias a través de las fronteras. ¿Qué eficacia tiene una resolución judicial más allá de los límites territoriales del ejercicio de las facultades jurisdiccionales del órgano juzgador? ¿Qué circulación internacional tienen los laudos arbitrales o las actas de mediación?

Cabría, en fin, plantearse otras interrogantes. Por ejemplo: ¿Ofrecen las plataformas en línea de resolución de controversias —públicas o privadas— un tratamiento más adecuado a las expectativas de las partes en relación con las incertidumbres estructurales antes expuestas? ¿No sería interesante insistir en el necesario desarrollo de órganos especializados, verdaderamente internacionales, al menos en determinados sectores comerciales transfronterizos? Obviamente, estas últimas preguntas exceden con mucho los límites del trabajo en curso y no serán objeto de tratamiento particular, concentrándose las páginas que siguen en los MASC/ADRS y su relación con la jurisdicción¹¹.

Desde una perspectiva preventiva —aquella tendente a evitar la aparición de conflictos— el designar un mecanismo de resolución de controversias, jurisdiccional o alternativo, contribu-

11 *Vid.* al respecto, M.E. MORÁN GARCÍA, “Una revisión...”, *op. cit.*, p. 160.

ye a despejar o mitigar las irreductibles incertidumbres que afectan a toda relación comercial transfronteriza, pero no lo hacen de la misma manera. La solución jurisdiccional presenta como principal característica el proporcionar una vía siempre transitable, para el caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo para habilitar el recurso a un MASC/ADRS. Dicho cauce ofrece más seguridad si los implicados en la controversia, logran un acuerdo para designar un concreto órgano judicial o la jurisdicción de un determinado Estado como competente para solucionar sus eventuales diferencias, recurriendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para ello, además del acuerdo de prorrogación de fuero entre las partes, es imprescindible que las normas de competencia judicial internacional del órgano/orden jurisdiccional elegido confieran capacidad vinculante a la voluntad de los litigantes¹².

En caso de que no se cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, los interesados tendrán que realizar un juego de simulación de foro, poniendo en liza a los distintos sistemas de competencia judicial internacional potencialmente vinculados con el asunto. Al margen del supuesto, ciertamente extraño, de que se produzca un “conflicto negativo de jurisdicciones”; es decir, que las partes no encuentren ninguna jurisdicción que asuma competencia para resolver sus diferencias, lo habitual es que se produzca lo contrario. A partir de ahí se abren diferentes opciones tanto respecto del número de sistemas de competencia judicial internacional potencialmente aplicables cuanto de las respuestas ofrecidas por todos o algunos de ellos. Prescindiendo de la aplicación claramente excepcional y restrictiva de los fueros exclusivos¹³, que expresan una vinculación muy fuerte con intereses o valores preponderantes para el Estado que los reclama y establece¹⁴, lo normal es que se planteen opciones, en diferentes sedes, entre el domicilio/residencia habitual del domicilio del demandado —que suele jugar como fuero general¹⁵— y diferentes fueros concurrentes, en función de la materia: *forum executionis*, *forum delicti comissi*, etc.¹⁶ Ello es especialmente delicado desde un punto de vista preventivo, pues impide un adecuado cálculo de los derechos y obligaciones de las partes, impidiendo someter su relación a un marco seguro en cuanto a sus límites, oportunidades y expectativas legítimas:

12 Así, por ejemplo, el art. 25 de Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE núm. L 351*, de 20 de diciembre de 2012 (Reglamento Bruselas I Bis); el art. 23 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, *DOUE núm. L 339*, de 21 de diciembre de 2007 (Convenio de Lugano 2007); el art. 5.1 del Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000, *B.O.E. núm. 256*, de 25 de octubre de 2001 (Convenio España-El Salvador); art. 22 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *B.O.E. núm. 157*, de 2 de julio de 1985 (LOPJ).

13 Art. 24 del Reglamento Bruselas I Bis, art. 22 del Convenio de Lugano 2007, art. 3 del Convenio España-El Salvador, art. 22 de la LOPJ.

14 D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *R. des C. t.* 323, 2006, pp. 9 a 260.

15 Art. 4 del Reglamento Bruselas I Bis, art. 2 del Convenio de Lugano 2007, art. 2 del Convenio España-El Salvador; art. 22 ter 1 de la LOPJ.

16 Arts. 7.1 y 7.2 del Reglamento Bruselas I Bis, arts. 5.1 y 5.3 del Convenio de Lugano 2007, arts. 4.1 y 4.3 del Convenio España-El Salvador, arts. 22 quinquies a y b de la LOPJ.

si la cuestión del sistema competente no está resuelta, es imposible despejar la incógnita respecto de las reglas que han de resolver el litigio.

Desde la perspectiva patológica, que es la que habrá que adoptar una vez surgida la controversia, la multiplicación de fueros, consustancial al carácter internacional de la relación, dificulta igualmente la previsibilidad de las partes respecto, no sólo de la concreta sede de resolución de controversias —¿Dónde puedo o debo demandar o ser demandado?—, sino también del régimen jurídico aplicable para solucionar la disputa, que dependerá de las normas de derecho aplicable del sistema de DIPr del órgano juzgador. Ello supone, en la inmensa mayoría de los casos, el activar las normas de conflicto del foro, que acabarán por señalar un derecho estatal como aplicable, incurriendo en la paradoja de tratar los problemas generados por una relación transfronteriza con un instrumental pensado para relaciones domésticas. Sería como si un adiestrador de animales aplicase la pericia y cautelas del entrenamiento con perros a la doma de grandes felinos. Ejemplo puede que burdo, pero que nos sirve para enlazar con el otro requisito que un buen MASC/ADRS debería cumplir: ofrecer a las relaciones comerciales transfronterizas una ambientación verdaderamente internacional.

A este respecto, pocas dudas caben en relación con la ventaja de sistemas como el arbitraje comercial internacional o la mediación comercial transfronteriza. Los jueces y tribunales estatales están sujetos al imperio de la ley y a un determinado sistema de fuentes. En DIPr, ello suele conducir a la reducción de la consideración de la internacionalidad de las relaciones que constituyen su objeto a la aplicación del método indirecto de regulación, abriendo con mayor o menor generosidad la posibilidad de aplicar un derecho distinto de la *lex fori*. Y, simplificando, eso es todo: nada más, nada menos. Por supuesto que no todas las normas del sector del derecho aplicable son normas de conflicto, pero siguen siendo el paradigma normativo del DIPr, al menos entendido en sentido clásico¹⁷. El mecanismo continúa poseyendo una sencillez perversa y fascinante por su economía: la internacionalidad se toma como detonante de la potencial aplicación por parte de jueces de un Estado, del Derecho de otro Estado. ¿Para qué inventar algo tan sofisticadamente insólito? Pues para garantizar, en la medida en que en este mundo existen garantías de algo, la buena recepción de la decisión adoptada en el foro, allende las fronteras del juzgador.

Liberados de estas servidumbres, árbitros y mediadores pueden servir mucho más eficazmente a situar a las relaciones comerciales transfronterizas en un ecosistema favorable a su correcto desenvolvimiento. Ahora bien, la solución arbitral posee, desde el punto de vista preventivo, una ventaja notable: permite estabilizar la relación privada internacional, despejando las in-

17 *Vid.* A.P. ABARCA JUNCO, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. GUZMÁN ZAPATER, P.P. MIRALLES SANGRO, E. PÉREZ VERA, *Derecho Internacional Privado. Vol. I*, Colex, UNED, 5ª ed., p. 113; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Vol. I*, Comares, 18ª edición, Granada, 2018, p. 193; C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 16ª edición, Valencia, p. 226; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 12ª edición, Cizur Menor, Navarra, 2022, p. 139; M. GÓMEZ JENE, M. GUZMÁN ZAPATER, M. HERRANZ BALLESTEROS, E. PÉREZ VERA, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2021, p. 251; C. González Beilfuss, *Introducción al Derecho internacional privado*, 1ª ed., Atelier, Barcelona, 2023; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho internacional privado*, ECU, 4ª edición, Alicante, 2022, p. 120.

certidumbres que le son propias, con tan sólo indicar el sistema de referencia que los árbitros han de aplicar y teniendo en cuenta la gran circulación internacional de los laudos arbitrales lograda por el Convenio de Nueva York de 1958¹⁸. Por el contrario, la mediación se sitúa siempre en un plano patológico: la diferencia ya ha surgido y ahora se trata de procurar que las partes lleguen a un acuerdo que la solucione según el consabido principio *win-win*. En esta superación de la dinámica que enfrenta a vencedor y vencido, la mediación posee una ventaja indudable en el adecuado tratamiento de las diferencias relativas a negocios internacionales, donde el mantenimiento de las relaciones comerciales es un valor que cotiza muy alto. Al procurar que las soluciones provengan de las propias partes interesadas, es mucho más probable salvar la continuidad del negocio, si éste realmente merece la pena.

De todo lo expuesto hasta ahora, parece claro que un MASC/*ADRS* que resulte de la combinación del arbitraje y la mediación, puede configurar un sistema que se beneficie de las ventajas que cada uno ofrecen por separado y redunden en una adecuada cobertura de sus deficiencias. A partir de ahí, cabe analizar, por un lado, las distintas fórmulas ensayadas y puestas en práctica en diferentes ámbitos privados e institucionales —*Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*— y, por otro, reflexionar en torno a la validez y recepción de estos mecanismos híbridos en nuestro sistema jurídico.

III. MECANISMOS HÍBRIDOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELATIVAS A LAS TRANSACCIONES COMERCIALES TRANSFRONTERIZAS: *MED-ARB*, *ARB-MED*, *ARB-MED-ARB*

Desde hace al menos un par de décadas, instituciones de gran predicamento y originarias de muy diferentes ámbitos geográficos y sectoriales —Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*ICDR*)¹⁹, la Cámara de Comercio Internacional, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong²⁰ (*HKIAC*), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (*SIAC*)²¹ o la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (*CIETAC*)²²— han venido señalando las ventajas de la hibridación de MASC/*ADRS* como el arbitraje y la mediación. En el contexto comercial transfronterizo, contar con lo mejor de ambos mundos, puede prestar un gran servicio a una eficiente solución de controversias. A continuación, se pasa revista a las tres fórmulas desarrolladas con más éxito: *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*.

1. *MED-ARB*: procedimiento híbrido bifásico entre mediación y arbitraje.

Abreviatura de “mediación-arbitraje”, el sistema *Med-Arb* es un híbrido que combina, de forma sucesiva y condicionada, ambos mecanismos de cara a la resolución de una controversia

18 Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, *BOE* núm. 164, de 11 de julio de 1977, corrección de errores en *BOE* núm. 249, de 17 de octubre de 1986.

19 <https://www.icdr.org>

20 <https://www.hkiac.org>

21 <https://www.siac.org>

22 <https://conventuslaw.com/report/singapore-med-arb-arb-med-and-the-arb-med-arb/> visitado 05.05.2022

comercial transfronteriza²³. Inicialmente, las partes intentan resolver sus disputas a través de la mediación y, de no alcanzar un acuerdo respecto de la totalidad o de algún extremo particular de la diferencia en esta fase inicial, se someterá el asunto o asuntos restantes a la decisión definitiva de un órgano arbitral²⁴. De esta forma, el mecanismo híbrido permite potenciar al máximo las virtudes de cada uno de sus componentes, al tiempo que su utilización potencialmente sucesiva, posibilita eludir las limitaciones de cada método por separado. Así, al acudir necesariamente en primera fase a la mediación, las partes pueden aprovechar las ventajas de esta; en particular, la perspectiva autocompositiva, en un esquema donde no hay vencedores ni vencidos: *win-win*.

Pero, como ya se expuso anteriormente, al analizar las ventajas y desventajas de arbitraje y mediación por separado, la mediación no ofrece el efecto estabilizador que el sometimiento de la cuestión al arbitraje proporciona y que es tan positivo para la gestión de los riesgos jurídicos de la internacionalización de la relación. Así diseñado, el MASC/ADRS híbrido *Med-Arb* ha sido probado con notable aceptación y éxito, tanto en la resolución de controversias relativas a la aplicación del *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura* (TIRFAA)²⁵ cuanto en el Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI²⁶.

En su fórmula original, las funciones de mediador (primera fase) y árbitro (segunda fase, condicionada al fracaso total o parcial de la primera) recaen en la misma persona, a la que suele denominarse como “*med-árbitro*”. Y aquí radica uno de sus principales problemas. Por un lado, las partes podrían tener sus reservas a la hora de revelar toda la información relevante a un mediador que puede devenir árbitro. En segundo término, no faltan sistemas jurídicos, como es el caso del español, que prohíben que una misma persona reúna las condiciones de mediador y árbitro en un mismo asunto (art. 17.4 Ley 60/2003, de arbitraje)²⁷; o que posibilitan solicitar la anulación del eventual laudo arbitral, alegando la contaminación que, para la necesaria imparcialidad del árbitro, supone el haber tenido conocimiento de ciertos extremos de la disputa en la fase de mediación²⁸. Por último, en fin, según la Ley de Arbitraje de la República Popular China, toda información confidencial revelada al *Med-Arb* se tiene que presentar igualmente a la otra parte²⁹.

23 E.S. CUELLAR TIJERINA, *La cláusula med-arb en la actualidad*, Universidad Pompeu Fabra, 2016, <https://tesisred.net/browse?value=Cu%C3%A9llar+Tijerina%2C+Ervey+Sergio&type=author&locale-attribute=es>

24 <https://www.abogado.com/recursos/resolucion-alternativa-del-conflicto/qu-es-med-arb-y-por-qu-usarlo.html>, consultado el 02.07.2023

25 *Vid.* <http://www.fao.org/ag/CGRFA/Spanish/itpgr.htm>, visitado 02.07.2023

26 <http://www.wipo.int/amc/es/center>, visitado el 02.07.2023

27 Art. 17.4: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas. Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, *BOE* núm. 1221, de 21.05.2011. El texto reformado es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, *BOE* núm. 309, de 26.12.2003.

28 L. LOZANO CORREA, “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10, segundo semestre, 2012.

29 <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/6598>

Resulta claro que existe el riesgo de que el mediador-árbitro pueda ver condicionada o contaminada su imparcialidad, al adquirir, en fase de mediación, información relevante acerca de las motivaciones, intereses, fortalezas y debilidades de las posiciones de las partes. Información que éstas pueden suministrarle en aras de alcanzar un acuerdo realista y efectivo y que, muy rara vez, serían suministrados con la misma confianza a quien ha de pronunciar un laudo vinculante sobre el fondo del asunto. Cierto es que el *med-árbitro* puede ignorar la información obtenida como mediador —al igual que un juez o un jurado no deben tener en cuenta los frutos del árbol envenenado— pero ello no resulta demasiado tranquilizador para las partes, que han de confiar en el proceder personal del profesional, sin más garantías que su palabra y prestigio.

Para evitar estos escollos se han encontrado diferentes mecanismos. A continuación, se exponen distintos desarrollos propuestos por la práctica³⁰.

- a) *Med-Arb* con diferente tercero, en el que las figuras de mediador y eventual árbitro recaen en diferentes personas, de modo que se desactiven las prohibiciones legales o reservas de los diferentes códigos de conducta profesionales al respecto.
- b) “*Med-Arb* plenario” o sometimiento de las cuestiones no resueltas a un centro o institución de resolución de controversias neutral, obteniendo el mismo resultado que en el anterior sistema, pero incurriendo en mayores costes³¹.
- c) “Mediación con arbitraje de oferta final” (“*MEDALOA*”); cada una de las partes formula una propuesta propia de solución del conflicto, quedando sometidas ambas ofertas al examen de un tercero imparcial, quien elegirá una de las dos, decidiendo el litigio según su criterio imparcial.
- d) Introducir un código ético que guíe a los *Med-Arb* en el manejo de la información confidencial obtenida en sesiones privadas. No contribuye en demasía a resolver la situación de partida. Lo único que añade a la confianza de las partes en la palabra del profesional es el propio prestigio de la institución que elabora los códigos de conducta.
- e) *Med-Arb* con opción de retirada, es aquel sistema que posibilita a las partes renunciar al arbitraje si la mediación fracasa, evitando los perjuicios y dilaciones que se derivarían de una negativa imprevista al sometimiento a la fase arbitral.
- f) Utilización del sistema *Arb-Med*, como reverso del *Med-Arb* que permite un manejo incontaminado de la información por parte del árbitro y el posterior sometimiento de la cuestión a la mediación, quedando el laudo en suspenso y oculto para las partes. De esta última opción nos ocuparemos con más detenimiento, a continuación.

En cuanto a los obstáculos jurídicos que condicionarían la validez de los sistemas híbridos en nuestro derecho, emplazo al lector al apartado de este trabajo en el que se trata la recepción de los sistemas *Arb-Med*, *Med-Arb* y *Arb-Med-Arb* en el sistema jurídico español (IV).

30 M. LALAGUNA, “MED-ARB, ARB-MED y variantes: una alternativa a los ADR tradicionales”, post publicado en <https://cms.law>, octubre de 2020, visitado 02.07.2023

31 CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION, “Hybrid ADR mechanisms”, *CEDIREs*, <http://cedires.com/hybrid-adr-mechanisms>, visitado 08.07.2023

2. ARB-MED, combinación sucesiva de arbitraje y mediación.

El *Arb-Med*, combinación sucesiva de arbitraje y mediación como mecanismo de resolución de controversias relativas a transacciones comerciales transfronterizas, viene a ser el reverso del *Med-Arb*. En este método, quizás el menos conocido de los híbridos, se celebra el arbitraje ante un tercero especializado y neutral y si las partes llegan a un acuerdo voluntario el árbitro nunca revelará el contenido del laudo arbitral; sin embargo, si las partes son incapaces de alcanzar un acuerdo de mediación, revelará el laudo que tendrá carácter vinculante. En ningún caso cabría que el “*med-árbitro*” cambie o modifique el laudo inicialmente redactado, basándose en los conocimientos adquiridos, a posteriori durante la fase de mediación³².

El sistema permite así circunvalar el escollo derivado del posible uso indebido de la información confidencial obtenida en una fase previa a la realmente decisoria. Se han manifestado ciertas reticencias a este método de hibridación, ante la posibilidad de que la parte que intuye ha sido “derrotada” en fase arbitral, desautorice o dificulte en extremo el subsiguiente paso a la mediación. No obstante, dadas las circunstancias en las que las partes han evaluado las ventajas y desventajas de recurrir a un MASC/ADRS híbrido, no existen razones para que la actuación de un tercero neutral en calidad de árbitro pueda contribuir a una gestión más eficaz de la resolución de la controversia en sede de mediación³³.

3. ARB-MED-ARB, sistema multifásico de resolución de controversias.

También conocido como *AMA*, es un sistema multifásico de resolución de controversias, de propiedades y características muy adecuadas al ámbito de las transacciones comerciales transfronterizas. Se le suele considerar como una categoría o evolución del *Arb-Med*, antes analizado, desarrollada de forma institucional y coordinada por las respectivas cortes de Mediación y Arbitraje de Singapur o por la Cámara de Comercio de Austria³⁴. El mecanismo es el siguiente: una de las partes presenta una solicitud de arbitraje y, una vez constituido el tribunal, se suspende el arbitraje y se remite el asunto a mediación. Caso de que ésta no ofrezca un resultado satisfactorio para ambas partes, la diferencia se resolverá en sede arbitral. En esta modalidad, el árbitro (o tribunal arbitral) y el mediador (o mediadores) son personas diferentes y se establece un límite temporal a la mediación para evitar dilaciones³⁵.

32 K. SHONK, “What is Med-Arb?”, en blog *Program On Negotiation, Harvard Law School*, 14.03.2022, <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/what-is-med-arb/>, visitado 08.07.2023

33 L. LOZANO CORREA, “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10, segundo semestre, 2012.

34 En noviembre de 2014, el Centro de Mediación Internacional de Singapur (*The Singapore International Mediation Centre*, SIMC) y Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“*Singapore International Arbitration Centre*”, SIAC) establecieron el protocolo “AMA”, para desarrollar un híbrido Arb-Med-Arb. Otras instituciones, como la Cámara de Comercio de Austria, han publicado una cláusula modelo al efecto de facilitar a las partes su sometimiento al Arb-Med-Arb. <https://conventuslaw.com/report/singapore-med-arb-arb-med-and-the-arb-med-arb/> visitado el 02.07.2023

35 M. LALAGUNA HOLZWARTH, “ADR híbridos, en especial, ARB-MED-ARB: una forma muy prometedora de emparejar a la mediación y el arbitraje”, <https://www.legaltoday.com/revista-aja/973/articulos/12/index.html>, consultado el 02.07.2023

IV. REGULACIÓN Y RECEPCIÓN DE LOS MÉTODOS HÍBRIDOS ARBITRAJE/MEDIACIÓN EN ESPAÑA

En España no es frecuente la utilización de los métodos híbridos para la resolución de controversias sin que, en principio y aparentemente, existan obstáculos jurídicos insalvables en nuestra legislación que pudieran explicar tan escaso empleo de estos MASC/ARDS. Hay que partir del hecho de que arbitraje y mediación tienen sus propias normas reguladoras —Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje³⁶ y Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁷— sin que exista una regulación específica de los híbridos que combinan ambos métodos. La única prescripción aplicable a la hibridación está prevista en el artículo 17.4 de la Ley de Arbitraje, que prohíbe el desempeño de la función de árbitro a aquellas personas que hayan actuado previamente como mediadores en el mismo conflicto, entre las mismas personas.

Una interpretación acorde con el impulso que se pretende dar a los MASC/ARDS en la U.E. y en nuestro país pasa por concluir que el legislador deja abierta la posibilidad del recurso a la autonomía de la voluntad, para que las partes puedan establecer cláusulas que conduzcan a la aplicación combinada de arbitraje y mediación. En esa tarea cautelar, hay que tener en cuenta el posible recurso a las denominadas “cláusulas escalonadas” (1.), la utilización de las cláusulas tipo elaboradas por las instituciones arbitrales y de mediación nacionales —Corte Española de Arbitraje, Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid, el Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos (CEDR) del Reino Unido; Asociación Europea de arbitraje³⁸— y las prescripciones de los reglamentos de la CNUDMI y de la CCI al respecto (3.)³⁹.

1. Las cláusulas escalonadas y los mecanismos de hibridación entre arbitraje y mediación

Como se ha establecido antes, el legislador español abre la puerta a la autonomía de las partes, a la hora de eliminar el peligro de la pérdida de imparcialidad del árbitro por actuar previamente en calidad de mediador. A este respecto, no son pocos los especialistas que señalan la utilización de lo que en la práctica forense se denominan *cláusulas escalonadas* (*multi-tiered clauses* o *multi-step clauses*), como medio para hibridar mediación y arbitraje⁴⁰. Este tipo de cláusulas permiten

36 BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003. Hay que tener en cuenta la reforma operada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, BOE de 21 de mayo de 2011.

37 BOE. núm. 162, de 7 de julio de 2012.

38 J.M. BAENA GIMÉNEZ, “La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales”, *LinkedIn*, 6 de diciembre de 2021, en <https://es.linkedin.com>, consultado el 09.07.2023

39 L. LOZANO CORREA, “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?”, *Revista de Mediación*, núm. 10, segundo semestre, 2012.

40 R. ALBA, “Cláusulas escalonadas: una opción a considerar en la resolución de disputas”, *Vega Guerrero y Asociados*, abril de 2023, en <https://vegaguerrero.com/resolucion-de-conflictos/clausulas-escalonadas-una-opcion-a-considerar-en-la-resolucion-de-disputas/>; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas

que las partes involucradas en un contrato establezcan un sistema de resolución de controversias por etapas, que parte de una fase inicial que consta de uno o varios MASC/ADRS —como la negociación o la mediación— y culmina, en caso de que el conflicto no quede resuelto en esta fase primera, con la decisión vinculante y definitiva de un órgano arbitral.

A mi modo de ver, no obstante, existe una diferencia clara entre ese recurso, al que cabría acudir para evitar la prohibición del mencionado art. 17.4 de la Ley de Arbitraje, y los mecanismos *Med-Arb*, *Arb-Med* y *Arb-Med-Arb* que estamos analizando. En primer lugar, mientras que en las cláusulas escalonadas las partes pactan diferentes procedimientos autónomos con la intervención de un tercero independiente, en las cláusulas que contemplan métodos de hibridación, existiría un único procedimiento con diferentes etapas en el que, por lo general, interviene un mismo tercero; salvo las variantes ya citadas, en las que se acuerda que el árbitro y el mediador sean personas distintas⁴¹. La trascendencia de este matiz diferencial resulta evidente si una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o si la redacción de la cláusula es poco clara o ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos. De ahí que, por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana aluda con especial énfasis al concepto de *definiteness* o precisión de los términos en que están redactadas las cláusulas escalonadas. Para que éstas sean efectivas, es necesario que dichos términos “...estén redactados de forma clara y expresa.”⁴².

La consulta a las cláusulas escalonadas modelo que proponen las principales cortes de arbitraje resulta especialmente indicada para soslayar estos y otros inconvenientes. En primer lugar, las dudas respecto del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada. En segundo término, las consecuencias de la imposibilidad de que una de las partes respete el mecanismo pactado, debido a la solicitud de medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a dar comienzo al arbitraje en un plazo perentorio muy corto. A la exposición y análisis de dichas cláusulas modelo y de sus implicaciones para el desarrollo de los mecanismos de hibridación entre arbitraje y mediación se dedican las siguientes líneas.

2. Cláusulas tipo elaboradas por las instituciones arbitrales y de mediación

Por el momento, la implementación de los métodos híbridos de *Med-Arb*, *Arb-Med* y *Arb-Med-Arb* en España es más bien escasa y se instrumenta básicamente a través de las denomi-

multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, n.º 1, marzo 2017, pp. 99 a 124; J. IGLESIAS, “Cláusulas escalonadas: los pros y los contras de este método alternativo de resolución de disputas”, en *Newsletter Arbitraje Internacional*, julio de 2018, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas

41 En el mismo sentido, A. I. COBO ORDÓÑEZ, “Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb a la luz de la legislación ecuatoriana”, *USFQ Law Review*, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018.

42 R. BERNAL GUTIÉRREZ, “Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 5, n.º 1, 2012, pp. 169 a 203; https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf consultado el 07.07.2023

nadas “cláusulas escalonadas”. La instrumentación jurídica de estas cláusulas resulta especialmente delicada, por lo que el recurso a las cláusulas tipo propuestas por instituciones de arbitraje y mediación de muy distinto origen resulta particularmente indicado. A continuación, se exponen, en primer lugar, las cláusulas escalonadas modelo propuestas por instituciones nacionales (A), así como las iniciativas instituciones internacionales (B.) como el Centro Internacional de Resolución de Controversias (CIRD), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI/UNCITRAL), la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO).

A. INSTITUCIONES NACIONALES

En este apartado se exponen las cláusulas escalonadas modelo propuestas por instituciones nacionales como la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid (*a.*), la Asociación Europea de Arbitraje (*b.*), el Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido (*c.*), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (*d.*), o el Centro Internacional de Resolución de Disputas, división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (CIRD) (*e.*). Su análisis crítico permitirá tanto ejemplificar las técnicas de redacción de los acuerdos de hibridación concluidos entre las partes, cuanto poner de manifiesto ciertas debilidades o puntos oscuros que deben evitarse sino se quiere frustrar un buen acuerdo por una deficiente instrumentación jurídica.

a. Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid

El Centro de Mediación Empresarial de la Cámara de Comercio de Madrid propone la siguiente redacción, ejemplo de actividad jurídica cautelar, para escalar mediación y arbitraje⁴³:

“Para la solución de cuantas controversias pudieran derivarse del presente contrato o estuvieran con él relacionadas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, ejecución o terminación, las partes acuerdan y se comprometen a someterlas al Centro de Mediación Empresarial de Madrid de la Cámara Comercio de Madrid, conforme a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación, por un mediador nombrado conforme al mismo”.

Opcionalmente, las partes pueden adaptar la cláusula a las circunstancias particulares del asunto litigioso, de acuerdo con el principio de máxima flexibilidad del arbitraje y la mediación, introduciendo algunas o todas de las siguientes prescripciones:

- *Las partes podrán optar por más de un mediador.*
- *El lugar de celebración del procedimiento será [...].*
- *El idioma del procedimiento será [...].*

43 <https://www.camaramadrid.es/documents/20182/173436/CI%C3%A1usula+escalonada+de+sometimiento+a+mediaci%C3%B3n+y+arbitraje.pdf/f26e5837-de81-455d-a992-4ed13494c5c9>

“A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los 60 días siguientes a contar desde la admisión a trámite por el Centro de la solicitud de mediación, o al vencimiento de otro plazo que así hubiera sido estipulado expresamente por las partes (ver opciones a continuación), tales controversias serán resueltas definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid de acuerdo a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será resuelto por árbitro único (ver opciones a continuación)”.

Opcionalmente las partes pueden introducir algunas o todas de las siguientes cláusulas particulares:

- *Las partes podrán pactar un plazo mayor o menor de 60 días para la mediación.*
- *Las partes podrán optar por un tribunal arbitral formado por tres árbitros.*
- *La sede del arbitraje será [..., ...].*
- *El idioma del arbitraje será el [...]*

A mi modo de ver, la redacción de esta cláusula escalonada no es del todo adecuada para incorporar a nuestra práctica los métodos híbridos *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*, tal y como son concebidos en los ámbitos en los que nacieron y son utilizados con mayor frecuencia. Las referencias por separado a la mediación y al arbitraje, haciendo hincapié en su desarrollo puntual conforme a la reglamentación institucional —bien en el momento del sometimiento al Centro de Mediación de la Cámara, bien o en el de la solicitud de arbitraje— puede contribuir a dar la impresión de que se trata de procedimientos separados, en los que intervendrán distintos especialistas para buscar un acercamiento entre las partes o, fracasado el mecanismo inicial, zanjar la controversia en sede arbitral. No queda claro si el paso previo por la mediación es obligatorio o facultativo y las consecuencias que de ahí se derivan para la eventual sumisión de la controversia al arbitraje. Desde una perspectiva estrictamente contractual, podría considerarse que el paso obligado por la mediación es condición previa para la habilitación del árbitro o tribunal arbitral. De ahí que, si tal condición no se cumple, el arbitraje no podría tener lugar. Por contra, desde una perspectiva jurisprudencial más vinculada a la institucionalidad y el principio “pro-arbitraje”⁴⁴, se sostiene que estaríamos ante un problema de admisibilidad de la demanda y que esa es una cuestión que el propio tribunal arbitral debe resolver antes de asumir competencia (*kompetenz-kompetenz*)⁴⁵.

b. Asociación Europea de Arbitraje (AEA).

La Asociación Europea de Arbitraje propone la siguiente cláusula escalonada, específicamente pensada, según la propia institución, para el sistema *Med-Arb*⁴⁶:

44 *Vid.* sentencia de 8 de octubre de 2021, *NWA and others v. NVF and others* [2021] EWHC 2666 (Comm), the Commercial Court (Calver J), <https://selbornechambers.co.uk/nwa-v-nvf-2021-ewhc-2666-comm-breach-of-an-adr-condition-precedent-to-arbitration-does-not-affect-an-arbitral-tribunals-jurisdiction/>

45 J.N. RINASCENTE VARGAS, “Incumplimiento de las cláusulas escalonadas: falta de jurisdicción o admisibilidad”, <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2023/01/BIAM-I-EDICION-Incumplimiento-de-las-clausulas-escalonadas.pdf>; visitado el 07.07.2023

46 *Vid.* <https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/clausula-arbitral/> visitado 08.07.2023

“Las eventuales controversias derivadas de la formación, interpretación, o ejecución, validez, existencia y terminación del presente acuerdo serán sometidas a mediación administrada por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos, Cemed, el cual realizará la labor encomendada a través de los mediadores a tal efecto designados, todo ello de conformidad con sus Estatutos y Normas Internas, a los que las partes se acogen. La información y documentación suministrada por las partes en el proceso de mediación será absolutamente confidencial, conforme a lo establecido en la Ley.

En caso de concluir la mediación sin acuerdo respecto de la(s) controversia(s) en cuestión o en caso de que ésta se prolongue más de 15 días, salvo acuerdo expreso y por escrito de las partes de prolongar dicha mediación la(s) controversia(s) no resuelta(s) será(n) resuelta(s) definitivamente mediante arbitraje [de Derecho / equidad], administrado por la Asociación Europea de Arbitraje, de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [un único / tres] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]...”.

Aunque la AEA presenta la cláusula antes referida como recomendada para el sistema *Med-Arb*, siguen sin aclararse determinados extremos de importancia funcional. En primer lugar, nada se prescribe respecto de si hay que considerar que las partes pactaron que las etapas previas han de ser de previo agotamiento obligatorio, de modo que no se podrá iniciar el arbitraje hasta que se haya agotado la vía de la conciliación.

En segundo término, tampoco se aclara si pueden simultanearse ambos mecanismos o prescindir de la mediación y acudir directamente al arbitraje. Esta última opción, en la práctica, resulta muy fácil de ejercitar: basta con que una de las partes rehúse llegar a cualquier acuerdo conciliatorio o que el propio mediador acabe por concluir que la mediación resulta imposible⁴⁷. Correctivos como la buena fe o la doctrina de los actos propios, por pertinentes que resulten en sede teórica, no siempre se cohonestan con la necesaria agilidad de los MASC/ADRS en el contexto de la resolución de controversias relativas a relaciones comerciales transfronterizas.

c. Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido

El Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos (CEDR) del Reino Unido propone una cláusula escalonada compleja, que va más allá del recurso sucesivo a la mediación y el arbitraje en el proceso de hibridación de MASC/ADRS⁴⁸:

‘If any dispute arises in connection with this agreement, a director [or other senior representatives of the parties with authority to settle the dispute] will, within 14 days (salvo que las partes acuerden otra cosa) of a written request from one party to the other, meet in a good faith effort to resolve the dispute.

If the dispute is not wholly resolved at that meeting, the parties agree to enter into mediation in good faith to settle such a dispute and will do so in accordance with the CEDR

47 Art. 22 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, *B.O.E.* núm. 162, de 7 de julio de 2012.

48 *Vid.* CEDR, “Model ADR Clauses for Commercial Contracts”, 2020 Edition, en <https://www.cedr.com>

Model Mediation Procedure. Unless otherwise agreed between the parties within 14 (salvo que las partes dispongan otra cosa) days of notice of the dispute, the mediator will be nominated by CEDR. To initiate the mediation a party must give notice in writing ('ADR Notice') to the other party[ies] to the dispute, referring the dispute to mediation. A copy of the referral should be sent to CEDR.

[If there is any point on the logistical arrangements of the mediation, other than the nomination of the mediator, upon which the parties cannot agree within 14 days (salvo que las partes dispongan otra cosa) from the date of the ADR Notice, where appropriate, in conjunction with the mediator, CEDR will be requested to decide that point for the parties having consulted with them.]

Unless otherwise agreed, the mediation will start not later than 28 days (salvo que las partes dispongan otra cosa) after the date of the ADR Notice.'

Como se acaba de exponer, la cláusula propuesta por el CEDR va más allá de la hibridación entre mediación y arbitraje, al incluir un estadio o fase previa, en el que las partes se comprometen a buscar una solución amistosa a sus diferencias, mediante la negociación o auto-composición. Esta llamada previa a la negociación de buena fe es reflejo de la tendencia a la “espiritualización del Derecho”, especialmente acusada en los negocios internacionales⁴⁹. El empleo de este tipo de cláusulas es muy frecuente en el sector de la construcción y, a cambio de esta especialización, incurre en una complejidad cuyo balance costes/beneficios resulta posiblemente muy deficitario desde la perspectiva general de hibridación los MASC/ADRS que aquí se considera.

d. *Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (Singapore International Arbitration Center, SIAC)*

El SIAC pasa por ser uno de los más decididos impulsores —cuando no, creadores— de la hibridación entre mediación y arbitraje. La cláusula propuesta por esta institución es un ejemplo del denominado “Protocolo AMA”, desarrollado por el instituto de Singapur⁵⁰:

“All disputes, controversies or differences (“Dispute”) arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration in Singapore in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”) for the time being in force. The parties further agree that following the commencement of arbitration, they will attempt in good faith to resolve the Dispute through mediation at the Singapore International Mediation Centre (“SIMC”), in accordance with the SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol for the time being in force. Any settlement reached in

49 *Vid.*, por ejemplo, las llamadas a la buena fe y la adopción de las “medidas que sean razonables” en los arts. 7, 8, 85 y 86 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta. (*B.O.E.* núm. 26, de 30 de enero de 1991).

50 *Vid.* <https://conventuslaw.com/report/singapore-med-arb-arb-med-and-the-arb-med-arb/> 29 de febrero de 2016, visitado 08.07.2023

the course of the mediation shall be referred to the arbitral tribunal appointed by SIAC and may be made a consent award on agreed terms”.

La cláusula está especialmente pensada para el mecanismo *Arb-Med-Arb* y presenta la ventaja de su sencillez, aunque, a mi juicio, las diferencias de construcción gramatical de las diferentes tradiciones y lenguas pueden dar lugar a confusión respecto del escaso protagonismo que parece concederse a la regulación del arbitraje. Lo parco de tales referencias tiene como motivo de explicación la referencia al arbitraje institucional del *SIAC*, donde se regulan cuestiones particulares, que suelen estar presentes en otras propuestas de cláusulas escalonadas, como el número de árbitros y mediadores, la sede del arbitraje, el idioma de procedimiento, etc.

e. *Modelo de cláusula escalonada propuesta por el Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD)*

El CIRD, división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (“AAA”), ha propuesto una cláusula escalonada que puede servir para instrumentar válidamente un mecanismo híbrido entre mediación y arbitraje, desde la perspectiva de las dificultades impuestas por nuestra Ley de Arbitraje⁵¹:

“En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de solucionar dicha controversia mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación Internacional. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional”.

La redacción de la cláusula, aparte de su elegante sencillez, posee la virtud de, con una simplicidad que resulta de agradecer, incluye el adverbio “primero”, como clara indicación del necesario respeto al escalonamiento de los mecanismos. Sencillez, que, lógicamente, hace que precise de las necesarias adaptaciones al caso concreto —eventual reducción de plazos, determinación de la sede del arbitraje, número de conciliadores y árbitros, idioma de procedimiento, etc.— que no desvirtúen en absoluto su balance favorable de cara a su utilización para hibridar arbitraje y mediación.

B. PRESCRIPCIONES Y CLÁUSULAS ESCALONADAS PROPUESTAS POR INSTITUCIONES INTERNACIONALES

Distintas instituciones protagonistas del tráfico comercial transfronterizo, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), la

51 *Vid.* <https://www.icdr.org>

Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC), o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI/WIPO) han incorporado en sus reglamentos y leyes modelos prescripciones relativas a las relaciones entre distintos MASC/ADRS y su hibridación.

a. *La hibridación entre arbitraje y mediación en el reglamento de la CNUDMI/UNCITRAL de 2021*

En su art. 12.1, el Reglamento de la CNUDMI 2021⁵² establece que:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no actuará como árbitro en la controversia que haya sido o sea objeto de la mediación ni en una controversia derivada del mismo contrato o relación jurídica o de un contrato o relación jurídica conexos.”

En el mismo sentido se pronuncia el art. 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018⁵³:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de mediación ni en otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos.”

Como es lógico, dada la inspiración de nuestra legislación de arbitraje y mediación en los textos internacionales, el precepto recuerda a las cautelas adoptadas por el art. 17.4 de la Ley de Arbitraje, respecto de los principios de neutralidad y confidencialidad y abre la posibilidad de la hibridación de MASC/ADRS sólo si las partes expresamente consienten en su uso combinado⁵⁴. La Ley Modelo establece así una regla supletoria que cede ante la autonomía de los interesados: el acuerdo entre las partes y el mediador puede dejar sin efecto cualquier limitación, incluso cuando la cuestión esté sujeta a normas establecidas en códigos de conducta. En cualquier caso, para mantener la confidencialidad, la institución recomienda a las partes que concluyan un acuerdo confidencial que prohíba la introducción en la fase arbitral de toda información revelada o desarrollada durante el proceso previo de conciliación. En el mismo sentido, como ya se ha señalado, según la Ley de Arbitraje de la República Popular China toda información confidencial revelada al *Med-Arb* se tiene que presentar igualmente a la otra parte⁵⁵.

b. *La hibridación entre mediación y arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC)*

Del mismo modo, la CCI contempla también el proceso de hibridación entre arbitraje y mediación en su Reglamento RCA (Resolución de Conflictos Amistosos): *«para las partes que*

52 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_rules.pdf

53 https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

54 L. LOZANO CORREA, *op. cit.*

55 *Vid supra*

deseen resolver sus conflictos o diferencias amistosamente con la ayuda de una tercera parte, la parte neutral en un marco institucional.»⁵⁶. El apartado. 3 del art. 7 RCA establece que «a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito, no actuará ni tendrá participación en una acción judicial, arbitraje o procedimiento similar relacionado con un conflicto una tercera parte neutral en caso de RCA, ni como juez, ni como árbitro, ni como experto ni como representante o asesor de una de las partes.»⁵⁷.

En definitiva, por un lado, los mecanismos de hibridación son vistos como oportunidades con interesantes ventajas a explorar por las partes; por otro, en determinadas sedes, el problema de mantener la imparcialidad en fase arbitral de quienes han actuado previamente como mediadores, sigue haciendo planear dudas acerca de la validez del proceso. Cabe señalar que los casos en los que la mediación no ha funcionado, pero en los que las partes han solicitado al mediador que continúe como árbitro, si «acuerdan que se siga el arbitraje, el mismo será más eficaz, si es eso lo que las partes conjuntamente han decidido que sea su Mejor Alternativa Para un Acuerdo de Negociación (*BATNA*, según las siglas en inglés).

c. Hibridación entre arbitraje y mediación en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Aunque muy especializada en el ámbito de la Propiedad Intelectual, la experiencia de la OMPI en el empleo hibridado de *MASC/ADRS* avala sus recomendaciones respecto del empleo de cláusulas escalonadas⁵⁸. En especial, los mecanismos de hibridación entre arbitraje y mediación ser particularmente efectivos en aquellas sedes en las que las actas de mediación son consideradas como simples acuerdos contractuales, cuya virtualidad puede estar sujeta a un futuro procedimiento judicial. Para evitar este problema, las partes pueden recurrir a un procedimiento híbrido como el *Med-Arb* o designar como árbitro a su mediador, con el objetivo de registrar el acuerdo de mediación en un laudo definitivo⁵⁹. En el mundo anglosajón ambos mecanismos son frecuentemente empleados cuando es preciso resolver ciertos aspectos controvertidos que han quedado sin solventar a través de la mediación. Las partes aceptan la mediación, pero solicitan un arbitraje si ésta no produce los resultados previstos respecto de la totalidad de las cuestiones sometidas a conciliación.

Según la OMPI ambas variantes tienen elementos favorables e inconvenientes, que tanto pueden inclinar la balanza en favor de una u otra cuanto hacer desaconsejable el uso de cualquiera de ellas. En el caso del sistema *MED-ARB*, las partes van a ser conscientes, desde el inicio

56 L. LOZANO CORREA, *op. cit.*

57 *Ibid. op. cit.*

58 *Vid.* CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA OMPI, “Métodos alternativos de solución de controversias (ADR) de la OMPI. Guía para las Oficinas de Propiedad Intelectual y tribunales judiciales”, OMPI 2022, consultado en <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo-pub-rn2022-15-es-wipo-alternative-dispute-resolution-options.pdf> visitado el 23.05.2023

59 V. GONZÁLEZ, “Métodos alternativos de solución de controversias de propiedad intelectual”, *Clark+Model*, 27 de junio de 2022, <https://www.clarkemodet.com/articulos/metodos-alternativos-de-solucion-de-controversias-de-propiedad-intelectual/>, consultado 25.05.2023

mismo del MASC/ADRS, de que su mediador será, de no concluir con éxito dicha fase, el árbitro que resolverá la disputa el estadio arbitral posterior. Ello puede redundar en que las partes tengan ciertas reservas a la hora de realizar confidencias y aportaciones en fase de conciliación, que podrían ir en contra de sus intereses en el momento en que el mediador devenga árbitro. En la segunda variante, los problemas se disipan si se disgrega de forma total la función de mediación en la fase arbitral, recayendo cada una de ellas en personas diferentes⁶⁰.

V. CONCLUSIONES

Los mecanismos alternativos de resolución de controversias híbridos o combinados, conocidos como *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*, permiten utilizar sinérgicamente las ventajas de arbitraje y mediación, consiguiendo un mejor resultado en la gestión de riesgos y solución de conflictos relativos a operaciones comerciales transfronterizas, presentando un balance superior al que arrojan ambos mecanismos por separado.

1. La presencia de una solución arbitral en los sistemas de hibridación *Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb* permiten estabilizar relaciones como las comerciales transfronterizas, estructuralmente aquejadas de un elevado grado de incertidumbre, y actuar tanto de forma preventiva cuanto patológica. La capacidad “estabilizadora” de las relaciones privadas transfronterizas que el arbitraje ofrece, con carácter previo al nacimiento del conflicto, supone una ventaja innegable respecto del empleo aislado de la mediación.
2. El recurso abierto a la mediación, como fase previa, intermedia o final, permite; por un lado, que la dinámica *win-win* redunde en la continuidad de las relaciones comerciales de las partes, en ocasiones comprometida por la concepción del arbitraje como un MASC/ADRS en el que hay un vencedor y un vencido. Por otro, capacita a los árbitros para huir de la tendencia a “*split the difference*”, mecanismo al que recurren, precisamente, con el objetivo de salvaguardar que los hoy litigantes puedan seguir manteniendo relaciones comerciales anteriormente satisfactorias.
3. En España, la regulación del arbitraje y la mediación en distintos cuerpos legales puede dificultar la implementación de estos mecanismos híbridos de resolución de controversias, dada la inicial prohibición del art. 17.4 de la Ley de Arbitraje: “4. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.*”. Este recurso abierto a la autonomía de voluntad como medio de evitar la mencionada prohibición, añade complejidad a la implementación de estos MASC/ADRS híbridos, lo cual encarece sus costes. La hibridación entre arbitraje y mediación —*Med-Arb*, *Arb-Med*, *Arb-Med-Arb*— exige una redacción extremadamente cuidadosa del instrumental en que se plasman los

60 C.M. GARCÍA-TRELLEZ FERNÁNDEZ, “Problemática y soluciones alternativas a la vía judicial en el ámbito de la propiedad intelectual”, *Revista de Mediación*, Vol. 14. Núm. 1, febrero 2021, consultado 25.05.2023 en <https://revistademediacion.com/articulos/problematy-y-soluciones-alternativas-a-la-via-judicial-en-el-ambito-de-la-propiedad-intelectual/index.html>

acuerdos y un conocimiento altamente especializado y sofisticado de los abogados y asesores jurídicos de las partes.

4. De las recomendaciones de las distintas organizaciones internacionales consultadas —CNUDMI/UNCITRAL, OMPI/WIPO, CCI/ICC— y del examen de las cláusulas modelos propuestas por instituciones arbitrales —Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio Industria y Servicios de Madrid, Asociación Europea de Arbitraje, Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, o el Centro Internacional de Resolución de Disputas—, pueden extraerse importantes cautelas.

En primer lugar, es preciso dejar clara constancia de la obligatoriedad y carácter sucesivo de las diferentes fases en las que se desenvuelve el MASC/ADRS híbrido. Con ello se ha de asegurar la concepción del MASC/ADRS elegido como un solo procedimiento multifásico y no como una superposición de mecanismos cuyo orden y observación es disponible para las partes.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la desconfianza que determinadas legislaciones plantean respecto de la cuestión de la posible pérdida de parcialidad del mediador que posteriormente actúa como árbitro, lo que puede dar lugar a prescripciones como el mencionado art. 17.4 de la Ley de Arbitraje española o el art. 13 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL. Uno y otro remiten a la vía de la autonomía de la voluntad como mecanismo de circunvalación de la mencionada objeción, de modo que las partes deben dejar plena constancia de que son conscientes, si es eso lo que desean, de su aquiescencia a que una misma persona, el llamado “*med-árbitro*”, intervenga con plenas facultades tanto en la fase de mediación cuanto en la arbitral. En caso contrario, si desean beneficiarse de las ventajas de los MASC/ADRS híbridos y no colisionar con la mencionada prohibición, tienen que tomar todas las medidas precisas para que las personas que intervengan como mediadores, no lo hagan posteriormente en calidad de árbitros que han de decidir la controversia.

5. A mi parecer, para que estos métodos híbridos puedan utilizarse de forma amplia y segura, sería recomendable dotarlos de una regulación internacional *ad hoc*, impulsada por instituciones como CNUDMI/UNCITRAL, CCI/ICC, etc., y de la elaboración de normativas propias del *soft law*, como protocolos y recomendaciones de las instituciones internacionales, regionales y nacionales de mediación y arbitraje que, en la medida de lo posible, actúen de forma coordinada. La recepción o inspiración posterior de las legislaciones nacionales en estas iniciativas han supuesto, por regla general, una notable mejora técnica de las normativas de cada Estado, al tiempo que han operado un aceptable grado de armonización internacional de soluciones. Nuestra ley de arbitraje de 2003 es buen ejemplo de ello, consiguiendo superar las carencias de anteriores textos, al seguir la estela de la Ley Modelo UNCITRAL.