

Tendencias recientes en la imposición del cumplimiento forzoso de las Cláusulas de Mediación y Arbitraje

Anibal Sabater¹
(Estados Unidos de América)

SUMARIO: I. El Problema. II. La Raíz del Problema. III. Algunas Propuestas.

¹ Anibal Sabater es miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de Fulbright & Jaworski L.L.P. Se encuentra admitido para el ejercicio de la abogacía en España, California, Inglaterra y Gales (solicitor). Su email es: asabater@fulbright.com. Las opiniones ofrecidas en este artículo son las del autor y no corresponden necesariamente con las del despacho de abogados al que pertenece.

I. EL PROBLEMA

Se conoce como cláusulas “med-arb” a aquéllas en que las partes acuerdan que, antes de iniciarse el procedimiento arbitral, se agote una fase de negociación o mediación.² Cuando existe una cláusula de este tipo, ¿qué sucede si se da comienzo al arbitraje sin haber intentado o agotado la fase de negociación o mediación? ¿Debe rechazarse la demanda de arbitraje? ¿Debe subsanarse el defecto? ¿O se trata de una cuestión irrelevante que no obstaculiza la tramitación del arbitraje?

Las respuestas que se pueden dar a este tipo de preguntas oscilan entre dos extremos. O bien se reconoce que se debe exigir el cumplimiento literal de las cláusulas med-arb, o bien se reconoce que la obligación de mediar impuesta en esas cláusulas es eludible. Si se opta por la primera interpretación, el texto de referencia es la Ley Modelo de la CNUDMI / UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional (“Ley Modelo”), cuyo artículo 13 dice así:

Quando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca un cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.³

² Un ejemplo de este tipo de acuerdos se encuentra en la siguiente cláusula modelo ofrecida por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (“CAMCA”):

Las partes están de acuerdo en esforzarse para dar solución a cualquier conflicto, controversia o reclamación que se derive o relacione con el presente contrato, que no puedan resolver mediante discusiones directas, a través de la mediación administrada por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial Para las Américas, bajo sus reglas, antes de acudir al arbitraje. En adelante, cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja o esté relacionado con este contrato, será solucionado mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial Para las Américas, de acuerdo con sus reglas, y la resolución dictada en el laudo por el árbitro, el cual podrá ser presentado en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo. El requisito de llevar a cabo una notificación de la demanda con respecto a la controversia, conflicto o reclamación sujeta a la mediación será suspendido hasta la conclusión del proceso de mediación.

³ Véase www.uncitral.org.

A su vez, si se opta por una posición “más flexible” se pueden tener en cuenta puntos de vista alternativos, como el reflejado en el párrafo 32 del laudo *L.E.S.I - Dipenta c. Argelia* (CIADI)⁴:

La idea es que sería contrario a las reglas de la buena fe que una de las partes en un contrato iniciara un proceso judicial o arbitral sin haber antes intentado la conciliación; dentro del espíritu del contrato, corresponde a las partes regular el modo en que se abordarán sus diferencias. La regla [que establece que el arbitraje será precedido de un período de conciliación] debe ser interpretada dentro de este contexto, que excluye que se haga de ella una lectura exageradamente formalista (traducción libre del original francés).

La finalidad de estas páginas es profundizar en esta cuestión y ofrecer algunas ideas sobre el tratamiento procesal que los árbitros deben dar al incumplimiento de aquellas cláusulas que exigen la mediación previa al arbitraje.

II. LA RAÍZ DEL PROBLEMA

Los motivos por los que las partes introducen en sus contratos un cláusula med-arb son bien conocidos: la mayoría actúan inducidas por la idea de que, antes de poner en marcha la maquinaria arbitral, es bueno intentar que la disputa se resuelva de forma rápida, ahorrando gastos, tiempo y preocupaciones a quienes están involucrados en ella⁵. Lo que, sin embargo, no se conoce ni se menciona tanto son los efectos (y, de algún modo, los desajustes) que se originan al yuxtaponer un pacto de mediación y un acuerdo de arbitraje.

El arbitraje es un mecanismo autónomo para la solución de conflictos. Esto quiere decir que, si una de las partes permanece en rebeldía o decide dejar de colaborar en el desarrollo del procedimiento, el arbitraje puede, a pesar de todo, tramitarse y concluir mediante un laudo válido y ejecutable. Sin embargo, en la mediación es imprescindible el concurso libre y voluntario de ambas partes durante todo el procedimiento. En esta medida, si

⁴ La referencia completa del caso es: Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. República de Argelia (Caso CIADI N° ARB/03/8). El laudo es de 10 de enero de 2005 y puede encontrarse en www.worldbank.org/icsid y www.investmentclaims.com.

⁵ Véase Klaus LIONNET, “Arbitration and Mediation – Alternatives or Opposites?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 4 N° 1 (1987), pp. 69-74.

la cláusula med-arb sólo contempla la celebración de la mediación como una *posibilidad* antes del arbitraje, las partes están a salvo de dificultades mayores. Pero si la cláusula *impone* la celebración de la mediación antes del arbitraje, las partes pueden encontrarse con que la actitud rebelde de una de ellas durante la mediación impide o dificulta la incoación posterior del arbitraje.⁶

Otra circunstancia que debe tenerse en cuenta al pactar una cláusula med-arb es el riesgo de que sea jurídicamente inexigible acudir a la mediación. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando la mediación acarrea la expiración de un plazo de caducidad o cuando es necesario adoptar medidas cautelares sin dilación. De ahí que incluso el artículo 13 de la Ley Modelo haya previsto que la obligación de celebrar una mediación previa al arbitraje desaparezca si eso es necesario *“para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan”*.⁷

Una dificultad más sutil que plantean las cláusulas med-arb es la coordinación estratégica entre la mediación y el arbitraje. En principio, la mediación debe ser confidencial y, si no lo es en virtud de la ley aplicable, las partes deben hacerla confidencial por contrato, de forma que lo que se diga en ella no se utilice a continuación para perjudicar al oponente en un arbitraje. Este carácter confidencial de la mediación impide que una parte alegue la existencia de actos propios o preclusión si, durante el arbitraje, la otra invoca argumentos o formula reclamaciones que no se corresponden exactamente con los que hizo valer en la mediación. Pero lo que la confidencialidad no impide es que las cláusulas med-arb acaben con buena parte

⁶ Precisamente para evitar este tipo de abusos, es aconsejable que cualquier acuerdo med-arb contenga un mecanismo de “expiración automática”, como el que propone la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en la siguiente cláusula modelo de ADR:

En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de resolución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, éstas se considerarán liberadas de cualquier obligación derivada de esta cláusula.

⁷ Cuando las partes acuerdan el modo de resolver sus controversias antes de que éstas efectivamente surjan, corren siempre el riesgo de no anticipar exactamente su tipo, contenido y contexto. Véase: *Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su Incorporación al Derecho Interno y Utilización 2002*, Observaciones sobre el Artículo 13, en www.uncitral.org.

del “efecto sorpresa” que a menudo existe en el arbitraje. Es decir: no impide que, después de haberlos escuchado durante la mediación, cada parte llegue al arbitraje conociendo o anticipando los argumentos que la otra va a utilizar. Esta situación no es en sí misma indeseable (de hecho, a menudo hace más sencilla la tramitación del procedimiento arbitral y mitiga la beligerancia entre los litigantes), pero debe ser tenida en cuenta por los contratantes que celebren un acuerdo med-arb, pues afecta de manera directa al modo en el que deberán preparar y presentar su caso.

En resumen: las cláusulas med-arb producen un singular impacto sobre las facultades y la posición procesal de las partes. Como regla, esto se traduce en una mayor facilidad y agilidad para zanjar las disputas; pero no siempre es así. Corresponde a los árbitros velar por que las cláusulas med-arb cumplan su auténtica finalidad (permitir la solución de controversias) y no se conviertan ni en un obstáculo para impartir justicia ni en un refugio para el litigante que, de mala fe, quiere impedir la incoación del arbitraje válidamente pactado.

III. ALGUNAS PROPUESTAS

La voluntad de las partes es la principal fuente reguladora del procedimiento arbitral y el tribunal debe respetarla siempre que sea identificable, cumpla con las disposiciones imperativas de la ley aplicable y resulte materialmente ejecutable. Por eso, los árbitros, dentro de las actividades que lleven a cabo para analizar su jurisdicción, deben verificar si se han cumplido los términos de la cláusula med-arb y, en particular, sancionar a la parte que no haya celebrado una mediación pactada como obligatoria;⁸ pero sancionarla ¿cómo? Aquí, en principio, caben dos alternativas: una consiste en suspender el procedimiento arbitral, remitir a las partes a la mediación y no reanudar el arbitraje salvo que se pruebe que la mediación ha concluido sin éxito

⁸ Lo que, como regla, no es admisible (salvo que concurren alguna de las causas legalmente previstas como la nulidad de la cláusula, cambio sobrevenido de circunstancias, fuerza mayor, etc.) es que el incumplimiento de la cláusula med-arb quede impune. Como cualquier otra obligación, la de someterse a una mediación produce efectos jurídicos y su cumplimiento debe ser exigido: véase Charles JARROSSON, “La sanction de non-respect d’une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation: Note – Cour de cassation (2e. Ch. civ.) 6 juillet 2000; Cour de Cassation (1re. Ch. civ.) 23 janvier et 6 février 2001”, *Revue de l’Arbitrage*, 2001 – No. 4, pp. 752 – 764.

(cumplimiento *in natura*)⁹; la otra consiste en imponer al demandante la correspondiente condena a pagar las costas que resarzan al demandado de los daños y perjuicios que *en su caso* haya podido sufrir por tener que soportar una reclamación temeraria susceptible de haberse mediado (cumplimiento sustitutorio)¹⁰. Entre estas dos alternativas, la regla general debe ser el cumplimiento *in natura*, entre otras razones, porque es lo que más se aproxima a lo pactado originariamente por las partes y porque, cuando la mediación se ha querido expresamente como una condición previa para el surgimiento de la jurisdicción arbitral, los árbitros no tienen autoridad para continuar sustanciando el procedimiento hasta que la mediación tenga lugar.

Ahora bien, en determinadas ocasiones la mediación prevista en la cláusula med-arb no llega a celebrarse por causas que no resultan imputables al demandante. En esos supuestos, la regla debería ser que los árbitros sigan tramitando el procedimiento arbitral sin imponer ni medidas de cumplimiento *in natura* ni de cumplimiento sustitutorio. Eso es lo que sucedería, por ejemplo, en los siguientes casos (el listado no pretende ser exhaustivo):

- ▶ cuando la mediación no se haya realizado porque el demandado no estaba posibilitado, dispuesto o disponible (v.g. por hallarse en paradero desconocido) para intervenir en ella¹¹;
- ▶ cuando la conducta de las partes demuestre de forma concluyente tuvo lugar una renuncia a celebrar la mediación;
- ▶ cuando, a pesar de los esfuerzos razonables efectuados por el demandante, haya sido imposible celebrar una mediación (a estos efectos,

⁹ Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos: véase *AMF Inc. v. Brunswick Corp.*, 1985 ED NY, 621 F. Supp. 456.

¹⁰ Es decir: para imponer el cumplimiento sustitutorio no basta con que el demandante haya prescindido de la mediación sino también que: (i) haya litigado de mala fe o temerariamente, (ii) haya ocasionado costas procesales al demandado, y (iii) existan, al menos, indicios cualificados de que una mediación habría evitado que se llegara al arbitraje. Obsérvese que los árbitros pueden igualmente imponer las costas al demandante por razones que no tengan nada que ver con el hecho de que éste haya prescindido de la mediación.

¹¹ En este caso, si los árbitros se negaran a tramitar el procedimiento arbitral hasta que se hubiera celebrado la mediación, habría un serio riesgo de que existiera denegación de justicia: la mediación sería imposible, los árbitros se negarían a actuar y la jurisdicción podría abstenerse del litigio al comprobar la existencia de un convenio arbitral.

es aconsejable que el demandante aporte algún acta o documento que acredite que sus intentos de celebrar la mediación han sido infructuosos); o

- ▶ cuando, si hubiera tenido lugar, la mediación hubiera privado a las partes de los derechos y facultades que el ordenamiento jurídico les concede (por ejemplo, por la necesidad antes apuntada de obtener medidas cautelares o de respetar un plazo de caducidad).

Además de los anteriores, existen otros casos en los que la celebración de una mediación “obligatoria” después de haber comenzado el arbitraje puede resultar contraproducente. Cuando así ocurra, lo lógico es reconocerle a los árbitros la facultad de optar entre medidas de cumplimiento sustitutorio y no imponer sanción alguna, según las circunstancias del procedimiento. Ambas soluciones serían dignas de considerarse en las siguientes situaciones (de nuevo, el listado no es exhaustivo):

- ▶ cuando el arbitraje se encuentre en una situación procesal tal que las partes no estarían en igualdad en el caso de que en ese momento se celebrase una mediación (por ejemplo, porque una de las partes ya hubiera presentado todos sus argumentos en el arbitraje y la otra aún no hubiera tenido la posibilidad de hacerlo; o porque el demandante hubiese obtenido medidas cautelares de las llamadas “anticipatorias” frente al demandado – por eso es crítico que los árbitros analicen su jurisdicción y el cumplimiento de la cláusula med-arb antes de que el arbitraje se encuentre irreversiblemente avanzado);
- ▶ cuando de las actuaciones arbitrales y de las manifestaciones de las partes resulte evidente que la mediación sería infructuosa y onerosa para las partes (por ejemplo, porque las posiciones se hallen tan enconadas que no exista una posibilidad de acuerdo)¹²;
- ▶ cuando el proceso arbitral se encuentre tan avanzado que la mediación o la conciliación haya perdido su razón de ser¹³; o

¹² En este caso, remitir a las partes a la mediación podría ser una forma retrasar o dificultar la obtención de una resolución que resuelva la disputa existente entre las partes.

¹³ Conviene insistir: el análisis sobre la necesidad de “darle una oportunidad” a la mediación debe realizarse, dentro de lo posible, con carácter previo dentro del proceso arbitral.

- ▶ cuando el demandante demuestre que ha interpuesto la demanda arbitral de buena fe, creyendo que las diferencias entre las partes eran inconciliables, y la parte demandada no aporte prueba de lo contrario.

En todo caso, tómesese la aproximación que se tome ante las cláusulas med-arb, parece necesario dotar a los árbitros de un cierto margen de flexibilidad. Ellos son los principales interesados en que los convenios arbitrales (y, por ende, las cláusulas med-arb) se cumplan. Pero también son ellos los principales interesados en evitar que el arbitraje quede aprisionado entre formalismos exagerados. Sobre este extremo, conviene recordar que el arbitraje recibió un espaldarazo muy significativo cuando se eliminó el sistema de cláusula compromisoria que, para el efectivo comienzo del procedimiento arbitral, exigía la celebración de dos convenios sucesivos: uno antes y otro después de que naciera la controversia. Bajo ese régimen jurídico, a la parte a la que, después de surgida la disputa, ya no le interesaba el arbitraje, le era muy sencillo acabar con él. La interpretación y la ejecución de las cláusulas med-arb en ningún caso debería llevar a un resultado semejante, en el que la voluntad obstativa de una de las partes y los impedimentos que esa parte ponga para someterse a mediación hagan imposibles el arbitraje. Más bien al contrario: la mediación es un mecanismo al que las partes pueden acudir siempre que lo deseen (incluso pendiente el arbitraje), pero al que difícilmente se puede someter a alguien contra su voluntad. Ésa es la razón por la que los árbitros deben valorar cuidadosamente en cada caso concreto hasta qué punto es conveniente “imponer” una mediación que, por los motivos que sean, las partes no han querido o no han podido celebrar.