

Recibido: 5 febrero 2018  
Aceptado: 19 marzo 2018

*Arbitraje*, vol. X, n° 3, 2017, pp. 799–847

## ***Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos***

M<sup>a</sup> Inmaculada RODRÍGUEZ ROBLERO \*

*“La justicia privada no compite con la justicia estatal; cada una tiene sus luces y sus sombras. (...) Y, aunque se trata de justicia privada, es primero y ante todo justicia”.*

*Sumario:* 1. Introducción. II. La adjudicación en materia de construcción. III. La cooperación procesal: Collaborative Law. IV. El defensor del pueblo: Ombudsman. V. La elaboración de normas mediante consenso: *Negotiated Rulemaking (Reg–Neg)*. VI. La evaluación neutral anticipada. VII. El experto neutral. VIII. La facilitación. IX. El juicio sumario con jurado. X. Las juntas de resolución de disputas: *Dispute Boards*. XI. El juzgamiento privado. XII. La MED–ARB. XIII. El mini–juicio: Mini–Trial. XIV. El peritaje. XV. La resolución de disputas en línea: Online Dispute Resolution. XVI. La transacción. XVII. A modo de conclusión. Bibliografía

*Resumen:* Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos

Existen “otros” métodos de prevención, resolución y solución de conflictos menos conocidos, unos propios del Common Law y otros provenientes del Derecho Continental, a parte de los que se podrían clasificar como tradicionales o más utilizados como son el arbitraje, la mediación, la conciliación o la negociación. En este artículo se expondrán las principales características de algunos de estos, aunque es importante aclarar que no se tratará de una enumeración exhaustiva de todos los métodos existentes.

*Palabras clave:* ADR– ADJUDICACIÓN EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN – COOPERACIÓN PROCESAL – DEFENSOR DEL PUEBLO – ELABORACIÓN DE NORMAS MEDIANTE CONSENSO, EVALUACIÓN NEUTRAL ANTICIPADA – FACILITACIÓN, JUICIO SUMARIO CON JURADOS – JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS – MED–ARB – JUZGAMIENTO PRIVADO – MINI JUICIO – PERITAJE – RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA – TRANSACCIÓN.

\* Universidad de Costa Rica.

<sup>1</sup> D. Cohen, *Arbitrage et société*, París, LGDJ, p. 327.

*Abstract: Some "other" methods of prevention, resolution and adequate solution of conflicts*

*There are "other" methods of prevention, resolution and settlement of conflicts besides arbitration, mediation and negotiation. Some of them belong to the Common law and others to the Continental law. This article will present the main characteristics of some of these, although it is important to clarify that it will not be an exhaustive list of all existing methods.*

*Keywords: ADR – CONSTRUCTION ADJUDICATION – COLLABORATIVE LAW – OMBUDSMAN – NEGOTIATED RULEMAKING – EARLY NEUTRAL EVALUATION – FACILITATION – SUMMARY JURY TRIAL – DISPUTE BOARDS – MED-ARB, PRIVATE JUDGING – MINI-TRIAL – EXPERT, ONLINE DISPUTE RESOLUTION – TRANSACTION.*

## I. Introducción

Los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos, o como se conocen en inglés *Alternative Dispute Resolution* (en adelante *ADR*), es un concepto que se empezó a gestar en EE UU a partir de los años sesenta, principalmente por las debilidades que presentaba el sistema de litigio tradicional, por la excesiva duración de los procesos judiciales, los elevados costes que conllevaba, así como la predisposición a una actitud belicosa entre las partes. Todo esto se podría resumir en una queja general de los ciudadanos por la ineficiencia del sistema judicial en su conjunto para resolver las cuestiones que los afectaban, generando además entre los usuarios un sentimiento de denegación de justicia<sup>2</sup>.

La afirmación anterior no implica que se hayan creado estos mecanismos hasta ese momento, sino que es hasta entonces cuando estudiosos de la materia, provenientes de diversas ciencias, como la jurídica o la antropológica, sistematizaron el concepto.

Actualmente se habla de Resolución "adecuada" de conflictos, en vez de utilizar la palabra "alternativa", por considerar que dicho término no siempre respondía a la técnica o al medio empleado; y, por tal motivo, en ciertos medios también se conoce como resolución amigable, adicional o asistida de conflictos<sup>3</sup>. Además, siempre se ha criticado el término alternativo, por implicar siempre la pregunta, ¿alternativo a qué? La respuesta lógica sería: a la justicia estatal tradicional (y en algunos casos dentro de esta se incluye al arbitraje), pero no se pretende que estos mecanismos sean realmente alternativos o sustitutorios de la justicia estatal, sino más bien su finalidad es brindar un instrumento más, o una posibilidad más al abanico de medios con las que cuentan los ciudadanos para resolver adecuadamente sus diferencias. Esto asimismo no supone que unos y otros puedan ser válidos en todos los casos o que por los mismos motivos sean excluyentes entre sí, sino que habrá

---

<sup>2</sup> F. Sander, "Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014, p. 2.

<sup>3</sup> D. Hollands, "Alternative Dispute Resolution in Construction", *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, p. 83.

que analizar cada caso en particular para ver cuál de las opciones válidas es la más adecuada para el asunto en cuestión.

Estas formas de resolver conflictos buscan una mayor satisfacción de las partes involucradas a través de procedimientos en general económicos, sencillos, accesibles, flexibles, que se adapten a sus necesidades y a los cuales sean capaces de hacer frente, tanto profesional como económica y temporalmente. Generalmente se asocian estos mecanismos a conflictos de carácter comercial o mercantil, pero es necesario aclarar que incluso, en determinados medios, tienen una mayor aplicación en temas relacionados con disputas entre vecinos, materia de familia, seguros, laboral, consumo, grupos étnicos, asuntos propios de la administración del Estado, en el ámbito escolar, de convivencia, de construcción, entre otros<sup>4</sup>. A través de estos medios alternativos a la jurisdicción, no serán las partes las únicas favorecidas, sino que presenta ventajas incluso para los abogados, al lograr que sus clientes estén más satisfechos con las soluciones alcanzadas; y al contar con más medios y más posibilidades para hacer frente a los conflictos que se puedan presentar; beneficiando también a la justicia estatal, al reducirse el volumen de procesos pendientes en los juzgados, fomentando la participación de la comunidad en la resolución de sus litigios y, por consiguiente, logrando mejorar la calidad y la eficacia de sus resoluciones. También las empresas o las instituciones involucradas logran un mayor reconocimiento social en cuanto al interés por las necesidades de sus *stakeholders* o grupos de interés, optimizando la prestación de sus servicios, sin verse atadas o atrasadas por largos procesos judiciales.

Estos mecanismos pueden clasificarse en dos, una vez que se ha desistido de negociar directamente entre las partes. La negociación es, por así decirlo, un primer escalón en el procedimiento, la cual le permite a las partes involucradas tener el control directo de los pasos a seguir y de la posible solución del problema que los embarga. Si las partes no pueden por ellas mismas alcanzar este resultado, es entonces cuando deberán acudir a un tercero, y el rol que se pretende que desempeñe éste hará que se opte por uno u otro tipo de mecanismos: heterocompositivos o autocompositivos<sup>5</sup>.

En primer lugar están los sistemas vinculantes o heterónomos, también llamados heterocompositivos, con un carácter decisorio, tales como el arbitraje o el arbitrio de un tercero. En éstos, el tercero será quien imponga la solución a las partes, pronunciándose y decidiendo sobre el conflicto que se le plantea. Estos suelen estar más regulados y contar con normativa específica. En segundo lugar están los sistemas no vinculantes o autónomos, también llamados autocompositivos, sin carácter decisorio, tales como la conciliación o la mediación, en los que el tercero interviene no como dirimente de la cuestión, sino como un intermediario o asesor. En ellos el tercero puede explorar los intereses de las partes intentado descubrir los verdaderos motivos del conflicto, pero

---

<sup>4</sup> J. Griffiths, S. Roberts, "Alternative Dispute Resolution: Contemporary Developments in Britain", *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>5</sup> F. Sander, "Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview", *loc. cit.*, p. 2.

son las mismas partes quienes deben llegar a una solución, con la gran ventaja que esto conlleva de ser aceptada mejor que una decisión impuesta desde fuera. Estos medios autocompositivos tienen un carácter únicamente contractual y se rigen por sus reglas específicas, aunque todos son mecanismos de pacificación social y deben considerarse independientes para el acceso a la justicia con fundamento en la libertad de los ciudadanos.

Es necesario recalcar que los mecanismos de solución y resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción no pueden ser vistos como la única vía para poner fin a las disputas, sino que deben considerarse, tal y como se adelantaba, como una herramienta más, que habrá de escogerse en función de las necesidades y de los objetivos de las partes en un asunto concreto, ya que no todas estas herramientas “valen para todo”, y habrá que analizar si sus características propias serán las adecuadas para poner fin o mitigar la desavenencia en cuestión, ya que de no ser así podría complicar, alargar y encarecer más el panorama en que se encuentran.

Con el fin de que se pueda escoger realmente el mecanismo más adecuado, en la esfera pública se ha intentado promocionar lo que se conoce en inglés como *Multi-door Courthouse*, o como se podría traducir en español: Casa de Puertas Múltiples o Centro de Múltiples Opciones. Estas instituciones se encargan de analizar las características específicas de las disputas que se le presentan, y refieren a las partes al procedimiento que más se adecue con ella, con el fin de alcanzar una resolución adecuada a sus necesidades<sup>6</sup>. Aunque cada uno será apropiado para un tipo determinado de circunstancias y requerimientos, en general, se puede afirmar que los métodos apropiados de prevención, solución y resolución de disputas (ADR) presentan ciertas ventajas con relación al proceso judicial, como son:

- la reducción del tiempo requerido para la solución de un conflicto y el respeto a posibles plazos contractuales;
- un abaratamiento de costes –en general–;
- un control o participación más activa y eficiente del procedimiento por parte de los interesados;
- el logro de soluciones más creativas y justas a las que se obtendrían por las vías tradicionales;
- soluciones que resultan a las partes más “fáciles” de implementar;
- una mayor confidencialidad en relación con el diferendo en cuestión y sus posibles efectos;
- una comunicación más fluida y directa desde el inicio entre las partes sobre los elementos esenciales de la disputa;
- el fomento de la continuidad en la relación comercial, contractual o social pre-existente entre las partes;
- por lo general se logra un sentimiento de satisfacción de todas las partes involucradas con relación al procedimiento y al resultado obtenido, o lo que

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 14.

se podría traducir en un *win-win* o como se llamaría en español: en una victoria para ambas partes;

– y, por último, aunque no menos importante, el poder contar con profesionales cualificados y especializados en la materia discutida para coadyuvar en la resolución de problemas complejos.

A pesar de todas estas ventajas, también se pueden mencionar algunas desventajas de estos instrumentos. Se ha criticado por ejemplo que no cuentan con instrumentos estructurados en materia de prueba y que por tanto, en determinados casos, se puede llegar a un acuerdo que no se adecue con la realidad. También se ha alegado como posibles desventajas de estos procedimientos, la falta de ejecutoriedad del acuerdo adoptado, al tener únicamente carácter contractual en algunos de ellos; el posible rompimiento de la confidencialidad de lo discutido en las conversaciones, si no se ha pactado expresamente lo contrario; o la incapacidad o falta de formación en esta materia del tercero seleccionado para ayudar a las partes a lograr una solución. Tampoco es realmente factible acceder a estos instrumentos si no se ha previsto previamente en el contrato que da origen a la relación que los vincula, o si una de las partes no quiere someterse al mismo<sup>7</sup>.

Luego de este breve preámbulo, en este capítulo se tratarán esos otros métodos de prevención, resolución y solución de conflictos menos conocidos, unos propios del *common law* y otros provenientes del Derecho continental, a parte de los que se podrían clasificar como tradicionales o más utilizados como son el arbitraje, la mediación, la conciliación o la negociación. A continuación se expondrán las principales características de algunos de esos "otros" métodos de prevención, solución y resolución de disputas, aunque es importante aclarar que no se tratará de una enumeración exhaustiva de todos los métodos existentes. Este es un terreno en el que la autonomía de la voluntad y el Derecho contractual juegan un papel decisivo, siendo un ámbito rico en innovaciones y cambios, lo cual se refleja también en que continuamente se están generando o creando una gran cantidad de combinaciones o híbridos entre estos instrumentos, así como también se originan nuevas formas, técnicas o procedimientos diferentes orientados a prevenir, resolver o solucionar un posible conflicto entre personas (físicas o jurídicas) al margen de la intervención estatal. En el ámbito privado, también es posible crear mecanismos perfectamente diseñados y adaptados –como un traje a medida– a las circunstancias propias de unas determinadas partes y de un conflicto concreto, que no tiene porqué ser trasladable a otros conflictos o partes que no sean integrantes de ese conflicto en específico.

Los diferentes mecanismos que se estudiarán en este capítulo se analizarán por orden alfabético, sin hacer ningún tipo de clasificación en cuanto a su importancia o a su posible impacto<sup>8</sup>. También es importante hacer notar

---

<sup>7</sup> P. Naughton, "Alternative Forms of Dispute Resolution: Strengths and Weaknesses", *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, pp. 57–59.

<sup>8</sup> Este capítulo se basa en el estudio realizado por J.A. Crook, *¿Qué es la Resolución Alternativa de Disputas (ADR)?*, ed. J.C. Betancourt, Londres, CI Arb, 2011.

que muchos de estos instrumentos son importados de realidades anglosajonas y, por tanto, generalmente son conocidos por sus nombres en inglés. Pero, en razón de la finalidad didáctica de esta publicación, así como por la intención que se tiene de su propagación en el mundo hispanoparlante, se ha optado por adaptar su nombre al español, procurando que éste se adecue a su concepto y a la función que desempeña.

## II. La adjudicación en materia de construcción

El vocablo adjudicación proviene del latín *adiudicatio*, lo que podría ser traducido como “pronunciar judicialmente”<sup>9</sup>. La adjudicación en materia de construcción, sin embargo, no tiene carácter judicial alguno. Se trata de un procedimiento en el cual un tercero, que puede o no ser abogado, se pronuncia sobre una cuestión<sup>10</sup>.

La adjudicación en materia de construcción pretende resolver el problema de flujo de efectivo y, también, el de la continuidad de pagos mediante un mecanismo decisorio mucho más expedito.

En 1994, *Michael Latham* elaboró un reporte titulado *Constructing the Team*, en el que se avocaba el uso de la adjudicación como forma de resolver disputas<sup>11</sup>; y antes de la entrada en vigor del *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, este sistema ya había sido incorporado en la industria de la construcción como forma de resolución de disputas<sup>12</sup>. Por ejemplo, en el Reino Unido, la decisión es vinculante salvo que las partes decidan acudir ante un tribunal judicial, un tribunal arbitral o, sencillamente, lleguen a un arreglo<sup>13</sup>. Hoy en día, este instrumento se utiliza tanto en los contratos de construcción como en los de reparación, remodelación y demolición de edificios. La mayoría de las personas físicas y jurídicas que operan en este mercado están sujetas a él<sup>14</sup>; de manera que, en este sector, las partes están obligadas a resolver sus disputas a través de este mecanismo.

Para aquellos que buscan una solución rápida, la norma exige que las partes incluyan una cláusula en el contrato que los vincula que regule el nombramiento del adjudicador; así como la remisión de la disputa dentro de los siete días contados a partir de la notificación de la adjudicación. De esta forma, el adjudicador deberá dictar su decisión dentro de los próximos 28 días contados a partir de la notificación, salvo que las partes dispongan otra cosa.

---

<sup>9</sup> J. Riches, *et al.* *Construction Adjudication*, Oxford, 2004, p. 7.

<sup>10</sup> M. Reynolds, *et al.*, *Construction Litigation Practice*, Welwyn Garden City, 2000, p. 57.

<sup>11</sup> P. Sheridan, *Construction and Engineering Arbitration*, Londres, 1999, p. 508; J. Redmond, *Adjudication in Construction Contracts*, Oxford, 2001, pp. 1–3; M.J. Stoppi, *Adjudication: A Practical Guide for the Caribbean*, Kingston, 2009, pp. 11–12.

<sup>12</sup> J. Murdoch, *et al.*, *Construction Contracts: Law and Management*, Oxford, 2008, pp. 361–362.

<sup>13</sup> E. Chan, *et al.*, “Construction Industry Adjudication: A Comparative Study of International Practice”, *J. Int'l Arb.*, 22, 2005, p. 364; K. Salmon, *Carta al Editor: J.C. Betancourt*, agosto, 2010.

<sup>14</sup> K. Gordon, *Adjudication in the Construction Industry*, Londres, 1998, p. 1.

Conforme a este procedimiento, las partes están obligadas solidariamente a pagar los honorarios del adjudicador<sup>15</sup> y la decisión que este tome deberá ser ejecutada de manera inmediata<sup>16</sup>. Normalmente, el problema surge no como consecuencia de si una de las partes ha quebrantado una determinada norma, sino que se trata más bien de una cuestión relacionada con la interpretación del contrato de construcción. Puede tratarse de un asunto que deba resolverse conforme a criterios de equidad, como también de un problema de legalidad<sup>17</sup>. En ocasiones las partes pretenden que se declare la existencia de un Derecho, pero generalmente se trata del pago de sumas de dinero o de la extensión de algún plazo. En este caso, el adjudicador es más que un experto independiente, y dentro de sus funciones está también el considerar toda la información que le haya sido suministrada por las partes y poner dicha información a disposición de cualquiera de ellas<sup>18</sup>.

A pesar de su carácter obligatorio en determinados países y contratos, se puede afirmar que la adjudicación es una forma muy efectiva de resolver cualquier clase de disputas en la industria de la construcción.

### III. La cooperación procesal: *Collaborative Law*

La cooperación procesal, o *Collaborative Law*, se originó en EE UU (Minneapolis) a raíz del descontento de un abogado especializado en asuntos de familia, *Stuart G. Webb*, con el proceso, en los años noventa<sup>19</sup>.

Este es un método de origen contractual<sup>20</sup>, focalizado en el cliente<sup>21</sup>, en la negociación de intereses<sup>22</sup> y en la obtención de un resultado creativo para solventar un conflicto, principalmente (aunque no de forma exclusiva) de carácter familiar, con el límite de la ética legal<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> S. Furst, *et al.*, *Keating on Building Contracts*, Londres, 2004, pp. 94–97.

<sup>16</sup> D. Doran, "Introduction", *Construction Disputes: Avoidance and Resolution*, ed. P. Campbell, Caithness, 1997, p. 6.

<sup>17</sup> J. Sykes, *Construction Claims*, Londres, 1999, p. 161.

<sup>18</sup> K. Salmon, *Carta al Editor: J.C. Betancourt*; J. Murdoch, John *et al.*, *Construction Contracts: Law and Management*, *op. cit.*, p. 362; R. Anderson, *Adjudication Under the NEC*, Londres, 2001, pp. 83–84.

<sup>19</sup> D. Hoffman y R. Pollak, "Collaborative Law Looks to Avoid Litigation", *Collaborative Law Practice. At the Cutting Edge of Alternative Dispute Resolution*, MCLE, 2005, p. 161.

<sup>20</sup> S. Peppet, "The Ethics of Collaborative Law", *J. Disp. Res.*, 2008, p. 131.

<sup>21</sup> F. Mosten, "Collaborative Law Practice: An Ubundled Approach to Informed Client Decision Making", *J. Disp. Res.*, 2008, pp. 16 ss.

<sup>22</sup> Los intereses son la causa de una decisión, su motivación. F. Mosten, *Collaborative Divorce*, USA, Jossey-bass, 2009, p. 12.

<sup>23</sup> C. Fairman, "A Proposed Model Rule for Collaborative Law", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 21, n° 1, 2005, p. 73; C. Fairman, "Ethics and Collaborative Lawyering: Why Put Old Hats on New Heads?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, n° 2, 2003, pp. 505 ss; P. Tesler, *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*, 2<sup>nd</sup> ed., American Bar Association, 2008, pp. 1 ss; R. Shields, "On Becoming a Collaborative Professional: From Paradigm Shifting to Transformative Learning Through Critical Reflection and Dialogue", *J. Disp. Res.*, 2008, p. 428.

Los abogados que aconsejen a las partes optar por este procedimiento deberán explicarles suficientemente su funcionamiento y sus objetivos, las técnicas que implica y los diferentes métodos para llevarlo a cabo. También deberán explicarles los demás métodos autocompositivos o heterocompositivos de resolución de disputas, junto con sus respectivas ventajas, desventajas y costes económicos, con el fin de que los interesados hagan su elección por este mecanismo de una forma informada y transparente<sup>24</sup>.

Para asegurarse que las partes han entendido realmente la finalidad y el funcionamiento de la técnica del *Collaborative Law*, los abogados deben solicitar a las partes la firma de un convenio de aceptación para participar en este procedimiento, llamado *Participation Agreement*. A través de éste, ambas partes y sus abogados se comprometen a intentar llegar, ellas mismas, a un acuerdo en torno al conflicto en el que se encuentran mediante un proceso de colaboración mutua y participativa, de trabajo en equipo, evitando acudir a los juzgados<sup>25</sup>. Dentro de sus cláusulas debe estar una cláusula de retracción, en caso de terminación de las negociaciones, conocida como *Disqualification Provision*. Esta cláusula es la que le brinda toda la fuerza al convenio, ya que si el procedimiento no funciona y las partes, en conjunto o cualquiera de ellas por separado, deciden acudir a la jurisdicción ordinaria, los abogados de las partes se verán liberados de sus obligaciones y no podrán seguir representándolas, por lo que éstas deberán contratar a un nuevo abogado para ir a un juicio<sup>26</sup>.

El *Participation Agreement* contiene también una cláusula de confidencialidad, por la que la información que se ha desvelado en el procedimiento no podrá ser tenida en cuenta en un juicio en caso de que el procedimiento actual falle; así como tampoco podrán ser llamados los mismos expertos o peritos que se hayan llamado. La única excepción a esta norma es la necesidad de dar a conocer dicha información en caso de ser indispensable para la ejecución del acuerdo que se haya alcanzado<sup>27</sup>. Además, los abogados de las partes se deberán comprometer en él a actuar con la dedicación y el compromiso necesarios en interés de su cliente, con la discreción propia de su encargo<sup>28</sup>. Este procedimiento se caracteriza por su flexibilidad, ya que se adapta plenamente a las preferencias y a las características de las partes<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> F. Mosten, "Collaborative Law Practice: An Ubundled Approach to Informed Client Decision Making", *loc. cit.*, p. 189; J. DiFonzo, "A Vision for Collaborative Practice: the Final Report of the Hofstra Collaborative Law Conference", *Hofstra L. Rev.*, vol. 38, 2009–2010, pp. 572 ss.

<sup>25</sup> C. Fairman, "A Proposed Model Rule for Collaborative Law", *loc. cit.*, 73 ss; F. Mosten, "Collaborative Law Practice: An Ubundled Approach to Informed Client Decision Making", *loc. cit.*, p. 174.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 80; J. DiFonzo, "A Vision for Collaborative Practice: the Final Report of the Hofstra Collaborative Law Conference", *loc. cit.*, pp. 575 ss; J. Lawrence, "Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, n° 2, 2002, p. 432.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 436.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 442.

<sup>29</sup> F. Mosten, "Collaborative Law Practice: An Ubundled Approach to Informed Client Decision Making", *loc. cit.*, p. 165.

Utiliza diversas técnicas, entre las que destaca la técnica de la "reunión en cuatro sentidos" o *Four-Way Conference*, en la que las partes se reúnen junto con sus abogados para identificar los intereses de cada una de ellas, y así poder intentar solucionar el conflicto y asegurar la transparencia del procedimiento, comprometiéndose a actuar de buena fe, con honestidad y lealtad, brindando al procedimiento todos los datos, documentos y/o demás elementos necesarios sin ocultar ninguno (*disclosure*), aunque no se hayan solicitado por la otra parte<sup>30</sup>. Los abogados de las partes deberán actuar de forma activa y creativa, animando a las partes a alcanzar ellas mismas una solución cualitativamente diferente en la mayoría de los casos a la que se obtendría en un procedimiento convencional<sup>31</sup>.

Como principales ventajas se alegan la rapidez en resolver el conflicto, la reducción de los costes y la consecución de una solución más justa que la que se obtendría en caso de acudir a un juzgado<sup>32</sup>. Otra ventaja fundamental es la reducción de la tensión que se genera en torno al conflicto, ya que las partes se han comprometido a no acudir a un juzgado y a intentar, por todos los medios posibles, alcanzar una solución conforme con los intereses reales de ambas, con la finalidad de salvaguardar la relación preexistente<sup>33</sup>. Como desventaja se puede enunciar el coste adicional que implica para las partes en caso de que alguna de ellas o ambas quieran acudir a un juicio, en cuanto a la necesidad de pagar los honorarios de su abogado y los del nuevo abogado, además del tiempo invertido en el proceso de cooperación<sup>34</sup>.

#### IV. El defensor del pueblo: *Ombudsman*

El término *Ombudsman*, traducido al español como Defensor del Pueblo, es de origen sueco y se deriva del vocablo *ombud*, esto quiere decir: representante. Se origina en 1713, cuando el Rey de Suecia nombró a una persona para investigar las quejas presentadas en contra de algunos de sus oficiales<sup>35</sup>. La Constitución de Suecia dispone que el *Ombudsman* debe actuar como el defensor del Parlamento y controlar la observancia de las leyes y los regla-

---

<sup>30</sup> F. Mosten, *Collaborative Divorce*, op. cit., p. 21; J. Lawrence, "Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution", loc. cit., p. 434; J. Lande, "Practical Insights from an Empirical Study of Cooperative Lawyers in Wisconsin", *J. Disp. Res.*, 2008, p. 204.

<sup>31</sup> C. Fairman, "A Proposed Model Rule for Collaborative Law", loc. cit., p. 79.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>33</sup> J. Lawrence, "Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution", loc. cit., p. 433; D. Hoffman, R. Pollak, "Collaborative Law Looks to Avoid Litigation", loc. cit., p. 162; K. Bryan, "Why Should Businesses Hire Settlement Counsel?", *J. Disp. Res.*, 2008, 196; O. Chrisman, G. Cox., P. Novotna, "Collaborative Practice Mediation: Are we Ready to Serve this Emerging Market?", *Pepperdine Dispute Resolution L. J.*, vol. 6:3, 2006, pp. 452 ss; W. Schwab, "Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice", *Pepperdine Dispute Resolution L. J.*, vol. 4, n° 3, 2004, pp. 355 ss.

<sup>34</sup> D. Hoffman, R. Pollak, "Collaborative Law Looks to Avoid Litigation", loc. cit., p. 162.

<sup>35</sup> I. Harden, "When Europeans Complain: The Work of the European Ombudsman", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 3, 2000–2001, p. 200.

mentos, así como su ejecución por quienes desempeñan funciones públicas<sup>36</sup>.

En los países industrializados, los *Ombudsmen* juegan un papel importante. Originalmente, su función era solamente la de resolver las disputas entre los ciudadanos y los entes públicos; mientras que ahora los *Ombudsmen* también existen en el sector privado<sup>37</sup>. Por ejemplo, en el Reino Unido, el primer *Ombudsman* se creó en 1981 y, en los años noventa, dicho sector se expandió a los servicios legales, inmobiliarios, de vivienda, banca, inversiones, e incluso, a los servicios funerarios<sup>38</sup>.

Dentro del sistema público, es un ente independiente que se encarga de supervisar a la administración. Gestiona quejas concretas que denotan alguna injusticia o un hecho de mala administración y para ello tiene la facultad de investigar, criticar o incluso puede hacer publicaciones haciendo evidentes los actos que considera erróneos. Puede resolver reclamaciones, gestionar conflictos y en general podrá hacer recomendaciones<sup>39</sup>.

Antes de acudir ante el *Ombudsman*, el reclamante debe, normalmente, presentar su reclamación ante el presunto agravante. El *Ombudsman*, por su parte, tiene un papel inquisitorio, pues hay casos en los que el reclamante no está en capacidad de proporcionar toda la información. Por su parte, el personal encargado por parte de la oficina del *Ombudsman* de la investigación es un personal formado y curtido en su actividad, el cual está al tanto de cuáles son las reclamaciones más frecuentes y de cuáles son los casos en los que la reclamación termina siendo declarada procedente o improcedente<sup>40</sup>.

En el siglo XXI, se ha visto una mayor expansión de este instrumento en el sector privado y se ha fortalecido también a través de diversos instrumentos legislativos<sup>41</sup>. Pero es evidente que el sector privado es distinto al sector público.

El *Ombudsman* privado resuelve reclamaciones presentadas por consumidores o pequeñas empresas hasta un cierto límite dinerario, aunque puede

---

<sup>36</sup> T. D'Alemberte, "The Ombudsman, A Grievance Man for Citizens", *University of Florida L. Rev.*, 18, 1966, p. 545.

<sup>37</sup> P. Quinn, "Why an Ombudsman?", *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 65, 1999, pp. 66–71.

<sup>38</sup> M. Seneviratne, "Ombudsmen 2000", (*Nottingham L. J.*, 9, 2000, p. 14; A. Samuel, "Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights", *J. Int'l Arb.*, 21, pp. 413–437.

<sup>39</sup> J. Palou Loverdos, "Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones", *Anuario de Justicia Alternativa*, n° 4, 2003, p. 260; J.A. Crook, *¿Qué es la Resolución Alternativa de Disputas ADR?*, op. cit., 23; A. Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution. A Developing World Perspective*, op. cit., p. 24.

<sup>40</sup> Vid. A. Samuel, *Consumer Complaints and Compensation: A Guide to the Financial Services Market, City and Financial*, Chapter 22, Londres, 2005; ; S. Gilad, *An Intra-Organisational Perspective on the Role of Consumer Complaint Handling in the UK Retail Investment Regulatory Regime*, PhD thesis (1981–2004), Oxford University, 2006.

<sup>41</sup> Vid. A. Samuel, "Consumer Financial Services in Britain: New Approaches to Dispute Resolution", *European Business Organization L. Rev.*, 3, 2002, pp. 649–694.

recomendar el pago de un monto superior. La decisión dictada por el *Ombudsman* obligaría al denunciado, en determinadas circunstancias, sólo si el reclamante está conforme y no a la inversa. En el sector público, al contrario, la decisión no tiene carácter vinculante alguno. El *Ombudsman* sólo puede hacer una recomendación, evidentemente no vinculante, pero si el denunciado decide ignorarla, deberá señalar cuáles son sus razones (siguiendo la máxima de *comply or explain*). Algunas de estas recomendaciones podrían ser, por ejemplo, el cambio de un sistema, una disculpa, o un pago compensatorio<sup>42</sup>.

Se caracteriza frente al proceso judicial por ser un procedimiento informal y gratuito, dejando abierta la opción para acudir posteriormente a un arbitraje o una negociación. Su fin primordial es igualar, en la medida de lo posible, la balanza entre las grandes empresas o instituciones públicas y los ciudadanos.

Tanto en el ámbito privado como en el público, su papel es ser un elemento independiente de la estructura administrativa, dependiente únicamente de su superior jerárquico, totalmente fuera de la organización general de la empresa o institución. Y dentro de sus funciones actuará como conciliador, mediador, investigador, pudiendo, como se adelantaba, hacer recomendaciones para solucionar conflictos en el lugar de trabajo. También es posible que investigue y solucione las quejas que se presenten en contra los empleados de una empresa<sup>43</sup>.

Generalmente, el *Ombudsman* está obligado a observar –pero no necesariamente a aplicar– las leyes, salvo en algunas excepciones, como por ejemplo es el caso del *UK Pensions Ombudsman* ante quien es posible interponer una apelación por cuestiones de Derecho.

En resumen, el papel que tiene el *Ombudsman* es reconciliador, fortaleciendo así la legitimidad del poder público o el de la empresa en la que desarrolla sus funciones. Su función no es la de proteger la reputación de una empresa o de una institución, sino que su función es asegurar que la conducta de todos los miembros de la organización sea honesta, legal y se ajuste a los criterios éticos que la rigen. Su ocupación no consiste en crear conflictos a raíz de sus investigaciones, pero tampoco es un individuo neutral, sino que puede tomar partido en caso de considerar que una de las posturas es la más justa. Su objetivo final será siempre la justicia y la integridad<sup>44</sup>.

## V. La elaboración de normas mediante consenso: *Negotiated Rulemaking (Reg–Neg)*

La elaboración de normas mediante consenso se podría clasificar dentro de los sistemas o instrumentos de prevención de conflictos. Se utiliza en la

<sup>42</sup> G. McClellan, "The Role of the Ombudsman", *University of Miami L. Rev.*, 23, 1969, p. 463.

<sup>43</sup> S. Roberts y M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision–Making*, *op. cit.*, pp. 346 ss.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 355.

esfera pública o propia del Derecho administrativo. Su práctica se comienza a gestar en EE UU en los años setenta, como reacción a la inadecuación del proceso de formación de normas, a la falta de legitimidad política de las medidas adoptadas y al tiempo excesivo que se requiere para promulgarlas<sup>45</sup>. Tras las recomendaciones emitidas por la *Administrative Conference* de EE UU (ACUS) en 1982 para crear comisiones conforme al *Federal Advisory Committee Act*, se dictó la *Negotiated Rulemaking Act* en 1990, instando a los entes estatales a su utilización<sup>46</sup>.

La negociación reguladora o la elaboración o formación de normas mediante consenso es un proceso mediante el cual los representantes de quienes se verán directamente afectados por la norma en cuestión, junto con los responsables de su preparación, negocian de buena fe y con la ayuda de un facilitador con el fin de emitir un informe consensuado sobre la norma propuesta<sup>47</sup>.

Este procedimiento busca facilitar la resolución de posibles disputas en torno a “intereses” y no en torno a derechos, como es el caso de la mediación o el arbitraje, por ejemplo. La resolución de conflictos en torno a “intereses” requiere que las mismas partes en conflicto trabajen juntas para elaborar las normas que se habrán de aplicar en el futuro conforme con ellos; y no simplemente la aplicación de normas pre-existentes ante una disputa ya surgida<sup>48</sup>.

La finalidad de este proceso es crear mejores pautas y con una aceptación general<sup>49</sup>, por lo que los miembros del comité procurarán realizar un informe razonable y responsable, con la intención de que realmente constituya en su momento una norma eficaz y eficiente. Tiene como objetivo darle la oportunidad de intervenir a los afectados en la elaboración de una norma que se presuma justa y equitativa<sup>50</sup>.

Los miembros de la comisión del *Negotiated Rulemaking* determinarán la información y los datos que requerirán para poder emitir una decisión fun-

---

<sup>45</sup> H. Perrit, Jr., “Negotiated Rulemaking in Practice”, *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 5, n° 3, 1986, p. 483; L. Susskind, G. McMahon, “The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 3, 1985–1986, p. 133.

<sup>46</sup> P. Harter, “Assessing the assessors: the actual performance of Negotiated Rulemaking”, *NYU Environmental L.J.*, vol. 9, 2000, p. 36; P. Harter, “Negotiating Regulations: A Cure for the Malaise?”, *EIA Review*, vol. 3, n° 1, 1982, pp. 75 ss; C. Coglianese, “Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, *Duke L.J.*, vol. 46, n° 6, 1997, pp. 1255 ss; J. Freeman y L. Langbein, “Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit”, *NYU Environmental L. J.*, vol. 9, 2000–2001, pp. 60 ss

<sup>47</sup> P. Harter, “Assessing the assessors: the actual performance of Negotiated Rulemaking”, *loc. cit.*, p. 33; S. Rose–Ackerman, “American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?”, *Harvard L. Rev.*, vol. 107, 1993–1994, p. 1282.

<sup>48</sup> H. Perrit Jr., “Administrative Alternative Dispute Resolution: The Development of Negotiated Rulemaking and other Processes”, *Administrative ADR Pepperdine L. Rev.*, vol. 14, 1986–1987, pp. 866 ss.

<sup>49</sup> P. Harter, “Assessing the assessors: the actual performance of Negotiated Rulemaking”, *loc. cit.*, p. 52.

<sup>50</sup> H. Perrit, Jr., “Negotiated Rulemaking in Practice”, *loc. cit.*, p. 482.

damentada. Ellos también desarrollarán dicha información, mediante grupos de trabajo especializados formados por expertos y por los individuos interesados. Juntos analizarán la información, examinarán los factores legales y políticos implicados en la regulación y llegarán a un consenso en la recomendación que emitirán y enviarán al ente responsable. Los miembros de la comisión se comprometen a brindar su apoyo al informe que se emita –por consenso– y el ente responsable de la normativa se compromete, por su parte, a utilizar dicho informe como el documento sobre el que se base su propuesta<sup>51</sup>.

Al estar representados todos los sectores con posibles intereses en la norma, se evitarán, o al menos se presupone que se reducirán considerablemente, las acciones judiciales en torno a la validez de la norma que finalmente se apruebe<sup>52</sup>.

El primer paso que seguirá una comisión para la elaboración de normas mediante primer consenso consiste en realizar la convocatoria correspondiente, identificando los intereses en juego y los posibles individuos u organismos que pueden representarlos. También en ese primer documento se deberán plantear los posibles problemas o cuestiones de interés que se presentarán en el proceso; así como invitar a participar al grupo de expertos técnicos en la materia<sup>53</sup>. Por último, la convocatoria deberá fundamentar si la creación de un comité es posible y eficaz para el caso concreto<sup>54</sup>.

Si el organismo responsable decide que sí es conveniente la creación de una comisión especializada para negociar, publicará un anuncio en los medios oportunos para que los interesados puedan solicitar participar y puedan presentar comentarios a la iniciativa<sup>55</sup>.

Una vez cumplido el respectivo plazo establecido en el anuncio, se conformará la comisión y la negociación comenzará.

Un representante del organismo responsable del proyecto formará parte de la comisión, el cual tendrá un papel activo, al igual que el de los demás miembros. El consenso entre todos los miembros de la comisión debe ser unánime, lo que implica que cada uno tiene un derecho de veto del informe si no está de acuerdo con él; y una vez que se tenga el informe, el organismo responsable publicará la propuesta.

El informe constituirá una recomendación, manteniendo el organismo estatal responsable la última palabra en cuanto a la aprobación del informe como se ha presentado, pudiendo también realizar las modificaciones que considere oportunas siempre que estén previamente fundamentadas. Aun-

---

<sup>51</sup> P. Harter, "Assessing the assessors...", *loc. cit.*, p. 33.

<sup>52</sup> L. Susskind, G. McMahon, "The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking", *loc. cit.*, pp. 136 ss.

<sup>53</sup> S. Rose–Ackerman, "American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?", *loc. cit.*, p. 1284.

<sup>54</sup> P. Harter, "Assessing the assessors: the actual performance of Negotiated Rulemaking", *loc. cit.*, p. 35.

<sup>55</sup> *Ibíd.*

que, al haber el organismo en cuestión participado también en el proceso de elaboración del informe, éste tendrá en realidad un valor mayor al de una mera recomendación<sup>56</sup>.

Se ha criticado este sistema de elaboración de normas porque se afirma que las reglas aprobadas en la realidad a través de este proceso de negociación no han ahorrado ni tiempo ni dinero en el pasado, así como tampoco han reducido el nivel de litigios en torno a su aprobación, generando además otro tipo de conflictos<sup>57</sup>. Además, se afirma que no se trata de un proceso extensible a toda norma que se pretenda aprobar, ni que sea factible darle la publicidad que se requiere para que todos los interesados participen, siendo la excesiva participación o la falta de una representación efectiva de los interesados, elementos negativos que minan el buen resultado del proceso<sup>58</sup>.

A pesar de las críticas que se han presentado, gracias a los avances informáticos y tecnológicos se ha optado por hacer uso de estos instrumentos en aras de hacer más fácil y más efectiva la participación ciudadana en la elaboración de las normas<sup>59</sup>; aunque, la necesidad de mantener el consenso durante todo el proceso de aprobación de las normas hace que en la práctica sea un procedimiento muy poco utilizado por su poca efectividad<sup>60</sup>.

## VI. La evaluación neutral anticipada

A comienzos de 1980, la Corte de Distrito del Norte de California, en EE UU, mostró preocupación frente a la actitud que adoptaban los abogados antes del juicio<sup>61</sup>. La Corte estaba convencida de que el mejor momento para ahorrar tiempo y dinero era el de la fase inicial del proceso, en donde una mayor disciplina, sentido común y mejor comunicación podría perfectamente limitar la dimensión de la disputa<sup>62</sup>. A partir de estos hechos, se desarrolla la técnica de la Evaluación Neutral Anticipada, también conocida como *ENE*.

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 34; H. Perrit, Jr., "Negotiated Rulemaking in Practice", *loc. cit.*, p. 486.

<sup>57</sup> P. Harter, "Assessing the assessors: the actual performance of Negotiated Rulemaking", *loc. cit.*, p. 32; C. Coglianese, "Citizen Participation in Rulemaking: past, present, and future", *Duke L. J.*, vol. 55, 2005–2006, pp. 943 ss; C. Coglianese, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *loc. cit.*, p. 1335; C. Coglianese, "Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: A Response to Philip Harter", *NYU Environmental L. J.*, vol. 9, 2000–2001, pp. 386 ss.

<sup>58</sup> H. Perrit, Jr., "Negotiated Rulemaking in Practice", *loc. cit.*, p. 486; S. Rose–Ackerman, "American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?", *loc. cit.*, p. 1283.

<sup>59</sup> C. Coglianese, "Citizen Participation in Rulemaking: past, present, and future", *loc. cit.*, p. 945.

<sup>60</sup> C. Coglianese, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *loc. cit.*, p. 1336.

<sup>61</sup> E. Plapinger, et al., *ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges and Lawyers* (Federal Judicial Center, 1996), 64; S. Roberts; M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision–Making*, 2<sup>nd</sup> ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 328.

<sup>62</sup> W. Brazil, et al., "Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution", *Judicature* 69, 1985–1986, 279; J. Paulsson, et al., *The Fresh fields Guide to Arbitration and ADR: Clauses in International Contracts*, La Haya, 1999, p. 111.

Este mecanismo puede ser definido como una temprana y detallada evaluación de la posición de las partes, así como de la cuantía del asunto en cuestión. Es un procedimiento que se podría clasificar como un pre-litigio o como un mecanismo previo a un juicio<sup>63</sup>. Esta evaluación es practicada por un abogado especialista en el área en cuestión (experto neutral), a quien se le denomina *evaluador*<sup>64</sup>.

La Evaluación Neutral Anticipada es totalmente confidencial y surge a partir del examen de una exposición oral y escrita por parte de los interesados. Luego de haber escuchado las partes qué podría suceder si el caso continúa, éstas adquieren una nueva perspectiva que incrementa las posibilidades de llegar a un arreglo<sup>65</sup>. Este procedimiento tiene como finalidad darle a los involucrados una perspectiva real de lo que sucedería en caso de seguir con el litigio, incrementando así las posibilidades de llegar a un convenio entre ellas. Como una de sus principales ventajas se afirma que si los abogados por algún motivo no quieren llegar a un acuerdo, los clientes o los representados podrán tomar la iniciativa y, en función del resultado que se les plantee, que puede ser el que se alcance en un proceso judicial o arbitral, ser ellos quienes intenten directa y activamente llegar a un arreglo.

El evaluador deberá ser un especialista en el área del conflicto, por lo cual catedráticos de Derecho o jueces jubilados son una muy buena opción para esta función, aunque también abogados litigantes con una experiencia reconocida en el sector pueden cumplir con esta función del evaluador neutral.

La ENE puede ser sugerida por un juez, un tercero imparcial o puede ser producto de la iniciativa de las partes como instrumento o parte de una negociación<sup>66</sup>. Por ejemplo, la Evaluación Neutral Anticipada tiene un gran potencial en materia de patentes de invención<sup>67</sup>. El procedimiento a seguir en este caso consiste en que en un primer momento las partes se reúnen en privado con el experto neutral para identificar cuáles son los elementos de la disputa, explorar cuáles son las posibilidades de llegar a un arreglo, y así poder evaluar cada una de sus posiciones<sup>68</sup>.

Los objetivos primarios de un procedimiento de este tipo son: (1) identificar los aspectos legales y probatorios del caso, (2) examinar, hasta donde sea

---

<sup>63</sup> O. De Witt Wijnen, "ADR: The Civil Law Approach", *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>64</sup> T. Treacy, "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *loc. cit.*, p. 60.

<sup>65</sup> D. Levine, "Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report", (*Judicature* 70, 1986-1987, 237; Practising Law Institute, Litigation and Administrative Practice Course Handbook Series (February, 2010), 160; J. Jenkins, et al., *International Construction Arbitration, I*, La Haya, 2006, pp. 62.

<sup>66</sup> E. Plapinger; D. Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A Sourcebook for Judges & Lawyers*, *op. cit.*, p. 64; A. Rau, et al., *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* Nueva York, 2006, pp. 534-535.

<sup>67</sup> K. Casey, "Alternative Dispute Resolution and Patent Law", *Federal Circuit Bar Journal*, 3, 1993, p. 11.

<sup>68</sup> E. Maycock, "Early Neutral Evaluation", *Utah Bar Journal*, 14, 2001, p. 36; E. Plapinger y D. Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A Sourcebook for Judges & Lawyers*, Washington: Federal Judicial Center, CPR Institute for Dispute Resolution, 1996, p. 64.

posible, el mérito del asunto controvertido y, de ser necesario, (3) elaborar un plan que les permita obtener información con respecto a qué sucedería si el asunto es llevado a juicio o a un arbitraje<sup>69</sup>. Durante este procedimiento, ambas partes deberán presentar sus argumentos y, después, dar contestación a las preguntas que les haga el evaluador. En el curso del procedimiento, las partes serán informadas acerca de cuáles son los razonamientos en los que se apoya el experto antes de presentar su evaluación<sup>70</sup>; y, en todo momento deberá haber una comunicación fluida entre el evaluador y las partes, guiando el procedimiento con sentido común, orientándolo a llegar a un acuerdo entre las partes y llevando a cabo un uso eficaz de los recursos. El evaluador, si está facultado por su mandato, podrá también mediar entre las partes para alcanzar dicho acuerdo. Cada una de las sesiones tiene una duración aproximada de dos horas. En estas sesiones el evaluador identifica los aspectos en los que las partes coinciden y, también, los aspectos más importantes de la disputa<sup>71</sup>. Al ser este un procedimiento confidencial, nadie, ni las partes ni el evaluador, podrán hacer uso de la información que se ha generado en este procedimiento si hubiera algún otro foro en el que se discuta el tema con posterioridad. El tercero neutral, con la información que ha obtenido deberá elaborar un informe escrito del asunto, el cual no será vinculante, sino que únicamente les dará a las partes una perspectiva real y rápida de lo que podría ser el resultado de un juicio o de un arbitraje. Con este documento las partes pueden intentar un acuerdo pero, si no fructifica, les dará una "guía" para el tratamiento del conflicto<sup>72</sup>.

Como principales ventajas de este procedimiento se pueden citar la confidencialidad, la informalidad del proceso, el ahorro sustancial de costes y la posibilidad que tienen ambas partes de alcanzar un acuerdo aceptable. Por el contrario, en caso de fallar, se alegan como desventajas que añade costes y tiempo al procedimiento y, por ende, retrasa la resolución de la disputa<sup>73</sup>.

## VII. El experto neutral

La experticia neutral es un procedimiento informal en el cual un tercero somete un asunto determinado a un nuevo examen que servirá de herramienta para la presentación de un informe<sup>74</sup>. La práctica de una investiga-

---

<sup>69</sup> W. Brazil, "Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver more Value?", (*Dispute Resolution Magazine* 14, 2007, p. 11.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.12.

<sup>71</sup> J. Rosenberg, *et al.*, "Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis", *Stanford L. Rev.*, 46, 1994, p. 1490.

<sup>72</sup> S. Roberts y M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, 328; E. Plapinger; D. Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A Sourcebook for Judges & Lawyers*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>73</sup> A. Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution. A Developing World Perspective*, Londres, Cavendish Publishing, 2004, p. 26.

<sup>74</sup> S. Doyle, *et al.*, *Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation*, Minneapolis, 1991, p. 11.

ción y la presentación de un informe con la opinión de un experto respecto a los hechos<sup>75</sup> podrían proporcionar una visión objetiva que ayudaría a alcanzar un arreglo, o quizá, suministrar una evaluación, definitiva o no, de ciertas cuestiones de hecho<sup>76</sup>. La experticia neutral parte del problema que surge cuando las partes se sirven de expertos o peritos que mantienen posiciones que son diametralmente opuestas. El experto neutral puede ser nombrado por el órgano jurisdiccional o por las partes. La idea de esta forma de resolver conflictos es reevaluar la evidencia técnica presentada y estimular que las partes analicen con sentido crítico la posición adoptada por sus expertos<sup>77</sup>. A diferencia de lo que ocurre con algunos otros mecanismos, la experticia neutral normalmente requiere que se haga un análisis que va más allá de aquello que podría hacer el común de las gentes. En muchos casos, la disputa se refiere a un asunto que sólo una persona con conocimientos técnicos podría entender. El experto neutral debe, pues, realizar un examen minucioso de los hechos y presentar una opinión objetiva. Dicha opinión, frecuentemente, es dada por un profesional más calificado que los expertos que fueron nombrados por las partes<sup>78</sup>. La opinión versa sobre los hechos y muy poco se dice acerca de los razonamientos. Su utilidad va a depender del reconocimiento que se haga de los hechos<sup>79</sup>.

La forma más común de seleccionar al experto es que cada parte haga una lista de potenciales expertos y que la otra parte tache a un cierto número de ellos para que luego sea el juez o el árbitro quien, finalmente, tome la decisión<sup>80</sup>. Después de la selección, las partes deben dar a conocer quiénes son las personas que tienen información acerca de la disputa, con el fin de que el experto tenga la posibilidad de reunirse con ellas. Se espera que las partes cooperen y que faciliten el acceso a la información y a la documentación relacionada con la disputa<sup>81</sup>. Normalmente, el experto permitirá que las partes y sus abogados hablen, hagan preguntas y expresen sus puntos de vista para demostrar la falta de consistencia del planteamiento presentado por la parte contraria<sup>82</sup>.

La experticia neutral es, quizá, más efectiva al momento de resolver problemas en materia de un contrato colectivo o de carácter científico, técnico, comercial o económico; y en los que la obtención de los medios de prueba es una tarea compleja, costosa y dilatada<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> K. Mackie, *et al.*, *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, Londres, 2000, p. 45.

<sup>76</sup> Ch. Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, La Haya, 1996, p. 312.

<sup>77</sup> A. Bevan, *Alternative Dispute Resolution: A Lawyer's Guide to Mediation and other Forms of Dispute Resolution* Londres, 1992, p. 17.

<sup>78</sup> E. Green, "Corporate Alternative Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1, 1985-1986, pp. 247-248.

<sup>79</sup> L. Randolph, *Third-Party Settlement of Disputes in Theory and Practice*, Leiden, 1973, p. 156.

<sup>80</sup> L. Hollaar, "Analysis & Perspective", *Expert Evidence Report* 4/24, 2004, p. 663.

<sup>81</sup> American Arbitration Association, "Fact-Finding: An Independent Third-Party Investigation", en <http://www.adr.org> (23 de agosto de 2010).

<sup>82</sup> J. Beardsley, "Proof of Fact in French Civil Procedure", *Am. J. Comp. L.*, vol. 34, 1986, p. 83.

<sup>83</sup> S. Doyle, *Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation*, *op. cit.*, p. 11.

Como un ejemplo de experto neutral, propio del Derecho italiano, mencionaremos el "arbitraje" económico. Su finalidad es evitar las situaciones de paralización del órgano de administración de las sociedades que, en casos extremos, pueden llevar a su disolución<sup>84</sup>. Es importante señalar que debe realizarse una interpretación restrictiva de esta figura, en cuanto a la excepcionalidad de los poderes atribuidos al arbitrador, ya que sustituye a los administradores en la decisión de una actividad relativa al gobierno de la sociedad. Se trata de un instituto relevante e innovador, rápido y poco costoso, principalmente en la esfera práctica, ya que en las sociedades de base personalista los conflictos de gestión son de muy difícil solución a través del principio mayoritario, al igual que en las pequeñas Sociedades de Responsabilidad Limitada, pudiendo ser causa, tal y como decíamos, de la disolución de la sociedad, con el consiguiente incremento de la litigiosidad ordinaria y arbitral.

Este mecanismo será posible únicamente en las Sociedades de personas o de Responsabilidad Limitada, a través de una cláusula en la escritura de constitución de la sociedad que regule que las eventuales controversias que surjan entre quienes tienen el poder de administración sobre la gestión social serán resueltas por uno o varios terceros. Ésta decisión será vinculante con base al compromiso de las partes de aceptar esta forma de resolver los conflictos de la gestión social y será efectiva por el mandato *ad hoc* que las partes le han dado al tercero.

Esta figura del Derecho italiano cuenta con una independencia funcional respecto a los otros medios para solucionar conflictos de forma heterónoma. Es evidente que no se trata de un arbitraje en el sentido estricto del concepto, ya que el tercero no entra a dirimir un conflicto surgido de una relación jurídica preexistente, sino que concurre con los administradores en la toma de una decisión sobre la gestión de la sociedad. El tercero se encarga de tomar una decisión concreta sobre la gestión de la sociedad, que los administradores no han podido o no han querido adoptar por no conseguir un acuerdo<sup>85</sup>.

El arbitrador actuará con base a criterios de conveniencia y, si está autorizado, conforme a su "mero arbitrio"; limitándose a optar por una o por la otra solución de gestión propuesta por los administradores.

## VIII. La facilitación

La facilitación es otro de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos que más se utilizan, aunque no se llame por su nombre. También

---

<sup>84</sup> V. Afferni, "Invalidità degli atti societari. Rimedi reali e risarcitori", *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, dir. V. Afferni y G. Visintini, Milán, Giuffrè, 2005, p. 150; F. Galgano, "Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie", *Bollettino economico. Quaderni di studi economici e giuridici*, n° 2, L'arbitrato nel nuovo diritto societario, Ancona: Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, Luglio 2003, p. 11.

<sup>85</sup> F. Mancinelli, "Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione", *Le Società: Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, coord. V. Salafia, N° 8, Anno XXIV, agosto 2005, p. 1048.

se conoce por su nombre en inglés *facilitation* o *group facilitation*. Es importante aclarar que la facilitación es un método ADR autónomo y no hay que confundirlo con la "mediación facilitativa o colaborativa", en la que el mediador cumple su misión clarificando y favoreciendo la comunicación entre las partes con el fin de ayudarles a decidir lo que van a hacer y cómo van a resolver el conflicto específico que les ocupa<sup>86</sup>.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, facilitar significa "hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin"; por lo que el facilitador será la persona neutral que se encargue de hacer que las personas involucradas en una controversia se centren en sus intereses y no en sus posiciones, y les ayude, mediante su experiencia y su liderazgo, a conseguir los objetivos o fines que persiguen<sup>87</sup>.

Este proceso es llevado a cabo por un tercero neutral y experto, que ayuda a un grupo de personas a poner en común sus opiniones e intereses y a trabajar mejor y de forma más efectiva con el objetivo de alcanzar unos objetivos comunes. Los facilitadores pueden ocuparse de pequeños grupos dentro de una organización, o de los representantes de varias organizaciones que pretenden trabajar juntos con el fin de llegar a algún acuerdo, como podría ser, por ejemplo, dentro o junto con un grupo de *stakeholders* o grupos de interés<sup>88</sup>.

En una fase inicial de trabajo, se presume que no hay ningún conflicto ya "cristalizado", por lo que se puede hablar que este no es un proceso de resolución de conflictos propiamente dicho, sino un proceso preventivo de conflictos<sup>89</sup>.

El facilitador podrá pertenecer o no a la organización en la que se pretende llevar a cabo la discusión. En todo caso, deberá ser aceptado por todos los miembros del grupo en el que pretende intervenir. Su función será la centrar a los participantes del proceso en los objetivos que pretenden alcanzar solamente, sin ninguna autoridad para tomar una decisión ni de contribuir a resolver el meollo de la cuestión. Su trabajo será, como su nombre lo indica, facilitar y mejorar la comunicación en el conjunto de personas, ayudándoles también a examinar y a resolver los puntos conflictivos, con el fin de que

---

<sup>86</sup> J. Stulberg, "Facilitative versus Evaluative Mediator orientations: piercing the "grid" Lock", *Florida State Univ. L. Rev.*, vol. 24, 1996–1997, p. 995; J. Lande, "Toward More Sophisticated Mediation Theory", *J. Disp. Res.*, 2, 2000, p. 323; J. Stempel, "The inevitability of the eclectic: liberating ADR from ideology", *J. Disp. Res.*, 2, 2000, 248; J. Fleischer, "One size does not fit all: differentiating ADR processes", *South Texas L. Rev.*, 49, 2007–2008, p. 1044.

<sup>87</sup> J. Fleisher y Z. Zumeta, "Group Facilitation. A way to address problems collaboratively, and avoid conflict", *Dispute Resolution Magazine*, 4, 1997–1998, 4; B. Spangler, "Facilitation", <<http://www.beyondintractability.org/essay/facilitation/>>, Julio 2003, p. 1.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 1; R. Birke, "Evaluation and Facilitation: Moving Past Either / Or", *J. Disp. Res.*, nº 2, 2000), 317; L. Susskind, B. Fuller, M. Ferenz, D. Fairman, "Multistakeholder Dialogue at the Global Scale", *International Negotiation*, 8, 2003, p. 235.

<sup>89</sup> J. Fleisher, Z. Zumeta, "Group Facilitation. A way to address problems collaboratively, and avoid conflict", *loc. cit.*, p. 4; J. Fleischer, "One size does not fit all: differentiating ADR processes", *loc. cit.*, p. 1040.

sean ellos mismos quienes tomen sus decisiones, logrando que así sean éstas más eficientes, creativas y productivas, además de que se alcance el consenso deseado<sup>90</sup>.

Para que una facilitación sea exitosa, es necesario que se den tres elementos: una información veraz, un consentimiento libre e informado y, por último, un compromiso individual para llevar a cabo lo que se acuerde.

Que la información sea veraz implica que todos los que estén involucrados en el proceso deberán proveer toda la información relevante y cierta; además de que todos sean capaces de entenderla así como sus implicaciones. A su vez, que el consentimiento sea libre e informado significa que los participantes tengan la posibilidad de definir los objetivos que buscan con el proceso y la forma de alcanzarlos. En este proceso, el facilitador deberá ayudar a las partes a definir estos objetivos, pero son las partes mismas quienes deben tomar libremente estas decisiones, ya que serán ellas, y así deberán ser consientes, las únicas responsables por ellas<sup>91</sup>.

Para que el proceso se lleve a cabo de la mejor forma posible, el facilitador deberá proponer al grupo que se determinen unas reglas generales de actuación para poder llevar a cabo las reuniones de la mejor forma posible. Estas normas se establecerán antes de iniciar el procedimiento, con el fin de que todas las partes involucradas sepan "las reglas del juego" y así estén enteradas de cómo han de conducirse durante las reuniones, tales como la agenda, los plazos, los horarios, los requisitos necesarios, etc. Estas normas deberán ser aceptadas por todos los miembros del grupo y se basarán en los principios de igualdad y justicia, para que ningún miembro monopolice las reuniones o cuente con privilegios especiales y procurando así que todos tengan igualdad de oportunidades<sup>92</sup>.

Por su parte, son características o habilidades de un buen facilitador la buena capacidad oral y analítica, la creatividad, una actitud positiva y el dinamismo<sup>93</sup>; así como el ser oportuno con las preguntas, ser capaz de estructurar tanto las preguntas como las respuestas dándoles un enfoque constructivo y positivo; así como deberá contar con la capacidad de reformular las preguntas o afirmaciones de los participantes; y deberá poder lidiar con los participantes conflictivos o inactivos, logrando que todos se sientan incluidos en el procedimiento<sup>94</sup>.

Una tarea muy importante también de los facilitadores es tomar nota y realizar las actas de las reuniones, con el fin de que los asistentes tengan constancia de lo que se ha hecho y se tenga un control o "memoria grupal"

---

<sup>90</sup> J. Fleisher y Z. Zumeta, "Group Facilitation. A way to address problems collaboratively, and avoid conflict", *loc. cit.*, p. 4; B. Spangles, "Facilitation", *loc. cit.*, p. 1.

<sup>91</sup> B. Spangler, "Facilitation", *loc. cit.*, p. 1.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>93</sup> L. Love y J. Stulberg, "Partnership and Facilitation. Mediators develop new skills for complex cases", *Dispute Resolution Magazine*, n°14, 2002-2003, p. 16.

<sup>94</sup> B. Spangler, "Facilitation", 2; J. Fleischer, "One size does not fit all: differentiating ADR processes", *loc. cit.*, p. 1044.

que ayude para formalizar el orden del día y las futuras sesiones. Con este fin también se recurre frecuentemente a grabaciones que permiten su reproducción posterior<sup>95</sup>. Es también labor de los facilitadores realizar un informe final, incluyendo los puntos alcanzados y la explicación del proceso<sup>96</sup>.

Como ventajas de la facilitación se puede citar la motivación de los miembros del grupo para acatar las decisiones que adopten, ya que ellos se sienten que han participado activamente en su formación. A través de este procedimiento se pueden acordar medidas más creativas e innovadoras y se pueden fomentar las habilidades de resolver conflictos, siendo más constructivos y disipando los malos entendidos. Quien se siente parte de un grupo también se verá más comprometido y se sentirá responsable por la ejecución de lo acordado, pensando en el grupo y dejando de lado actitudes individualistas y/o negativas<sup>97</sup>.

### IX. El juicio sumario con jurado

El juicio sumario con jurado fue desarrollado en 1980 en EE UU, por el Juez *Thomas Lambros*, del Circuito Norte de Ohio<sup>98</sup>. El Juez *Lambros* tuvo la idea de celebrar un juicio abreviado que sirviese de medio para predecir resultados, con el fin de darle a las partes la oportunidad de ser protagonistas de un procedimiento destinado a resolver el problema a través de obtener una evaluación objetiva del mismo<sup>99</sup>.

Este procedimiento se lleva a cabo en EE UU cuando un juez percibe que las partes están anuentes a llegar a un acuerdo que zanje sus disputas; y se fundamenta en la preparación de un caso para ser defendido ante un jurado. A su vez, un juez hace que la información recabada y la perspectiva que obtienen las partes del mismo y sus representantes sean mejores para poder llegar a un acuerdo<sup>100</sup>. La finalidad de este método es facilitar la solución del conflicto entre los litigantes, minimizando los gastos y el tiempo requeridos para ello, ya que normalmente tiene una duración de uno o dos días<sup>101</sup>.

Se trata de un procedimiento en el cual los abogados de las partes presentan un resumen de su caso, con la prueba y los testimonios también resumidos, ante un "jurado asesor", con el objetivo de estimular que los litigantes resuelvan su disputa luego de conocer cuál sería la decisión que tomaría un

<sup>95</sup> L. Love y J. Stulberg, "Partnership and Facilitation. Mediators develop new skills for complex cases", *loc. cit.*, pp. 15–16.

<sup>96</sup> J. Fleisher y Z. Zumeta, "Group Facilitation. A way to address problems collaboratively, and avoid conflict", *loc. cit.*, p. 5.

<sup>97</sup> B. Spangler, "Facilitation", *loc. cit.*, p. 3.

<sup>98</sup> Ch. Hatfield, "The Summary Jury Trial: Who will Speak for the Jurors?", *J. Disp. Res.*, 1991, p. 152.

<sup>99</sup> T. Lambros, "The Summary Jury Trial—Ending the Guessing Game: An Objective Means of Case Evaluation", *Ohio State J. Disp. Res.* 12, 1997, p. 621.

<sup>100</sup> S. Roberts; M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, pp. 326 ss

<sup>101</sup> T. Metzloff, 'Improving the Summary Jury Trial', *Judicature* 77, 1993–1994, p. 9.

jurado real<sup>102</sup>. El veredicto que se alcance no es vinculante; empero, el jurado no es informado al respecto, por lo que actuarán de la misma manera que lo haría un jurado en un caso ordinario<sup>103</sup>. El proceso es conducido por un juez, el cual una vez dictado el veredicto está capacitado para inquirir al jurado sobre los motivos de su decisión<sup>104</sup>.

El jurado es elegido de acuerdo con el sistema tradicional utilizado en un juicio verdadero, compuesto generalmente por seis miembros<sup>105</sup>, siendo su función obligatoria como la de cualquier otro jurado, de modo que el veredicto es tan auténtico como el que se obtendría en un juicio real<sup>106</sup>. Sin embargo, dado que el veredicto no tiene fuerza vinculante, y si las partes o una de ellas considera que dicho veredicto es manifiestamente contrario a la equidad, este no afecta, en modo alguno, el derecho que tienen las partes a someterse a un juicio<sup>107</sup>. Después de que el veredicto ha sido dictado, es necesario que las partes se reúnan brevemente para conversar al respecto y para fijar un horario relativo a las negociaciones destinadas a fomentar un arreglo. Las partes y sus abogados deben disponer de un plazo de al menos dos semanas para discutir la decisión pronunciada por el jurado<sup>108</sup>.

Este mecanismo recibió una gran acogida desde el momento de su introducción no sólo por parte de los abogados, sino también dentro del sistema de administración de justicia estadounidense. Después de la entrada en vigor del *Judicial Improvements Act* de 1990, por ejemplo, el Congreso de los EE UU autorizó que las cortes ordenaran el uso de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, incluyendo el juicio sumario con jurado, para intentar aminorar el problema de los costes procesales y del congestionamiento judicial<sup>109</sup>.

El juez *White*, antiguo miembro de la Corte Suprema de los EE UU, indicó que este procedimiento ha sido empleado exitosamente dentro del Sistema Federal estadounidense ayudando a que las partes resuelvan sus disputas sin ser sometidas a un juicio con un jurado real<sup>110</sup>, como por ejemplo con la finalidad de

---

<sup>102</sup> S. Roberts y M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>103</sup> Ch. Webber, "Mandatory Summary Jury Trial: Playing by the Rules?", *University of Chicago L. Rev.*, 56, 1989, pp. 1495-1496; A. Rau, *et al.*, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, 549; M. Partridge, *Alternative Dispute Resolution*, Oxford, 2009, pp. 37-38.

<sup>104</sup> E. Plapinger; D. Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A Sourcebook for Judges & Lawyers*, *op. cit.*, p. 68; L. Singer, *Setting Disputes*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>105</sup> A. Woodley, "Saving the Summary Jury Trial: A Proposal to Halt the Flow of Litigation and End the Uncertainty", *J. Disp. Res.*, 1995, p. 221.

<sup>106</sup> T. Lambros, *et al.*, "The Summary Jury Trial", *Cleveland State L. Rev.*, 29, 1980, p. 47.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 46; S. Roberts y M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, p. 324.

<sup>108</sup> T. Lambros *et al.*, "The Summary Jury Trial", *op. cit.*, 46; S. Roberts; M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>109</sup> J. Rowland, "Communication and Psychology Variables: Reasons to Reject the Summary Jury Trial as an Alternative Dispute Resolution Technique", *University of Kansas L. Rev.*, 39, 1991, p. 1072.

<sup>110</sup> B. Harges, "The Promise of the Mandatory Summary Jury Trial", *Temple L. Rev.*, 63, 1990, p. 800.

solucionar disputas entre grandes empresas o conflictos que involucran a muchas partes. Pero se ha criticado principalmente porque puede, en caso de no funcionar, generar más gastos al sistema judicial en lugar de reducirlos, al extender el procedimiento y al requerir de más personal para llevarlo a cabo<sup>111</sup>.

## X. Las juntas de resolución de disputas: *Dispute Boards*

Las juntas de resolución de disputas, o como son conocidas en inglés: *Dispute Boards*, son un mecanismo de prevención de conflictos *in situ* y en tiempo real que fue introducido por primera vez y con mucho éxito en EE UU en los años setenta<sup>112</sup>, en proyectos de construcción de autovías y túneles, en concreto en el proyecto del Túnel *Eisenhower*, en Colorado, en 1975<sup>113</sup>.

En él, las partes de un contrato de larga duración, como por ejemplo son los contratos de construcción, de ingeniería o del sector de las tecnologías de la información y de la comunicación; el empleador y el contratista de forma conjunta, refieren un proyecto a un *Dispute Board*, formado por uno o tres miembros de expertos, para que emita una recomendación o una decisión vinculante<sup>114</sup>, con el fin de ayudarles a resolver un posible desacuerdo entre ellas y previniendo que el mismo degenera en un conflicto, contribuyendo a que el proyecto llegue a término con éxito<sup>115</sup>.

Los miembros del *Dispute Board* deben ser individuos independientes y deben ser nombrados a través de un procedimiento que permita el consenso y la aceptación de todos los involucrados. El miembro principal de la junta deberá ser un experto ingeniero y con reconocida experiencia en la construcción, no un abogado<sup>116</sup>. Todos los miembros deberán tener un papel proactivo en la organización y en la conducción del asunto con el fin de alcanzar el resultado más efectivo, respondiendo a los deseos e intereses de las partes, ajustándose a sus demandas ya sea de un proceso más informal o formal de resolución de disputas<sup>117</sup>.

---

<sup>111</sup> A. Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution. A Developing World Perspective*, op. cit., 29; L. Singer, *Setting Disputes*, op. cit., p. 65.

<sup>112</sup> Ch. Koch, "Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules", *Construction Law International*, vol. I, n° 1, 2006, p. 15.

<sup>113</sup> T. Treacy, "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *Journal of Management in Engineering*, Enero-Febrero 1995, p. 61.

<sup>114</sup> Ch. Koch, "Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules", loc. cit., p. 14; D. Cairns y I. Madalena, "El Reglamento de la ICC relativo a los Dispute Boards", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, n° XXI, 2006, pp. 1 ss.

<sup>115</sup> N. Bunni, "Dispute Boards –dos and don'ts", *Construction Law International*, vol. I, n° 3, 2006, p. 10; C. Dorgan, "The ICC's New Dispute Board Rules", *The International Construction L. Rev.*, vol. 22, II Parte), p. 144; R. Thompson, M. Vorster, J. Groton, "Innovations to manage disputes: DRB and NEC", *Journal of Management in Engineering*, Septiembre-October, 2000, p. 52.

<sup>116</sup> N. Bunni, "Dispute Boards –dos and don'ts", loc. cit., p. 11; T. Treacy, "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", loc. cit., p. 61.

<sup>117</sup> N. Bunni, "Dispute Boards –dos and don'ts", loc. cit., p. 12; C. Dorgan, "The ICC's New Dispute Board Rules", loc. cit., p. 144.

Las juntas de resolución de disputas pueden tener un carácter permanente o ser conformadas *ad hoc*.

Quienes prefieren optar por un *Dispute Board* permanente en vez de uno *ad hoc* sostienen que contribuye más eficazmente a prevenir los conflictos que puedan surgir, permitiendo a sus miembros acumular la experiencia y los conocimientos necesarios a través de las vistas periódicas a la obra en cuestión, conocer el lugar de trabajo y a los trabajadores, así como conocer a los demás miembros del *Board*<sup>118</sup>. Si se optara por esta opción es recomendable establecerlo como parte del proyecto, en el contrato que da origen al mismo<sup>119</sup>.

A pesar de ser esta la forma más recomendada, esta opción se ha criticado alegando que resulta más caro que un *Dispute Board ad hoc*, que se constituiría una vez surgida la controversia o controversias y permitiría a las partes escoger a un experto o expertos en el conflicto específico en cuestión<sup>120</sup>.

Cuando se cuenta con un *Dispute Board* permanente, sus miembros deben reunirse de forma periódica para revisar los avances en el proyecto, para lo que deberán contar con la información actualizada sobre los cambios que se hagan en el contrato, los problemas o los posibles conflictos que surjan o hayan podido surgir. Estas reuniones no solapan las reuniones de análisis general del proyecto. En éstas, los respectivos coordinadores, por parte del dueño y del constructor, deben presentar, de forma conjunta e informal, los avances realizados desde la última reunión, analizando las mejoras, los posibles cambios o problemas, etc.; favoreciendo la comunicación entre ambos y creando una actitud proactiva y positiva de trabajo en equipo.

Si existiese algún problema grave, la presentación se hace con carácter más formal por cada una de las partes involucradas ante el *Board*. Después de una discusión informal, los miembros del *Board* se reúnen y emiten una decisión no vinculante<sup>121</sup>. Aunque esta opinión no es preceptiva, las partes suelen aceptarla, ya que proviene de un reconocido experto o grupo de expertos, aceptados por ambas partes, además de que en caso de querer acudir a un arbitraje o a un juicio, dicha decisión será admisible en la mayoría de los casos<sup>122</sup>.

El Banco Mundial, en 1995 emitió los *Standard Bidding Documents for the Procurement of Works (SBD-W)*, optando por la versión "americana" de

<sup>118</sup> N. Bunni, "Dispute Boards –dos and don'ts", *loc. cit.*, p. 11.

<sup>119</sup> T. Treacy, "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *loc. cit.*, p. 61; P. Chapman, "Disputes Boards on Major Infrastructure Projects", Bruselas, *DRBF Conference*, noviembre 2011, p. 2.

<sup>120</sup> C. Dorgan, "The ICC's New Dispute Board Rules", *loc. cit.*, p. 145; Ch. Seppala, "FIDIC's new standard forms of contract: claims, resolution of Disputes and the Dispute Adjudication Board", *International Business L.J.*, 1, 2001, p. 8.

<sup>121</sup> T. Treacy, "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *loc. cit.*, p. 62.

<sup>122</sup> C. Dorgan, "The ICC's New Dispute Board Rules", *loc. cit.*, p., 145; R. Smith, R. Rubin, "A new look at Dispute Resolution Boards (DRBs)", *AAA online Library*, p. 2.

los *Dispute Boards*, es decir, que su opinión no será vinculante; y, si alguna de las partes no quedara conforme, podría acudir a un arbitraje<sup>123</sup>.

En cambio, en 1996 la compilación del Suplemento al *Red Book* de 1992, de la *FIDIC (Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils) Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction, 4th edition*, reguló que un ingeniero especializado podría emitir una decisión vinculante para las partes (lo que se conoce como la versión "inglesa"), a menos que ambas partes o cualquiera de ellas expresamente solicite que solamente emita una opinión, con el fin de acudir a continuación a un arbitraje<sup>124</sup>.

Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) publicó las *Dispute Board Rules* en 2004, e hizo una clasificación inexistente hasta el momento. Define los *Dispute Boards*<sup>125</sup> y los clasifica en tres. El primero es el *Dispute Review Board*, en el que el resultado sería una recomendación no vinculante, no sometida ni al contrato ni a la Ley, únicamente a los intereses de las partes, emitiendo una decisión sin carácter de obligatoriedad para las partes, al igual que el modelo seguido por el Banco Mundial. El segundo modelo es el *Dispute Adjudication Board*, que sí cuenta con la posibilidad de emitir una decisión vinculante, como el previsto por las *FIDIC Conditions*. Y, por último, el *Combined Dispute Board*, que normalmente emite recomendaciones no vinculantes, pero si las partes se lo solicitan, está posibilitado para emitir una decisión vinculante<sup>126</sup>.

Se ha criticado la primera opción – *Dispute Review Boards* –, principalmente porque al carecer de la facultad de emitir una decisión vinculante retrasa la solución del conflicto y genera cierta inseguridad al tener las partes que esperar a que el asunto se resuelva definitivamente en un arbitraje o en un juicio. Por su parte, se ha criticado también a los *Dispute Adjudication Boards*, porque al ser aplicables las normas contractuales y legales, el resultado es obligatorio y además predecible, elementos no del todo aceptados en la práctica<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> R. Knutson, "ICC, ADR and DRBs—a DIY Solution to ICDs", *International Business Lawyer*, 119/2002, p. 120.

<sup>124</sup> C. Dorgan, "The ICC's New Dispute Board Rules", *loc. cit.*, p., 143.

<sup>125</sup> El Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, disponible en: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Dispute-Boards-Rules/ICC-Dispute-Board-Rules-in-several-languages/> en su preámbulo los define como: "órganos permanentes, compuestos por uno o tres miembros, que normalmente se establecen a comienzo de un contrato para ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudieran surgir posteriormente durante su ejecución. Por lo general, se utilizan en el ámbito de contratos a mediano o largo plazo. La asistencia prestada por el Dispute Board puede ser informal o puede adoptar forma de Recomendación o Decisión. La Decisión se debe cumplir sin demora una vez que es recibida por las partes, mientras que la Recomendación se deben cumplir sólo en el caso de que ninguna de las partes exprese su desacuerdo dentro de un plazo establecido".

<sup>126</sup> Ch. Koch, "Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules", *loc. cit.*, p. 14.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 15.

## XI. El juzgamiento privado

El juzgamiento privado fue desarrollado en 1976 por parte de dos abogados que decidieron hacer uso de una norma del Código Civil de California para resolver una compleja disputa de carácter mercantil<sup>128</sup>. La norma en cuestión se conoce jurídicamente como una "orden general de referencia" y dispone que, si las partes están de acuerdo, el juez podrá emitir una orden que les autoriza a nombrar a un tercero investido de potestad jurisdiccional y, por ende, de facultades decisorias (normalmente un juez retirado), para que sea él quien, luego de oír a las partes, dicte una decisión que puede ser recurrida en apelación<sup>129</sup>.

También conocido como "Arrendamiento de Jueces" (*rent a judge*), se trata de un procedimiento en el cual los litigantes evitan el sistema estatal tradicional (y sus potenciales costos) mediante el "alquiler" de un juez. La decisión es vinculante y tiene exa exactamente el mismo valor que las decisiones dictadas por los jueces del Estado. De allí que, como antes se dijo, sea posible interponer el recurso de apelación en contra de la misma<sup>130</sup>. Sin embargo, debido a que las partes están facultadas para seleccionar quién es el juez — comúnmente alguien que goza de experiencia reconocida en el área— no es habitual que la decisión sea recurrida<sup>131</sup>.

El juzgamiento privado ha sido catalogado como una eficiente alternativa frente al proceso judicial y, con frecuencia, permite que las partes ahorren tiempo y dinero<sup>132</sup>. Como ventajas de este procedimiento se pueden citar que el juicio puede tener lugar en cualquier tiempo y lugar, y las partes pueden celebrar sus audiencias en privado<sup>133</sup>. Por más censurable que pueda llegar a parecer este procedimiento, los jueces privados conducen estas audiencias con las mismas formalidades y con arreglo al procedimiento que, normalmente, debe aplicar el juez al que originalmente le correspondía conocer del asunto. Las reglas probatorias también deben ser aplicadas por el juez privado, así como también la jurisprudencia relacionada con casos iguales o semejantes<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> Vid. "Retired Judges Hired to Decide Lawsuits in Private", *New York Times*, 26 octubre, 1980, p. 25.

<sup>129</sup> Sh. Nagaraj, "The Marriage of Family Law and Private Judging in California", *Yale L.J.*, 116, 2007, p. 1615.

<sup>130</sup> D. Shapiro, "Private Judging in the State of New York: A Critical Introduction", *Columbia: Journal of Law and Social Problems* 23, 1990, p. 276.

<sup>131</sup> Vid. J. Longworth, "Private Judging: An Effective and Efficient Alternative to the Traditional Court System", *Valparaiso University L. Rev.*, 21, 1987, pp. 687–688.

<sup>132</sup> T. Vangel, "Private Judging in California: Ethical Concerns and Constitutional Considerations", *New England L. Rev.* 23, 1988–1989, p. 364.

<sup>133</sup> "The California Rent-a-Judge Experiment: Constitutional and Policy Considerations of Pay-As-You-Go Courts", *Harvard L. Rev.*, 94, 1981, p. 1598.

<sup>134</sup> S. Haynes, "Private Means to Public Ends: Implications of the Private Judging Phenomenon in California", *University of California: Davis L. Rev.*, 17, 1984, p. 620.

En algunos lugares, ambas partes deben renunciar al derecho a ser oídas por un jurado<sup>135</sup>. Sin embargo, tomando en cuenta que el juzgamiento privado es más utilizado en asuntos comerciales bastante complejos, aunque también se ha utilizado en asuntos de divorcio, no está claro hasta qué punto la ausencia de un jurado puede llegar a ser vista como una auténtica privación de derechos o desventaja frente al proceso judicial y no como otra ventaja<sup>136</sup>. No obstante este mecanismo de resolución alternativa de disputas es muy similar al sistema ofrecido por el Estado, el procedimiento es conducido fuera del dominio público, considerándolo como una ventaja para quienes desean resolver sus disputas de una forma confidencial<sup>137</sup>.

## XII. La MED-ARB

La Med-Arb es una variación de la mediación, aunque se podría considerar como un híbrido entre la mediación y el arbitraje. Se rige por el principio de que si no se llega a un acuerdo en una mediación, las partes podrán acudir ante un árbitro para que dirima definitivamente su controversia. Se puede considerar como un proceso que le brinda a las partes una instancia más para poder resolver sus conflictos<sup>138</sup>. No está del todo claro cuál es el momento preciso en el que se comienza a hacer uso de este mecanismo. Aunque sí se conoce que en 1911 una compañía norteamericana empleó un mediador que fue investido posteriormente de autoridad para dictar una decisión definitiva en un asunto laboral<sup>139</sup>. La idea de la Med-Arb nace a partir de que la mediación podría no resolver la totalidad de la disputa existente, caso en el cual el arbitraje se limitaría sólo a solucionar los aspectos que no fueron resueltos en ella, cuestión que terminaría por ahorrar tiempo y dinero. Si no se llegara a un arreglo, el mediador quedaría facultado para arbitrar la disputa<sup>140</sup>.

En un primer lugar, el mediador deberá intentar acercar las posturas contrapuestas con el fin de encontrar también los puntos coincidentes. Será un procedimiento informal, sin los requisitos procesales de un arbitraje o de un juicio, brindando a las partes la posibilidad de intervenir en todo momento, ya que son ellas las protagonistas de esta fase y no el tercero, que simplemente se encarga de "facilitar" o de ayudar a que las partes mismas lleguen a un acuerdo<sup>141</sup>. Si las partes logran llegar a un acuerdo en la fase de mediación

<sup>135</sup> A. Litkovitz, "The Advantages of Using a 'Rent-a-Judge' System in Ohio", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 10, 1995, p. 495.

<sup>136</sup> A. Kim, "Rent-a-Judges and the Cost of Selling Justice", *Duke L. J.* 44, 1994-1995, pp. 166-199.

<sup>137</sup> R. Perschbacher, *et al.*, "The End of Law", *Boston University L. Rev.*, 84, 2004, p. 31.

<sup>138</sup> L. Singer, *Setting Disputes*, p. 27; C. Menkel-Meadow *et al.*, *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nueva York, 2005, pp. 616-617; C. Menkel-Meadow *et al.*, *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Mode*, Nueva York, 2ª ed., 2010.

<sup>139</sup> B. Bartel, Barry, "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential", *Willamette L. Rev.*, 27, 1991, p. 669.

<sup>140</sup> P. Newman, *Alternative Dispute Resolution*, Welwyn Garden City, 1999, pp. 68-70.

<sup>141</sup> S. Roberts; M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, p. 297.

se ahorrarán tiempo y dinero, ya que puede ser que en un solo día se alcance un acuerdo satisfactorio para ambas. En cuanto a costes, al ser un procedimiento informal, pueden las partes acudir directamente sin abogados, ahorrándose gastos de representación además de todos los gastos que conlleva un arbitraje o un proceso judicial<sup>142</sup>.

Hay quienes señalan que este procedimiento se presta a que las partes no revelen toda la verdad durante la sesión de mediación; específicamente, información confidencial, por miedo a que la información que ha sido revelada de buena fe podría ser utilizada en su contra con posterioridad<sup>143</sup>. En respuesta a ello, se afirma que las partes saben muy bien que el mediador-árbitro goza de autoridad para dictar una decisión sólo si las partes deciden no resolver la disputa entre ellas. Esto debería servir de incentivo para que las partes hagan un esfuerzo por llegar a un arreglo, además de que en ningún caso podrá el ahora –posteriormente– árbitro hacer uso de la información que le fue suministrada en el proceso de mediación<sup>144</sup>.

Para superar estos obstáculos, algunos sugieren que sólo basta con convertir la Med-Arb en Arb-Med, ya que en ocasiones, el mismo árbitro se da cuenta que las partes pueden, con un poco de ayuda, ellas mismas llegar a un acuerdo que siempre será mejor que una solución que les venga impuesta desde fuera. Así, la forma más efectiva de resolver el problema de la imparcialidad del tercero es cambiar el orden de sus funciones de manera que, primero se dicte un laudo y, después, se le informe a las partes que ya el árbitro tomó su decisión y que, si ambas están de acuerdo, el árbitro cesaría en sus funciones como tal para entrar a mediar la disputa existente<sup>145</sup>. Suponiendo que ninguna de las partes desea ver el laudo, lo más seguro es que las partes lleguen a un arreglo<sup>146</sup>. Caso contrario, las partes serán notificadas de la decisión contenida en el laudo y estarán obligadas a cumplir con él<sup>147</sup>.

Otra forma de conducir la Med-Arb o la Arb-Med sería la de nombrar personas distintas para el desempeño de ambas funciones, de modo que el mediador y el árbitro sean personas diferentes; pues el problema se presenta cuando una sola persona ejercita las dos funciones<sup>148</sup>. Cuando las partes desean hacer uso de un mecanismo que combina la voluntariedad del procedimiento de la mediación con la finalidad del arbitraje, Med-Arb es, sin du-

---

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>143</sup> Y. Vorys, "The Best of Both Worlds: The Use of Med-Arb for Resolving Will Disputes", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 22, 2006–2007, p. 893.

<sup>144</sup> S. Kagel, *et al.*, "Using two new arbitration techniques", *Monthly Labor Review*, 95, 1972, p. 13.

<sup>145</sup> H. Oghigian, H. 'The Mediation/Arbitration Hybrid', *J. Int'l Arb.*, 20, 2003, p. 78.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> A. Fiadjoe, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*, Oxford, 2004, p. 30.

<sup>148</sup> A. Limbury, "Hybrid Dispute Resolution Processes—Getting the Best while Avoiding the Worst of Both Worlds?", <http://www.cedr.com>; J. Mazero, *et al.*, "The ADR Alternatives: Survey of Providers of Alternative Dispute Resolution Services", *Franchise L. J.*, 11, 1991–1992, p. 118.

da, el método más apropiado<sup>149</sup>. También existe la posibilidad de que un mismo conflicto se someta a ambos procedimientos para resolver cuestiones específicas, como, por ejemplo, podría ser someter a arbitraje la parte correspondiente a la responsabilidad y a mediación lo correspondiente a los daños y perjuicios ocasionados<sup>150</sup>. A pesar de esto, este procedimiento ha sido criticado porque se ha considerado que la mediación y el arbitraje son mecanismos muy diferentes en su razón de ser. En primer lugar, mientras que la mediación busca un acercamiento de las partes en conflicto, intentando alcanzar un acuerdo óptimo a través de la renuncia de lo que consideran de menor valor con el fin de alcanzar lo más valioso para ellas; un arbitraje tiene como finalidad resolver un conflicto de acuerdo a los términos del contrato que le dio origen.

También, el procedimiento que se sigue en uno y otro mecanismo es muy diferente, intentando la mediación el acercamiento de las partes durante todo el procedimiento, con el fin de que el resultado sea lo más adecuado a sus intereses; mientras que el arbitraje, por su parte, fomenta una confrontación de argumentos y pruebas a favor de uno u otro. Por ejemplo, un árbitro no puede tener reuniones privadas con cada una de las partes, mientras que el mediador debe, en determinadas circunstancias, necesariamente hacer uso de ellas con el fin de acercar las respectivas posiciones. De esta manera, se ha considerado que para un árbitro que anteriormente ha tenido la función de mediador le resultará muy difícil ser neutral cuando conoce los entresijos de la disputa que le está siendo sometida a decisión<sup>151</sup>.

Y, por último, también se ha alegado que sabiendo las partes que "su" mediador será luego "el" árbitro, hace que no cooperen como deberían durante el proceso de mediación, dificultando alcanzar un acuerdo en una fase previa al arbitraje<sup>152</sup>.

### XIII. El mini–juicio: *Mini–Trial*

Otro proceso especial para alcanzar acuerdos que se ha puesto en práctica principalmente en EE UU es el *Mini–Trial* o mini–juicio. Se ha utilizado para resolver conflictos entre consumidores, en materia de familia o laboral, aunque principalmente se orienta a solucionar conflictos complejos entre grandes empresas, como por ejemplo, entre sociedades filiales de un mismo grupo o en conflictos con respecto a la matriz, en temas relacionados con patentes, en materia de competencia desleal, etc.<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> Sh. Landry, "Med–Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model", *Defense Counsel Journal* 63, 1996, p. 269.

<sup>150</sup> L. Street, "The Language of ADR", *ADR, Arbitration, and Mediation...*, op. cit., p. 111.

<sup>151</sup> S. Roberts y M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision–Making*, op. cit., pp. 290 ss

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>153</sup> M.I. Rodríguez, *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, op. cit., pp. 116 ss; Ch. Jarros-son, *La notion d'arbitrage*, op. cit., p. 190; A. Castanedo Abey, "Mediación y conflicto comercial. El

Se afirma que el primer mini–juicio tuvo lugar en 1977 en EE UU. Su utilización se llevó a cabo a partir de una pretensión relacionada con la contravención de una patente. Durante el mini–juicio, las partes llegaron a un arreglo que se estructuró tomando en cuenta su futura relación comercial, algo que, difícilmente, podría ocurrir cuando se hace uso del proceso judicial<sup>154</sup>. Este es un procedimiento que no se ha regulado de forma sistemática, aunque existen normas como las de la Cámara de Comercio de Zúrich que cuenta con unas pautas específicas que regulan este procedimiento desde 1986, publicadas en el *Yearbook Commercial Arbitration of ICCA*<sup>155</sup>. Aunque la palabra *juicio* forma parte de su nombre, el mini–juicio no tiene por objeto enjuiciar a las partes, sino simplemente ayudarles a solucionar los aspectos más importantes de su disputa e intentar que un conflicto legal se transforme en una diferencia comercial o propia del negocio que los vincula<sup>156</sup>. De hecho, inicialmente este procedimiento se llamó “intercambio de información” (*Information Exchange*), pero luego su nombre cambió a *Mini–Trial*.

En realidad su nombre original era más adecuado, ya que este procedimiento consiste en un intercambio de información entre altos ejecutivos que no han estado involucrados directamente en el conflicto. Ellos han sido a su vez informados por sus abogados de los hechos que lo motivan y del resultado que pretenden conseguir<sup>157</sup>.

Para que el mini–juicio sea verdaderamente efectivo, es necesario que ambas partes conozcan cuáles serán sus medios de prueba, porque, de lo contrario, no tendría sentido celebrar una audiencia. Para determinar cuándo debe tener lugar el mini–juicio lo ideal es que se haya hecho previamente un análisis de los costos y de los potenciales beneficios que se podrían obtener a través de esta información adicional<sup>158</sup>.

El mini–juicio, pues, pretende identificar los aspectos centrales del conflicto, dejando a un lado las cuestiones meramente procesales. Luego de un breve lapso probatorio, en el que los abogados de las partes exponen sus pretensiones, se celebra una audiencia (por no más de dos o tres días) y se

---

ABC para el abogado y el empresario de hoy”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, 2006, p. 88; M. Velarde Aramayo y R. Sastre Ibarreche, “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ‘ADR’”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M. Velarde Aramayo Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2006, p. 18; R. Mullerat, “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los EE UU de Norteamérica”, *loc. cit.*, p. 58; L. Barr, “Whose Dispute is This Anyway?: The Propriety of the Mini–Trial in Promoting Corporate Dispute Resolution”, *Missouri J. Disp. Res.*, 1987, *loc. cit.*, p. 138; F. Sander, “Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview”, *loc. cit.*, p. 11.

<sup>154</sup> T. Trollip, *Alternative Dispute Resolution*, Durban, 1991, *op. cit.*, p. 62.

<sup>155</sup> P. Sanders, “ADR in Civil Law Countries”, *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>156</sup> E. Green, “Growth of the Mini–Trial”, *Litigation*, 9, 1982, p. 12; K.J. Mackie, “Alternative Dispute Resolution in Practice”, *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>157</sup> L. Singer, *Setting Diputes*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>158</sup> L. Barr, “Whose Dispute is This Anyway?: The Propriety of the Mini–Trial in Promoting Corporate Dispute Resolution”, *loc. cit.*, p. 139; M. Calvert, “Out with the Old, In with the New: The Mini–Trial is the New Wave in Resolving International Disputes”, *J. Disp. Res.*, 1991, p. 121.

abre un período de negociación por no más de quince días. Las partes deciden cuál es el procedimiento a seguir durante la audiencia inicial y deberán centrarse en los asuntos más importantes de la disputa definidos también en ella<sup>159</sup>. En todo el procedimiento, si las partes así lo han querido, se cuenta con el apoyo de un tercero neutral o consejero, que deberá, durante la fase "procesal", luego de la fase probatoria y la audiencia inicial, encontrar una solución de hecho o de Derecho aceptable por ellas. Pero son los representantes mismos los que deben tomar la decisión, siendo necesario que cuenten por tanto con los poderes necesarios para poder comprometer a su representada<sup>160</sup>. En una segunda etapa, si los representantes de las partes no han logrado llegar a una transacción, se le solicitará la opinión al tercero neutral, para que determine lo que él considera que diría un juez o un árbitro en caso de tener que resolver el conflicto. Los representantes, con base en ella, intentarán, otra vez, alcanzar un acuerdo, que tendrá la fuerza y el valor de un contrato<sup>161</sup>. En resumen, en el proceso simulado o mini–juicio, los consejeros de las partes en conflicto negocian entre ellos, sin presencia de sus abogados, intentando llegar a un acuerdo transaccional, sin defender su postura ante una autoridad que tome una decisión vinculante para ambos.

La ventaja que presenta esta forma de solucionar conflictos es que los negociadores son los representantes de la empresa (*Chief Executive Officers*–CEO), con un poder suficiente para tomar cualquier decisión que implique la puesta en práctica de lo que se acuerde, sin ser necesaria una posterior ratificación. A través de este procedimiento se transforma el litigio en una decisión empresarial y se conserva una relación comercial necesaria para su funcionamiento conjunto de cara al futuro. Además, al no ser los abogados los encargados de gestionar el conflicto, se da a éste una nueva perspectiva y se brindan alternativas para la solución de la controversia más creativas y realmente efectivas y acordes con los intereses de la empresa<sup>162</sup>.

El mini–juicio se distingue de otros procedimientos en que en él se permite que sean directamente las partes quienes evalúen los aspectos a favor y aquellos en contra de su caso, para posteriormente abrir una fase de negociación<sup>163</sup>. La presencia de las partes (altos ejecutivos) y el deseo de llegar a un arreglo es vital<sup>164</sup>. Así, el objeto del *mini–trial* es, por un lado, facilitar el

<sup>159</sup> R. Page *et al.*, "Roles of Participants in the Mini–Trial", *Public Contract L. J.*, 18, 1988–1989, p. 61; S. Roberts; M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision–Making*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>160</sup> J.A. Crook, *¿Qué es la Resolución Alternativa de Disputas (ADR)?*, *op. cit.*, 17.

<sup>161</sup> M. Genton y F. Vermeille, "Soft and Hard Dispute Resolution. Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets", *Rev. dr. aff. int.*, n° 2, 1998, pp. 131 ss; J. Davis *et al.*, "Mini–Trials: The Courtroom in the Boardroom", *Willamette L. Rev.*, 21, 1985, p. 532.

<sup>162</sup> L. Singer, *Setting Disputes*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>163</sup> A. Billings, "The Mini–Trial: Misunderstanding and Miscommunication may Short–Circuit its Effective Use in Settlements", *J. Disp. Res.*, 1990, p. 421.

<sup>164</sup> D. Henderson, "Avoiding Litigation with the Mini–Trial: The Corporate Bottom Line as Dispute Resolution Technique", *South Carolina L. Rev.*, 46, 1995, p. 242; S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 88; *id.*, "Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A e Italia",

alcance de una solución rápida y económica y, por el otro, promover el diálogo entre las partes con respecto a las fortalezas y las debilidades de cada una de sus posiciones<sup>165</sup>.

En definitiva, se trata de una forma de resolver una controversia a través de una mezcla de aspectos negociales de la conciliación, como que el resultado nunca es vinculante para las partes, con aspectos formales—contenciosos típicos del proceso civil y del arbitraje, tales como que es un tercero imparcial quien dirige el proceso, cuando las partes así lo han decidido<sup>166</sup>.

A modo de ejemplo, podemos mencionar como una variación de este procedimiento el *Court Mini-trial*, es decir, un *mini-trial* promovido dentro del sistema judicial. Esta variación del mini—juicio pretende principalmente resolver cuestiones muy complicadas de pleitos entre grandes empresas. Los altos directivos de las respectivas empresas serán sus representantes, siendo un proceso informal, sin ninguna regla específica en materia de prueba. En él se pretende que, con la ayuda de un juez o un tercero, se negocie un acuerdo. Y, en caso de no alcanzar el acuerdo esperado, podrán las partes continuar con la disputa en un juicio o en un arbitraje<sup>167</sup>.

#### XIV. El peritaje

El uso de expertos para solucionar disputas es tan antiguo como el Derecho. El rol tradicional de un perito es la práctica de una evaluación. Normalmente, un perito se encarga, por ejemplo, de estimar el valor de un inmueble, si una compraventa está o no consumada, el importe de una indemnización, el precio de las acciones de una sociedad, o el precio del trabajo realizado por un constructor<sup>168</sup>.

Un peritaje o cómo también se le conoce, la determinación por experto, es un procedimiento por el cual las partes deciden someter la resolución de un asunto controvertido a un especialista en determinada materia (abogado, ingeniero, contador, etc.), requerido por una autoridad o por las partes para dar su opinión o hacer un dictamen con base a sus conocimientos técnicos, sobre una cuestión de hecho<sup>169</sup>; sin embargo, nada obsta para que el experto resuelva también cuestiones de Derecho.

---

*Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998, p. 66; S. Roberts; M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>165</sup> B. Cheney, "Commercial Disputes: The mini—trial option", *Victoria University Wellington L. Rev.*, 19, 1989, p. 161; H. Edwards, "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?", *Harvard L. Rev.*, 99, 1986, p. 673.

<sup>166</sup> V. Pujadas Tortosa, "Los ADR en EE UU. Aspectos destacables de su regulación jurídica", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003, p. 109.

<sup>167</sup> E. Plapinger y D. Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A Sourcebook for Judges & Lawyers*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>168</sup> A. Redfern *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, 2004, p. 49.

<sup>169</sup> M. Schiaffino, *El perito y la prueba*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1988, pp. 73 ss; S. Barona Vilar, *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho*

Este mecanismo se utiliza, principalmente, para resolver disputas de carácter técnico<sup>170</sup>. Su utilización se justifica en aquellos casos en los que, por razones de eficiencia, se considera que lo mejor es resolver la disputa a partir del dictamen de un perito y no en una batalla jurídica protagonizada por jueces o árbitros<sup>171</sup>.

La intervención de este experto en la materia les dará a los contendientes la posibilidad de tomar una decisión informada sobre la manera de solucionar el conflicto, al entender de qué se trata el problema; ya que en muchos casos, este tipo de procedimientos tienen una duración muy larga por tratarse de materias muy complejas, ya sea técnicas o muy especializadas, que difícilmente pueden entender los representantes de una empresa, por ejemplo, o sus abogados.

El peritaje podrá ser judicial o contractual.

En el peritaje judicial, en cuanto requerido por un juez, tendrá carácter instrumental (no vinculante) y será utilizado como prueba al ser un entendedor reconocido en determinada materia. En cambio, en el segundo, las partes deberán acordar quién será el experto elegido y si quieren que su dictamen sea o no vinculante<sup>172</sup>.

Habrà peritaje cuando un tercero ha sido encargado de formular, tras una investigación previa, un dictamen, dentro de una relación de Derecho en la que existe un desacuerdo. Pero esta circunstancia de desacuerdo no es esencial, sino que habrá un peritaje siempre que las partes, al no estimarse capaces de determinar ellas mismas dicho elemento conflictivo por carecer de los conocimientos técnicos específicos requeridos, soliciten a un tercero experto su opinión sobre ese punto concreto<sup>173</sup>.

Los peritos deben ser imparciales y no deben tener interés alguno en el asunto controvertido. Además, deben actuar libres de todo prejuicio o preferencia alguna. Si el perito percibe que existe alguna razón que podría poner en entredicho su imparcialidad o su deber de actuar de forma desinteresada, deberá entonces manifestárselo a las partes<sup>174</sup>. Generalmente, el nombra-

---

*Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 87; J.A. Crook, *¿Qué es la resolución alternativa de disputas (ADR)?*, ed. J.C. Betancourt, Londres: CIArb, 2011, pp. 9 y 21; D. Jones, "Expert Determination in Commercial Contracts", *The Expert in Litigation and Arbitration*, dir. M. Cato, Londres, 1999, p. 789.

<sup>170</sup> I. Wright et al., "Alternative Dispute Resolution' Ramsey", *Construction Law Handbook*, dir. V. Vivian et al., Londres, 2009, p. 905; M. McHugh, "Expert Determination", *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 74, 2008, pp. 148–162.

<sup>171</sup> *Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How to Settle International Business Disputes*, Geneva, 2001, p. 45.

<sup>172</sup> A. Góngora Oliver, "The role and use of experts in international commercial arbitration. A comparative analysis in the light of common law and civil law traditions", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XVI, 2004, p. 780; G. Alpa, "Arbitrato e figure affini", *loc. cit.*, p. 76; M. Schiaffino, *El perito y la prueba*, *op. cit.*, pp. 78 y 119; L. Singer, *Setting Disputes*, 2ª ed., Colorado, Westview Press, 1994, pp. 66 ss

<sup>173</sup> E. Tyan, *Le droit de l'arbitrage*, Libano, Editions Librairies Antoine, 1972, p. 15.

<sup>174</sup> The Academy of Experts, *Rules for Expert Determination*, Part I, Rule 5.3, Londres, 2008.

miento de un perito está en manos de las partes. De modo que de ellas depende asegurar que el experto que ha sido nombrado goza de las credenciales necesarias para resolver la disputa. Desde el punto de vista jurídico, se trata de un contrato de servicios entre las partes y el experto. En dicho contrato, las partes deberán indicar cuál es la función del experto, cuestión que va a depender de lo que previamente haya sido acordado por ellas al momento de concretar cuál sería el rol de aquél<sup>175</sup>. El perito puede hacer uso de cualquier documento que le haya sido dado para resolver la disputa, pues las reglas relacionadas con la admisibilidad de los medios de prueba y cuestiones similares no son en modo alguno aplicables<sup>176</sup>. Por lo tanto, se puede afirmar que el perito deberá cumplir su misión en conciencia, con objetividad e imparcialidad, pero en realidad es un mandatario, sin que pueda traspasar los límites del mandato.

Un ejemplo particular de peritaje, propio del Derecho alemán, es el perito-árbitro o arbitraje pericial (*Schiedsgutachten*). Es una especie de arbitrio de un tercero que se opone al arbitraje jurisdiccional (*Schiedsgerichtsbarkeit*) y constituye un instituto intermedio entre el Derecho material y el Derecho procesal. El árbitro debe dirimir un litigio entre las partes, mientras que el perito-árbitro, también llamado por la doctrina alemana arbitrador, debe completar un negocio<sup>177</sup>. Se regula principalmente en el Código Civil alemán (*BGB*), partiendo de que la determinación de una prestación ha sido confiada a uno o varios terceros<sup>178</sup>.

Al igual que el arbitraje, se fundamenta en un acuerdo entre las partes en disputa, las cuales otorgan al tercero la facultad de eliminar una situación conflictiva; pero esta decisión será vinculante únicamente para ellas y para el juez que eventualmente sea llamado a conocer de un litigio posterior que tenga como causa dicha controversia. Como su nombre lo indica, es un híbrido entre el peritaje y el arbitraje, con funciones que pertenecen tanto a estos dos institutos como a la integración de una relación jurídica por un tercero<sup>179</sup>.

Las funciones que realizará el perito-árbitro se pueden clasificar en tres. En primer lugar, la función pericial, por la que se podrá encargar de la cons-

---

<sup>175</sup> J. Kendall, "Expert Determination: A European and American Survey", *International Business Lawyer*, 22, 1994, p. 459.

<sup>176</sup> T. Cooper, "Expert Determination in Rent Review Disputes", *The Expert in Litigation and Arbitration*, dir. M. Cato, Londres, 1999, p. 831.

<sup>177</sup> W. Habscheid, *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1956, p. 789.

<sup>178</sup> El art. 317 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) regula la determinación de una prestación por un tercero y dice: 1) Cuando la determinación de una prestación ha sido dejada a cargo de un tercero, en caso de duda se entenderá que la determinación será hecha de acuerdo a una razonable discrecionalidad del tercero. 2) Si la determinación debe hacerse por más de un tercero, en caso de duda será necesario el acuerdo de todos ellos; si hay que determinar una suma de dinero y han sido especificadas varias, en caso de duda se hará un promedio de todas ellas.

<sup>179</sup> J. Sicard, *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, París, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1970, p. 133.

tatación de cualquier elemento de una relación jurídica. En segundo lugar, la declaración de un derecho, por lo que podrá determinar el contenido de un contrato, es decir, la relación jurídica ya existe pero las partes no están de acuerdo sobre alguno de los derechos u obligaciones que de ella se derivan. Y por último, también podrá encargarse de completar un negocio jurídico, como por ejemplo, determinar el precio en una venta de acciones. Ejemplos de estas tres funciones del arbitraje pericial son en primer lugar, cuando las partes de un contrato de compraventa acuden a un tercero para determinar el precio que ha de ser pagado; en segundo lugar, para valorar una participación como aportación al capital de una sociedad; y por último, cuando se acude a resolver un conflicto en el que es indispensable el conocimiento técnico de la materia en discusión, como podría ser la valoración de daños y perjuicios causados en un contrato de seguros, entre otros.

## XV. La resolución de disputas en línea: Online Dispute Resolution

La resolución de disputas en línea o su nombre en inglés *Online Dispute Resolution*, consiste en hacer uso de Internet y de las nuevas tecnologías para resolver las disputas que surgen a partir de operaciones en el ciberespacio y fuera de éste<sup>180</sup>. En realidad consiste en hacer uso de Internet para resolver una disputa mediante cualquiera de las técnicas de solución y resolución de conflictos, como puede ser la mediación, la negociación o el arbitraje, entre otras<sup>181</sup>. Esta modalidad fue desarrollada en EE UU y Canadá alrededor de la década de 1990, mediante diversos proyectos experimentales, tales como las oficinas virtuales del Ombudsman, de Mediación y de la Magistratura, auspiciados por organizaciones como la *American Arbitration Association* (AAA) y el *National Center for Automated Information Research* (NCAIR)<sup>182</sup>.

La resolución alternativa de conflictos (ADR) tiene que ver con resolver conflictos fuera de los órganos jurisdiccionales, mientras que la noción de resolución de conflictos en línea (ODR) se refiere a resolver conflictos en el ciberespacio<sup>183</sup>. En 1996, se dictó la primera decisión a partir de un procedimiento en línea. Se trataba de un anuncio publicitario que promovía la venta de millones de correos electrónicos<sup>184</sup>. A partir de allí, ha surgido toda una plétora de servicios para resolver en línea los conflictos<sup>185</sup>. Si bien es cierto

<sup>180</sup> H. Haloush *et al.*, "Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution", *Harvard Negotiation L. Rev.*, 13, 2008, pp. 327–328; E. Katsh, *et al.*, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001, p. 2.

<sup>181</sup> J.C. Betancourt y E. Zlatanska, "Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward?", *ADR, Arbitration, and Mediation...*, *op. cit.*, p. 309.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>183</sup> F. Wang, *Online Dispute Resolution: Technology, Management and Legal Practice from an International Perspective*, Oxford, 2008, pp. 23, y28.

<sup>184</sup> C. Rule, *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco, 2002, p. 28.

<sup>185</sup> M. Martin, "Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in Int'l Business-to-Consumer E-Commerce", *Boston Univ. Int'l L. J.* 20, 2002, p. 150.

que Internet es el medio de comunicación más efectivo, también es cierto que éste podría, posiblemente, ser el medio que genera más disputas. El número de usuarios de Internet crece a diario y el desarrollo de un sistema de interacción en línea necesariamente trae consigo más disputas.

La contratación electrónica, en muchos casos, termina en la futura ejecución de un contrato sin intercambiar, ni siquiera, una hoja de papel. De allí que este instrumento podría ser una herramienta práctica y una auténtica y efectiva alternativa<sup>186</sup>. Pero, para ello, es necesario también que la tecnología avance, ya que su desarrollo está íntimamente relacionado con el desarrollo de esta nueva técnica de resolución de conflictos. Se requiere además que el programa de *software* que se utilice sea el apropiado para generar el ambiente propicio para que el procedimiento se lleve a cabo de la forma prevista, sin entorpecerlo, permitiendo al tercero intervenir convenientemente y a las partes interactuar como esperan<sup>187</sup>. Esta forma de resolver disputas se origina no solamente debido a los problemas propios del sistema judicial, sino además por las deficiencias que a los mecanismos tradicionales de resolución de disputas le son inherentes. La idea era, precisamente, crear una versión en línea de tales mecanismos, adaptándolos a las necesidades especiales de este "espacio". Entre ellos se incluyen la negociación asistida, la mediación, la conciliación, el *Ombudsman*, la Med-Arb para consumidores, el arbitraje, etc.<sup>188</sup>. En todos estos procedimientos, se espera que tanto los participantes como las etapas procesales se lleven a cabo a través de Internet y del uso de sus instrumentos. Como por ejemplo en el caso de un arbitraje conducido *online*, se espera que tanto el árbitro, como las partes y los testigos hagan uso de los instrumentos que les brinda Internet para comunicarse, además de que el laudo y cualquier otra comunicación se hagan también mediante este medio<sup>189</sup>.

La resolución de disputas en línea fue originalmente concebida para resolver disputas relacionadas con operaciones en línea, tal y como su nombre lo indica; sin embargo, hoy en día se hace uso de este mecanismo para resolver una gran variedad de disputas no necesariamente originadas en línea, como cuando las partes se hallan en sitios distintos o cuando lo más conveniente sea utilizar un mecanismo de resolución de disputas que sea más económico, al reducir las tasas y costes que han de ser pagados, tales como podrían ser los múltiples desplazamientos. Es también un procedimiento que se puede considerar más flexible y más rápido<sup>190</sup>, por lo que la resolución de disputas en línea podría ser la forma más apropiada, pues, ella está exenta de las limi-

---

<sup>186</sup> L. Hang, "Online Dispute Resolution Systems: The Future of Cyberspace Law", *Santa Clara L. Rev.*, 41, 2001, pp. 853-854.

<sup>187</sup> H. Haloush, *et al.*, "Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution", *loc. cit.*, p. 333.

<sup>188</sup> G. Kaufmann-Kohler, *et al.*, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* La Haya, 2004, pp. 6 y 10.

<sup>189</sup> J.C. Betancourt, E. Zlatanska, "Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward?", *loc. cit.*, p. 315.

<sup>190</sup> E. Katsh, 'Online Dispute Resolution: Some Lessons from the E-Commerce Revolution', *Northern Kentucky L. Rev.*, 28, 2001, p. 815.

taciones físicas que pesan sobre algunos otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos<sup>191</sup>.

Este nuevo mecanismo también incluye un elemento importante que aporta la falta de contacto físico "real": el control emocional, como ventaja comparativa en aquellos casos en que las partes estén tan involucradas que sus emociones puedan entorpecer el procedimiento<sup>192</sup>.

A pesar de las ventajas tecnológicas que ofrece la resolución de disputas en línea, es posible que haya problemas al momento de ejecutar las decisiones que sean dictadas a través de este medio<sup>193</sup>. No obstante, la ejecución judicial de tales decisiones se ha incrementado durante los últimos años<sup>194</sup>, siendo la más reciente de las innovaciones dentro de la amplia gama de mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Del mismo modo que aporta ventajas tan evidentes, puede generar inconvenientes como pueden ser el aumento del nivel del conflicto con la mala interpretación de la información que se comparte, la carencia de información revelada o la falta de cooperación por parte de los interesados, todo lo que provoca que el problema se alargue en el tiempo e incluso se acreciente. Con el fin de evitar estas dificultades se ha sostenido que es importante que estos mecanismos se lleven a cabo mediante programas que permitan un procedimiento "cara a cara" y no mediante correos electrónicos o comunicaciones por escrito, que son las causantes de estos efectos negativos<sup>195</sup>.

## XVI. La transacción

El término transacción etimológicamente proviene del término latín *transactio*, *-onis*. Ya antes de Cristo se hablaba del vocablo *transigere*, pero no es hasta en tiempos de Cicerón en que se concreta este concepto como una determinada operación jurídica que implica un acuerdo formalizado por causa de una situación controvertida, materializado con el intercambio recíproco de concesiones: un comportamiento concreto de una de las partes a cambio de una contraprestación generalmente patrimonial; con la finalidad de alcanzar una situación estable y útil para ambas partes<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> Cf. G. Friedman, "Alternative Dispute Resolution and Emerging Online Technologies: Challenges and Opportunities", *Hastings Communications and Entertainment L. J.*, 19, 1997, pp. 711 ss.

<sup>192</sup> F. Wang, *Online Dispute Resolution: Technology, Management and Legal Practice from an International Perspective*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>193</sup> F. Cona, "Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution", (*Buffalo L. Rev.* 45, 1997), 990; R. Hill, "On-line Dispute Arbitration: Issues and Solutions", *Arb. Int'l*, 15, 1999, pp. 199–208.

<sup>194</sup> C. Lide, 'ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation', *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 12, 1996, p. 221.

<sup>195</sup> J.C. Betancourt, E. Zlatanska, "Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward?", *loc. cit.*, p. 312.

<sup>196</sup> I. Viola, *El Contrato de Transacción en el Código Civil*, Madrid: Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003, pp. 65 ss

Se podría definir la transacción como el acuerdo entre dos o más partes de un conflicto, mediante el cual se hacen concesiones recíprocas, sean las que sean, con el objetivo de poner fin a una desavenencia<sup>197</sup>.

La transacción es un medio de composición de controversias, presentes o pendientes de ser llevadas ante los órganos jurisdiccionales, por lo que se podría afirmar que tiene como finalidad evitar un pleito o buscar la forma de terminar el ya comenzado<sup>198</sup>. Este es el medio de prevención y resolución de conflictos más utilizado en la práctica. Por ejemplo, en EE UU el 95% de los litigios son resueltos de forma transaccional. Para esto es recomendable, aunque no indispensable, introducir en el contrato una cláusula que compela a las partes a negociar la solución de sus discrepancias antes de acudir a los Tribunales, creando un efecto psicológico favorable a la conducta de las partes, fomentando su eficacia<sup>199</sup>. El elemento esencial de una transacción es la renuncia que ambas partes hacen en aras de la paz jurídica. Esto quiere decir que al hacerse las partes las respectivas concesiones, se elimina la *litis*, sin que exista una decisión de carácter jurisdiccional, ni un vencedor ni un vencido<sup>200</sup>.

La transacción requiere que exista una controversia que pueda ser resuelta, es decir, debe versar sobre materia de libre disposición por las partes, con un objeto posible y lícito. No es necesario, sin embargo, que ya se haya instaurado un procedimiento judicial o arbitral, por ejemplo, sino que es suficiente con que el conflicto exista y este sea determinado<sup>201</sup>.

En algunos casos, la transacción puede llegar a ser una forma de finalizar un procedimiento judicial o arbitral, sin que esto impida que se dicte la sentencia o el laudo que ponga fin a dicho procedimiento. Dichas resoluciones lo que harán será reproducir, en sus respectivos formatos, el contenido del acuerdo alcanzado por las partes. Así, la transacción puede tener lugar como mecanismo para evitar un conflicto o para terminar un pleito que ya se está discutiendo en otro procedimiento, arbitral o judicial<sup>202</sup>.

En una transacción no puede solicitarse la ejecución forzosa de lo acordado, ya que ésta no constituye un título ejecutivo por ella misma, sino que

<sup>197</sup> J. Guasp y P. Aragoneses, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 5ª ed., Madrid, Cívitas, 2002, p. 526.

<sup>198</sup> A. Gullón Ballesteros, *La Transacción*, en Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil, T. 43, vol. II, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964, pp. 41, 54.

<sup>199</sup> R. Mullerat, "La justicia alternativa ('Alternative Dispute Resolution') en los EE UU de Norteamérica", *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3, 2002, p. 56.

<sup>200</sup> G. Alpa, 'Arbitrato e figure affini', en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa y T. Galletano, Pádua, Casa Editrice dott. A. Milani, 1994, p. 76; A. Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, "Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)", en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 137; A. Huergo Lora, *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, pp. 29 ss

<sup>201</sup> L. Rovelli, "La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento", *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Turín, UTET, 1999), 109.

<sup>202</sup> I. Viola, *El contrato de transacción en el Código Civil*, op. cit., 293; C.M. Peña Bernardo, *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Granada, Comares, 1991, p. 131.

tiene naturaleza contractual. Debe ser redactada por escrito y en caso de incumplimiento, deberá llevarse a la vía judicial para su reconocimiento posterior. De esta forma, puede clasificarse la transacción en judicial y en extrajudicial, dependiendo si una vez celebrada se ha solicitado o no la homologación o aprobación judicial<sup>203</sup>.

El juez, en caso de solicitarse su homologación, lo único que hará es comprobar que las partes efectuaron una transacción, pero no constituirá un reconocimiento de hechos probados<sup>204</sup>.

Por otra parte, la transacción es vinculante únicamente para sus partes, por lo que la realizada por uno sólo de los afectados en un asunto en el que estén implicados varios sujetos o partes no vincula en absoluto a los otros y no puede oponerse a ellos.

Tiene entre sus partes la autoridad de la cosa juzgada material, y no podrá impugnarse por error de Derecho ni por lesión; aunque sí podrá rescindirse cuando exista error en la persona o en el objeto de la disputa, además de cuando haya habido dolo, intimidación o violencia. Procede también rescindir la transacción cuando se haya hecho en ejecución de un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente de dicha nulidad.

Una forma especial de transacción es la firma de documento en blanco, o como se conoce en italiano *il biancosegno*. Esta consiste en un mandato de las partes a un tercero para transigir en su nombre. Quienes quieren resolver sus conflictos mediante este instituto jurídico entregan a un tercero un documento en blanco suscrito por ambas, de manera que ellas se comprometen a cumplir y a respetar lo que éste indique posteriormente. Ambas partes del contrato deben nombrar de forma conjunta al tercero que ha de encargarse de completar el documento, además de establecer los términos de la transacción<sup>205</sup>.

Lo que el tercero determine será manifestación directa de la voluntad de las partes, por lo que será impugnabile únicamente en caso de vicios de la voluntad. El tercero tendrá como límite de sus poderes dispositivos los mismos límites de la autonomía privada de las partes, en cuanto que él las representa. En otras palabras, el tercero, dentro de los límites del mandato que le han concedido, está autorizado a regular la situación jurídica controvertida como lo podrían hacer las partes mismas y no solamente a través de una transacción, sino también renunciando a derechos o mediante la mera verificación de la situación jurídica en cuestión<sup>206</sup>.

Otro ejemplo de transacción tomado del Derecho italiano es el arbitraje *irrituale* o informal. El arbitraje *irrituale* es aquél que resuelve un conflicto

<sup>203</sup> I. Viola, *El Contrato de Transacción en el Código Civil*, op. cit., p. 226.

<sup>204</sup> J. Nieva Fenoll, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 152.

<sup>205</sup> T. Galletto, "Il biancosegno", en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, t. I, Turín, UTET, 1999, pp. 219 ss.

<sup>206</sup> R. Volanti, 'Arbitrato per Biancosegno', en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa, T. Galletano, Pádua, Casa Editrice dott. A. Milani, 1994, p. 97; T. Galletto, "Il biancosegno", loc. cit., p. 224.

de forma íntegramente privada, es decir, como hubieran hecho las partes de forma autónoma, aunque con la colaboración de un tercero (también llamado árbitro), cuya decisión tendrá para ellas únicamente valor negocial<sup>207</sup>.

Es una figura ampliamente utilizada en la práctica jurídica, especialmente a partir del año 1904, en el que la Corte de Casación de Turín lo reconoció como instituto independiente del arbitraje ritual. Es un instrumento residual con respecto al arbitraje en sentido estricto.

El arbitraje informal se considera un mandato a un tercero para transigir, en caso de una controversia determinada o por lo menos determinable en el momento de acordarlo. Es un acuerdo contractual entre las partes de un conflicto presente o futuro, que a través de un convenio arbitral escrito (requisito *ad probationem*) deciden someterlo a la decisión de un sujeto privado, comprometiéndose a ser consecuentes con lo que éste determine, pero sin los efectos jurisdiccionales que sí caracterizan al laudo en el arbitraje ritual<sup>208</sup>. Tiene su fundamento en la autonomía contractual de las partes, las cuales han otorgado al árbitro un mandato para que dirima la controversia, pero cuya resolución será como si fuese expresión de su voluntad, y por tanto de carácter únicamente contractual.

Podrá realizarse este tipo de arbitraje cuando sea posible transigir, podrá ser conforme a criterios de Derecho o de equidad y tiene dos efectos jurídicos importantes. En primer lugar tendrá un efecto negativo, el cual consiste en una renuncia temporal o suspensión del poder de accionar de las partes ante la jurisdicción y la consiguiente obligación del juez de declararse incompetente para conocer del conflicto respecto a un acuerdo en el que exista un convenio arbitral irritual. Y, en segundo lugar, está el efecto positivo, que busca asegurar la eficacia contractual del laudo que se dicte entre ellos, que a su vez constituye un límite a la materia arbitrable y a los efectos del laudo, ya que vinculará únicamente a las partes, como consecuencia de su previa aceptación, sin que puedan conferir a los árbitros poderes mayores que los que ellas mismas poseen<sup>209</sup>.

## XVII. A modo de conclusión

En este capítulo hemos hecho un repaso de algunos de los que podríamos considerar otros métodos no tradicionales de resolver diferencias, ya sea entre personas jurídicas o físicas. Los conflictos que se pueden presentar a lo largo de la existencia pueden deberse a motivos comerciales, personales,

---

<sup>207</sup> G. Alpa, "Compromesso è clausola compromissoria", en *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dirs. G. Alpa y T. Gaetano, Pádua, Casa Editrice dott. A. Milani, 1994), p. 101.

<sup>208</sup> L. Rovelli, "L'arbitrato delle società", en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, dir. G. Alpa, t. II, Turín, UTET, 1999, p. 894; A. Difundo, "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, t. I, Turín, UTET, 1999, p. 213.

<sup>209</sup> T. Galleto, "Il biancosegno", *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, t. I, Turín, UTET, 1999, p. 224.

provenientes de relaciones laborales, intereses colectivos o privados, etc. Pero esto no implica que una relación –del tipo que sea– deba llegar a su fin, sino más bien, tal y como hemos recalcado, es posible que gracias a este difiriendo la relación se fortalezca o se modifique, de forma que la misma se dirija en una nueva dirección que en ocasiones puede que incluso mejore. En determinados casos la preservación de la relación, que debiera de ser la finalidad fundamental para resolver un conflicto, no es posible, pero por lo menos mediante alguna de las herramientas que aquí planteamos podría darse por finalizada de manera pacífica y poco traumática.

Es esencial analizar detalladamente la relación preexistente que da origen a la situación conflictiva, así como los intereses particulares y generales que cada una de las partes involucradas persiguen, con el fin de optar por un mecanismo o herramienta, de los que aquí exponemos u otro que pueda ser producto de la creación a medida por los mismos interesados, que se adapte a estas circunstancias y sea realmente una ayuda para solucionar el mismo, generando oportunidades de obtener una solución lo más adecuada posible a dichas necesidades y alcanzando así un sentimiento de satisfacción y paz por parte de quienes deberán ejecutar lo que mediante ella se decida.

### Bibliografía

- AFFERNI, V.: "Invalidità degli atti societari. Rimedi reali e risarcitori". *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, dir. V. Afferni, G. Visintini, Milán, Giuffrè, 2005.
- ALPA, G.: "Arbitrato e figure affini". *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dir. G. Alpa y T. Galletano. Padua: Casa Editrice dott. A. Milani, 1994.
- : 'Compromesso è clausola compromissoria'. *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*. Dir. G. Alpa; T. Gaetano. Pádua: Casa Editrice dott. A. Milani, 1994.
- ANDERSON, R.: *Adjudication Under the NEC*, Londres, 2001.
- BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos "Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- : "Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EE UU, R.F.A e Italia", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1998.
- BARTEL, B.: "Med–Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential", *Willamette L. Rev.*, 27, 1991.
- BEARDSLEY, J.: "Proof of Fact in French Civil Procedure", *Am. J. Comp. L.*, 34, 1986.
- BETANCOURT, J.C.y ZLATANSKA, E. "Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and Is It the Way Forward?". *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- BEVAN, A.: *Alternative Dispute Resolution: A Lawyer's Guide to Mediation and other Forms of Dispute Resolution*, Londres, 1992.
- BILLINGS, A.: "The Mini–Trial: Misunderstanding and Miscommunication may Short–Circuit its Effective Use in Settlements", *J. Disp. Res.*, 1990.

- BIRKE, R.: "Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or", *J. Disp. Res.*, n° 2, 2000.
- BRAZIL, W. *et al.*: "Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution". *Judicature*, 69, 1985–1986.
- : "Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver more Value?". *Dispute Resolution Magazine*, 14, 2007.
- BRYAN, K.: "Why Should Businesses Hire Settlement Counsel?", *J. Disp. Res.*, 2008.
- BÜHRING–UHLE, Ch.: *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, La Haya, 1996.
- BUNNI, N.: "Dispute Boards –dos and don'ts". *Construction Law International*, vol. 1, n° 3, 2006.
- CAIRNS, D. y MADALENA, I.: "El Reglamento de la ICC relativo a los *Dispute Boards*", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXI, 2006.
- CASEY, K.: "Alternative Dispute Resolution and Patent Law", *Federal Circuit Bar Journal*, 3, 1993.
- CALVERT, M.: "Out with the Old, In with the New: The Mini–Trial is the New Wave in Resolving International Disputes", *J. Disp. Res.*, 1991.
- CASTANEDO ABEY, A.: "Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy". *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinaria*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, 2006.
- CHAN, E. *et al.*: "Construction Industry Adjudication: A Comparative Study of International Practice". *J. Int'l Arb.*, 22, 2005.
- CHAPMAN, P.: "Disputes Boards on Major Infrastructure Projects", *DRBF Conference*, Bruselas, noviembre 2011.
- CHENEY, B.: "Commercial Disputes: The mini–trial option", *Victoria University Wellington L. Rev.*, 19, 1989.
- CHRISMAN, O., COX, G. y NOVOTNA, P.: "Collaborative Practice Mediation: Are we Ready to Serve this Emerging Market?" *Pepperdine Dispute Resolution L. J.* vol. 6 n° 3, 2006.
- CLAY, T.: "Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges: panorama 2005", *Recueil Dalloz*, n° 44, 7229, 2005.
- COGLIANESE, C.: "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking". *Duke L. J.* vol. 46, n° 6, 1997.
- : "Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: A Response to Philip Harter", *NYU Environmental L. J.*, vol. 9, 2000–2001.
- : "Citizen Participation in Rulemaking: past, present, and future", *Duke L. J.*, vol. 55, 2005–2006.
- COHEN, D.: *Arbitrage et société*, París, LGLJ, 1993.
- COOPER, T.: "Expert Determination in Rent Review Disputes", *The Expert in Litigation and Arbitration*, dir. M. Cato, Londres, 1999.
- CONA, F.: "Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution", *Buffalo L. Rev.*, 45, 1997.
- CROOK, J.A.: *¿Qué es la resolución alternativa de disputas (ADR)?*, ed. J.C. Betancourt. Londres, CI Arb, 2011.
- D'ALEMBERTE, T.: "The Ombudsman, A Grievance Man for Citizens", *University of Florida L. Rev.*, 18, 1966.

- DAVIS, J. *et al.*: "Mini-Trials: The Courtroom in the Boardroom", *Willamette L. Rev.*, 21, 1985.
- DE WITT WIJNEN, O.: "ADR: The Civil Law Approach", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- DIFONZO, J.: "A Vision for Collaborative Practice: the Final Report of the Hofstra Collaborative Law Conference", *Hofstra L. Rev.*, vol. 38, 2009–2010.
- DIFUNDO, A.: "L'arbitraggio. La perizia contrattuale", *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, t. I. Turin, UTET, 1999.
- DORAN, D.: "Introduction", *Construction Disputes: Avoidance and Resolution*, ed. P. Campbell, Caithness, 1997.
- DORGAN, C.: "The ICC's New Dispute Board Rules". *The International Construction L. Rev.* vol. 22, II Parte.
- DOYLE, S. *et al.*: *Without the Punches: Resolving Disputes without Litigation*, Minneapolis, 1991.
- EDWARDS, H.: "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?". *Harvard L. Rev.*, 99, 1986.
- FAIRMAN, C.: "A Proposed Model Rule for Collaborative Law". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 21, n° 1, 2005.
- : "Ethics and Collaborative Lawyering: Why Put Old Hats on New Heads?". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, n° 2, 2003.
- FESTI, F.: *La clausola compromissoria*, Milán, Giuffrè, 2001.
- FIADJOE, A.: *Alternative Dispute Resolution. A Developing World Perspective*, Londres, Cavendish Publishing, 2004.
- FLEISHER, J. y ZUMETA, Z.: "Group Facilitation. A way to address problems collaboratively, and avoid conflict", *Dispute Resolution Magazine*, 4, 1997–1998.
- FLEISCHER, J.: "One size does not fit all: differentiating ADR processes", *South Texas L. Rev.* 49, 2007–2008.
- FREEMAN, J. y LANGBEIN, L.: "Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit", *NYU Environmental L. J.*, vol. 9, 2000–2001.
- FRIEDMAN, G.: "Alternative Dispute Resolution and Emerging Online Technologies: Challenges and Opportunities", *Hastings Communications and Entertainment L. J.* 19 (1997).
- FURST, S.: *et al. Keating on Building Contracts*, Londres, 2004.
- GALLETO, T.: "Il biancosegno", *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. L'arbitrato profili sostanziali*, Coord. G. Alpa, t. I, Turin, UTET, 1999.
- GALGANO, F.: "Arbitrato in materia societaria: clausole statutarie", *Bollettino economico. Quaderni di studi economici e giuridici*, n° 2. L'arbitrato nel nuovo diritto societario. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Ancona, Ancona, Luglio 2003.
- GENTON, M. y VERMEILLE, F.: "Soft and Hard Dispute Resolution. Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets", *Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal*, n° 2, 1998.
- GILAD, S.: *An Intra-Organisational Perspective on the Role of Consumer Complaint Handling in the UK Retail Investment Regulatory Regime*, PhD thesis (1981–2004), Oxford University, 2006.

- GÓNGORA OLIVER, A.: "The role and use of experts in international commercial arbitration. A comparative analysis in the light of common law and civil law traditions", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XVI, 2004.
- GORDON, K.: *Adjudication in the Construction Industry*, Londres, 1998.
- GREEN, E.: "Growth of the Mini-Trial", *Litigation*, 9, 1982.
- : "Corporate Alternative Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1985–1986.
- GRIFFITHS, J. y ROBERTS, S.: "Alternative Dispute Resolution: Contemporary Developments in Britain", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- GUASP, J. y ARAGONESES, P.: *Derecho Procesal Civil*, t. I, 5ª ed., Madrid, Cívitas Ediciones S.L., 2002.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: *La transacción*, en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, t. 43, vol. II, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964.
- HABSCHEID, W.: *Das Schiedsgutachten. Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1956.
- HALOUSH, H. et al.: "Internet Characteristics and Online Alternative Dispute Resolution". *Harvard Negotiation L. Rev.*, 13, 2008.
- HANG, L.: "Online Dispute Resolution Systems: The Future of Cyberspace Law", *Santa Clara L. Rev.*, 41, 2001.
- HARDEN, I.: "When Europeans Complain: The Work of the European Ombudsman", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 3, 2000–2001.
- HARGES, B.: "The Promise of the Mandatory Summary Jury Trial", *Temple L. Rev.*, 63, 1990.
- HARTER, P.: "Negotiating Regulations: A Cure for the Malaise?", *EIA Review*, vol. 3, nº 1, 1982.
- : "Assessing the assessors: the actual performance of Negotiated Rulemaking", *NYU Environmental L. J.*, vol.9, 2000.
- HATFIELD, Ch.: "The Summary Jury Trial: Who will Speak for the Jurors?", *J. Disp. Res.*, 1991.
- HAYNES, S.: "Private Means to Public Ends: Implications of the Private Judging Phenomenon in California", *University of California, Davis L. Rev.*, 17, 1984.
- HENDERSON, D.: "Avoiding Litigation with the Mini-Trial: The Corporate Bottom Line as Dispute Resolution Technique", *South Carolina L. Rev.*, 46, 1995.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A.: "Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3–8)", *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro. Madrid, Marcial Pons, 2006.
- HILL, R.: "On-line Dispute Arbitration: Issues and Solutions", *Arb. Int'l*, 15, 1999.
- HOFFMAN, D. y POLLAK, R.: "Collaborative Law Looks to Avoid Litigation". *Collaborative Law Practice. At the Cutting Edge of Alternative Dispute Resolution*, MCLE, 2005, pp. 161–165.
- HOLLAAR, L.: "Analysis & Perspective", *Expert Evidence Report*, 4, 24, 2004.
- HOLLANDS, D.: "Alternative Dispute Resolution in Construction", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- HUERGO LORA, A.: *La Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.

- JARROSSON, Ch.: *La notion d'arbitrage*, París, LGDJ, 1987.
- JENKINS, J. *et al.*: *International Construction Arbitration I*, La Haya, 2006.
- JONES, D.: "Expert Determination in Commercial Contracts", *The Expert in Litigation and Arbitration*, dir. M. Cato, Londres, 1999.
- KAGEL, S. *et al.*: "Using two new arbitration techniques". *Monthly Labor Review*, 95, 1972.
- KASSIS, A.: *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. 1, París, LGDJ, 1987.
- KATSH, E. *et al.*: *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001.
- : "Online Dispute Resolution: Some Lessons from the E-Commerce Revolution", *Northern Kentucky L. Rev.*, 28, 2001.
- KAUFMANN-KOHLER, G. *et al.*: *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, La Haya, 2004.
- KENDALL, J.: "Expert Determination: A European and American Survey", *International Business Lawyer*, 22, 1994.
- KIM, A.: "Rent-a-Judges and the Cost of Selling Justice", *Duke L. J.*, 44, 1994–1995.
- KNUTSON, R.: "ICC, ADR and DRBs—a DIY Solution to ICDs", *International Business Lawyer*, 2002, pp. 119–125.
- KOCH, Ch.: "Decision or uncertainty? Combined Dispute Boards under the ICC Dispute Board Rules", *Construction Law International*, vol. 1, n° 1, 2006.
- LAMBROS, T.: "The Summary Jury Trial—Ending the Guessing Game: An Objective Means of Case Evaluation", *Ohio State J. Disp. Res.*, 12, 1997.
- *et al.*: "The Summary Jury Trial", *Cleveland State L. Rev.*, 29, 1980.
- LANDE, J.: "Toward More Sophisticated Mediation Theory", *J. Disp. Res.*, 2, 2000.
- : "Practical Insights from an Empirical Study of Cooperative Lawyers in Wisconsin", *J. Disp. Res.*, 2008.
- LANDRY, Sh.: "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model", *Defense Counsel Journal*, 63, 1996.
- LAWRENCE, J.: "Collaborative Lawyering: A New Development in Conflict Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 17, n° 2, 2002.
- LEVINE, D.: "Early Neutral Evaluation: A Follow-Up Report", *Judicature* 70, 1986–1987.
- LIDE, C.: "ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce Intellectual Property and Defamation", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 12, 1996.
- LIMBURY, A.: "Hybrid Dispute Resolution Processes—Getting the Best while Avoiding the Worst of Both Worlds?", <http://www.cedr.com>.
- LITKOVITZ, A.: "The Advantages of Using a 'Rent-a-Judge' System in Ohio", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 10, 1995.
- LONGSWORTH, J.: "Private Judging: An Effective and Efficient Alternative to the Traditional Court System", *Valparaiso University L. Rev.*, 21, 1987.
- LOVE, L. y STULBERG, J.: "Partnership and Facilitation. Mediators develop new skills for complex cases", *Dispute Resolution Magazine*, n° 14, 2002–2003.

- NAGARAJ, Sh.: "The Marriage of Family Law and Private Judging in California", *Yale L. J.*, 116, 2007.
- MACKIE, K. *et al.*: *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*, Londres, 2000.
- : "Alternative Dispute Resolution in Practice", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- MANCINELLI, F.: "Arbitrato economico: Paralisi gestionale e sua soluzione", *Le Società*, 8, 2005.
- MARSHALL, E. *Gill: The Law of Arbitration*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1983.
- MARTIN, M.: "Keep it Online: The Hague Convention and the Need for Online Alternative Dispute Resolution in Int'l Business-to-Consumer E-Commerce", *Boston University International L. J.*, 20, 2002.
- MAYCOCK, E.: "Early Neutral Evaluation", *Utah Bar Journal*, 14, 2001.
- MAZERO, J. *et al.*: "The ADR Alternatives: Survey of Providers of Alternative Dispute Resolution Services", *Franchise L. J.*, 11, 1991-1992.
- MCCLELLAN, G.: "The Role of the Ombudsman", *University of Miami L. Rev.*, 23, 1969.
- MCHUGH, M.: "Expert Determination", *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 74, 2008.
- MENKEL-MEADOW, C., *et al.*: *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nueva York, 2005., 2ª ed., 2010.
- METZLOFF, T.: "Improving the Summary Jury Trial", *Judicature* 77, 1993-1994.
- MOSTEN, F.: "Collaborative Law Practice: An Unbundled Approach to Informed Client Decision Making", *J. Disp. Res.*, 2008.
- MOSTEN, F.: *Collaborative Divorce*, Jossey-bass, USA, 2009.
- MULLERAT, R.: "La justicia alternativa ('Alternative Dispute Resolution') en los EE UU de Norteamérica", *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3, 2002.
- MURDOCH, J. *et al.*: *Construction Contracts: Law and Management*, Oxford, 2008.
- NAUGHTON, P.: "Alternative Forms of Dispute Resolution: Strengths and Weaknesses", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- NEWMAN, P.: *Alternative Dispute Resolution*, Welwyn Garden City, 1999.
- NIEVA FENOLL, J.: *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006.
- OGHIGIAN, H.: "The Mediation/Arbitration Hybrid", *J. Int'l Arb.*, 20, 2003.
- PAGE, R. *et al.*: "Roles of Participants in the Mini-Trial", *Public Contract L. J.*, 18, 1988-1989.
- PALOU LOVERDOS, J.: "Alternativas a la resolución judicial de los conflictos existentes en el ámbito de las organizaciones", *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 4, 2003.
- PAULSSON, J. *et al.*: *The Fresh fields Guide to Arbitration and ADR: Clauses in International Contracts*, La Haya, 1999.
- PEÑA BERNARDO, C.M.: *El arbitraje. La conciliación. Los modos anormales de terminación del proceso (El desistimiento. La renuncia. El allanamiento. La transacción. La caducidad)*, Granada, Comares, 1991.
- PEPPET, S.: "The Ethics of Collaborative Law", *J. Disp. Res.*, 2008.

- PERRIT, Jr., H.: "Negotiated Rulemaking in Practice", *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 5, n° 3, 1986.
- : "Administrative Alternative Dispute Resolution: The Development of Negotiated Rulemaking and other Processes", *Administrative ADR Pepperdine L. Rev.*, vol. 14, 1986–1987.
- PERSCHBACHER, R. *et al.*: "The End of Law", *Boston University L. Rev.*, 84, 2004.
- PLAPINGER, E. y STIENSTRA, D.: *ADR and Settlement in the Federal District Courts. A Sourcebook for Judges & Lawyers*, Washington: Federal Judicial Center, CPR Institute for Dispute Resolution, 1996.
- PUJADAS TORTOSA, V.: "Los ADR en EE UU. Aspectos destacables de su regulación jurídica", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003.
- QUINN, P.: "Why an Ombudsman?", *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, 65, 1999.
- RANDOLPH, L.: *Third-Party Settlement of Disputes in Theory and Practice*, Leiden, 1973.
- RAU, A. *et al.*: *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, Nueva York, 2006.
- REDFERN, A. *et al.*: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, 2004.
- REDMOND, J.: *Adjudication in Construction Contracts*, Oxford, 2001.
- REYNOLDS, M. *et al.*: *Construction Litigation Practice*, Welwyn Garden City, 2000.
- RICHES, J. *et al.*: *Construction Adjudication*, Oxford, 2004.
- ROBERTS, S. y PALMER, M.: *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, 2ª ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- RODRÍGUEZ, M.I.: *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, Barcelona, Editorial Bosch, 2010.
- ROSE-ACKERMAN, S.: "American Administrative Law Under Siege: Is Germany a Model?" *Harvard L. Rev.*, vol. 107, 1993–1994.
- ROSENBERG, J. *et al.*: "Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis", *Stanford L. Rev.*, 46, 1994.
- ROVELLI, L.: "La conciliazione, la transazione, il negozio di accertamento", *L'arbitrato profili sostanziali*, coord. G. Alpa, Turín, UTET, 1999.
- ROWLAND, P.: *Arbitration Law and Practice*, Londres, The Institute of Chartered Accountants in England and Wales in association with Sweet & Maxwell Ltd., 1988.
- ROWLAND, J.: "Communication and Psychology Variables: Reasons to Reject the Summary Jury Trial as an Alternative Dispute Resolution Technique", *University of Kansas L. Rev.*, 39, 1991.
- RULE, C.: *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco, 2002.
- SAMUEL, A.: "Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights", *J. Int'l Arb.*, 21.
- : "Consumer Financial Services in Britain: New Approaches to Dispute Resolution", *European Business Organization L. Rev.*, 3, 2002.
- : *Consumer Complaints and Compensation: A Guide to the Financial Services Market, City and Financial*, Chapter 22, Londres, 2005.
- SÁNCHEZ GARCÍA, E.: *Las aportaciones patrimoniales a la Sociedad Anónima*, Valencia, Editorial CISS, S.A., 1999.

- SANDER, F.: "Alternative Dispute Resolution in the United States: An Overview", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- SANDERS, P.: "ADR in Civil Law Countries", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- SCHIAFFINO, M.: *El perito y la prueba*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1988.
- SHIELDS, R.: "On Becoming a Collaborative Professional: From Paradigm Shifting to Transformative Learning Through Critical Reflection and Dialogue", *J. Disp. Res.*, 2008.
- SCHWAB, W.: "Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice", *Pepperdine Dispute Resolution L. J.*, vol. 4, n° 3, 2004.
- SEPPALA, Ch.: "FIDIC's new standard forms of contract: claims, resolution of Disputes and the Dispute Adjudication Board", *International Business L. J.*, 1, 2001.
- SGALLA, A.: "Arbitrato—Figure affini—Arbitraggio—Legittimità—Sussistenza", *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, dirs. G. Alpa y T. Galletano, Pádua, Casa Editrice dott. A. Milani, 1994.
- SHAPIRO, D.: "Private Judging in the State of New York: A Critical Introduction", *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 23, 1990.
- SHERIDAN, P.: *Construction and Engineering Arbitration*, Londres, 1999.
- SENEVIRATNE, M.: "Ombudsmen 2000", *Nottingham L. J.*, 9, 2000.
- SICARD, J.: *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, París, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1970.
- SINGER, L.: *Setting Diputes*, 2ª ed., Colorado, Westview Press, 1994.
- SMITH, R. y RUBIN, R.: "A new look at Dispute Resolution Boards (DRBs)", *AAA online Library*.
- SPANGLER, B.: "Facilitation", <<http://www.beyondintractability.org/essay/facilitation/>>, julio 2003.
- STEMPEL, J.: "The inevitability of the eclectic: liberating ADR from ideology", *J. Disp. Res.*, 2, 2000.
- STESURI, A.: *Gli arbitrati societari*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2005.
- STOPPI, M.J.: *Adjudication: A Practical Guide for the Caribbean*, Kingston, 2009.
- STREET, L.: "The Language of ADR", *ADR, Arbitration, and Mediation. A Collection of Essays* (J.C. Betancourt y J.A. Crook, eds.), Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.
- STULBERG, J.: "Facilitative versus Evaluative Mediator orientations: piercing the "grid" Lock", *Florida State University L. Rev.*, vol. 24, 1996–1997.
- SUSSKIND, L., FULLER, B., FERENZ y M. FAIRMAN, D.: "Multistakeholder Dialogue at the Global Scale", *International Negotiation*, 8, 2003.
- SUSSKIND, L. y MCMAHON, G.: "The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking", *Yale Journal on Regulation*, vol. 3, 1985–1986.
- SYKES, J.: *Construction Claims*, Londres, 1999.
- TASCA, G.: *Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori*, Milán, Edizioni Fag, 2000.
- TESLER, P.: *Collaborative Law. Achieving Effective Resolution in Divorce without Litigation*, 2ª ed., Ed. American Bar Association, 2008.

- THOMPSON, R., VORSTER, M. Y GROTON, J.: "Innovations to manage disputes: DRB and NEC". *Journal of Management in Engineering*, Septiembre–Octubre, 2000.
- TREACY, T.: "Use of Alternative Dispute Resolution in the Construction Industry", *Journal of Management in Engineering*, enero–febrero 1995.
- TROLLIP, T.: *Alternative Dispute Resolution*, Durban, 1991.
- TWEEDDALE, K. y TWEEDDALE, A.: *A practical approach to Arbitration Law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 1999.
- TYAN, E.: *Le droit de l'arbitrage*, Líbano, Editions Librairies Antoine, 1972.
- VANGEL, T.: "Private Judging in California: Ethical Concerns and Constitutional Considerations", *New England L. Rev.*, 23, 1988–1989.
- VELARDE ARAMAYO, M. y SASTRE IBARRECHE, R.: "Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los 'ADR'", *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M. Velarde Aramayo, Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2006.
- VIOLA, I.: *El Contrato de transacción en el Código civil*, Madrid, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2003.
- VOLANTI, R.: "Arbitrato per Biancosegno", *La nuova giurisprudenza civile commentata: casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Dirs. G. Alpa y T. Galletano. Padua, Casa Editrice dott. A. Milani, 1994.
- VORYS, Y.: "The Best of Both Worlds: The Use of Med–Arb for Resolving Will Disputes", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 22 (2006–2007).
- WALTON, A. y VICTORIA, M.: *Russell on the Law of Arbitration*, 20ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1982.
- WANG, F.: *Online Dispute Resolution: Technology, Management and Legal Practice from an International Perspective*, Oxford, 2008.
- WEBBER, Ch.: "Mandatory Summary Jury Trial: Playing by the Rules?", *University of Chicago L. Rev.*, 56, 1989.
- WOODLEY, A.: "Saving the Summary Jury Trial: A Proposal to Halt the Flow of Litigation and End the Uncertainty", *J. Disp. Res.*, 1995.
- WRIGHT, I. et al.: "Alternative Dispute Resolution", en Ramsey, *Construction Law Handbook*. dir. V. Vivian et al., Londres, 2009.