

ACTUALIZACIÓN SOBRE MEDIACIÓN

Francisco González de Cossío*

I.	MEDIACIÓN EN MÉXICO.....	2
II.	RÉGIMEN DE MEDIACIÓN: DOS DESARROLLOS RECIENTES.....	3
A.	LEY MODELO DE MEDIACIÓN.....	3
	1. Definición.....	3
	2. Principios básicos.....	4
	3. Confidencialidad.....	4
	(a) Principio cardinal: confidencialidad de todo.....	5
	(b) Confidencialidad y el manejo de información por la o el mediador.....	5
	(c) Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos.....	5
	(d) Principio de no-requerimiento.....	6
	(e) Admisibilidad no obstante uso en mediación.....	7
	5. Mediador tornado árbitro.....	7
	6. Recursos legales durante mediación.....	8
	7. Régimen sintonizado con Convención de Singapur.....	12
B.	CONVENCIÓN DE SINGAPUR.....	13
	1. Obligación de ejecución.....	14
	2. Requisitos.....	15
	3. Causales de denegación.....	16
	(a) Incumplimiento de normas deontológicas.....	17
	(b) No revelación.....	19
	(c) Orden público.....	20
	(d) Multiplicidad de acciones.....	21
C.	LA LEY MODELO Y LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR: UN BINOMIO IDÓNEO.....	22
III.	CONCLUSIÓN.....	23

México desciende en todos los índices del Estado de Derecho. Ejemplifica la aseveración el índice del *World Justice Project* que en su último informe sitúa a México en el lugar 135 de 139 países analizados.¹ Es decir, *¡el Estado de Derecho en México es el cuarto peor del mundo!* Esto debe preocuparnos.

¿Qué estamos haciendo al respecto? Respuesta: nada. Algunos actores sociales dicen que hacen cosas (que emiten leyes; que hacen cambios) por mejorar el Estado de Derecho, solo para encontrar que *en los hechos* la narrativa no está soportada. Se trata de retórica vacua. Del género que dicen quienes llegan al poder para ya sea sentirse mejor o cumplir la formalidad de decir que se hace algo, mientras no hacen nada—salvo beneficiarse del puesto confiado.

* Árbitro y mediador internacional. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ <http://worldjusticeproject.mx>

Propongo que usemos el índice del *World Justice Project* como un llamado de atención. Como un foco rojo. Que lo tomemos como una cachetada que detone acción urgente.

Hay mucho en México que requiere atención. De dicha lista destaca el tomar pasos concretos y contundentes que mejoren el Estado de Derecho, que va en picada. Propongo que un caso particular de ello es fomentar una herramienta que es idónea para resolver cierto tipo de problemas, y que está subutilizada: la mediación.

A continuación definiendo esa idea comentando desarrollos recientes en materia de mediación (§II), no sin antes recordar el estado que la materia tiene en México (§I), para finalizar con la propuesta que en esta obra colectiva deseo hacer: que actualicemos nuestro régimen de mediación adoptando los dos textos recientemente creados (§III).

I. MEDIACIÓN EN MÉXICO

México carece de un régimen de mediación comercial. Han existido iniciativas previas para colmar la laguna. Fracasaron. Han sido dos las iniciativas que han circulado en el gremio respecto de proyectos de leyes sobre mediación. Y mientras una era apoyada por instituciones importantes (como el Instituto Mexicano de la Mediación, el Instituto Mexicano de Arbitraje y la Comisión de MASC de ICC México), la falta de coordinación —y, para ser francos, institucionalidad— de ciertas personas tuvo como resultado el que el proyecto se saboteara y nunca viera luz de día. Se observó deseo de algunos de ‘dejar su huella’ en el texto (algo así como colgarse medallas por lograr incluir o quitar algo, con frecuencia ideosincrático) que hacer lo correcto. Y algunos lamentablemente no querían ver un régimen moderno, no formalista, de mediación, por temor a perder negocio.²

Debemos actualizar nuestro régimen de mediación. Hemos perdido una enorme cantidad de tiempo y oportunidades para lograrlo. Una forma atinada de hacerlo es usar los dos instrumentos internacionales que la práctica e instituciones internacionales han arrojado, dejando de lado los textos locales que previamente han circulado, y que distan de ser no solo tecnología de punta sobre la materia, sino siquiera buen derecho.

² La mediación certificada es bienvenida. Pero no debe ser motivo para obstaculizar la modernización de nuestro sistema jurídico. En una mediación, lo importante no es estar certificado, sino saber mediar.

II. RÉGIMEN DE MEDIACIÓN: DOS DESARROLLOS RECIENTES

Existen dos desarrollos importantes en materia de mediación:

1. La Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (“*CNUDMI*”) (§A);
2. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (la “*Convención de Singapur*”) (§B).

A continuación se explicarán en dicho orden, y su valor agregado conjunto (§C).

A. LEY MODELO DE MEDIACIÓN

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción resultantes de la Mediación de 2018 (“*Ley Modelo*”) constituye una actualización y refinamiento del proyecto previo de la UNCITRAL sobre la materia.³ A continuación comento brevemente sus aspectos más sobresalientes, con miras a explicar porqué conviene hacerla parte de derecho positivo mexicano.

1. Definición

El Artículo 1(3) de la Ley Modelo define “mediación” como:

todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el mediador”) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

La Ley Modelo concibe a un acuerdo de transacción derivado de una mediación como “internacional” cuando:⁴

1. El establecimiento de las partes esté en Estados distintos;
2. Cumplimiento de una parte sustancial de la obligación sea diverso al del establecimiento; y
3. El Estado más estrechamente vinculado al objeto de la controversia sea diverso al del establecimiento.

³ Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

⁴ Artículo 3 de la Ley Modelo.

2. Principios básicos

La Ley Modelo establece la obligación de toda persona invitada a actuar como mediador de revelar “todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”.⁵ El requisito es entendible dada la confianza depositada en la persona que actuará como mediador, particularmente la información a la que tendrá acceso.

Existe libertad de forma de sustanciar el procedimiento⁶ siempre que se observe el principio de trato equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.⁷

En forma relevante, se contempla la posibilidad de hacer propuestas de transacción.⁸ Esto es un desarrollo digno de hacer notar: tradicionalmente se ha concebido tal facultad como definitoria del papel que distingue al mediador del conciliador, poniendo mucho énfasis en su importancia. Tal, que ha servido de criterio epistemológico para discernir la diferencia entre ambos instrumentos.⁹ El que la Ley Modelo lo conciba como una facultad que tiene el mediador, sujeto a la libertad de diseño de proceso entre las partes, es un avance. Deja atrás discusiones estériles a favor de una postura pragmática y enfocada en lo importante. Lleva aparejado el que las partes deban saber y entender que dicha facultad es parte del acervo de herramientas con las que cuenta el mediador para ayudarlas a resolver el problema. La mediador debe emplear la facultad con cuidado, pues puede cerrar puertas o tener otro tipo de implicaciones que deben entenderse para usarla con destreza.

3. Confidencialidad

La confidencialidad es clave no solo para el éxito de una mediación, sino para que las partes tengan las seguridades necesarias que brinden confianza que sus esfuerzos al llevar a cabo una mediación no serán usados en su contra. Sin la confidencialidad, no habrá el cimiento necesario e indispensable para que ocurra un diálogo franco y constructivo no solo que propicie catarsis, sino que puedan explorar todas las alternativas posibles de solución al problema.¹⁰

⁵ Artículo 6 de la Ley Modelo.

⁶ Artículo 7 de la Ley Modelo.

⁷ Artículo 7(3) de la Ley Modelo.

⁸ Artículo 7(4) de la Ley Modelo.

⁹ Tradicionalmente se concebía que el mediador no podía recomendar soluciones y el conciliador sí, lo cual implicaba que la labor del segundo es más evaluativa y la del primero más avenidora.

¹⁰ Nadja Alexander, Shouyu Chong, Vakhtang Giorgadze, *The Singapore Convention on Mediation, A Commentary*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2nd ed., 2022, p. 161.

El principio se proyecta de cinco maneras diferentes que tejen un régimen de protección que desglosaré y analizaré por separado—de general a particular.¹¹

(a) *Principio cardinal: confidencialidad de todo*

El Artículo 10 establece el principio cardinal:

Confidencialidad

Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda información relativa al procedimiento de mediación deberá conservarse con carácter confidencial, a menos que sea necesario revelarla por disposición de la ley o a efectos del cumplimiento o la ejecución de un acuerdo de transacción.

Como puede observarse, la Ley Modelo establece como principio general el que toda la información compartida es confidencial y debe considerarse como tal. Ello contrasta con ciertas prácticas que tomaban como punto de partida lo contrario: el mediador puede hacer uso de la información como considere adecuado, a menos que las partes identifiquen *cierta* información como confidencial, como a continuación se explica.

(b) *Confidencialidad y el manejo de información por la o el mediador*

El Artículo 9 de la Ley Modelo establece que:

El mediador, si recibe de una de las partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a cualquiera de las otras partes en la mediación. No obstante, si una parte proporciona información al mediador con la condición expresa de que respete su carácter confidencial, esa información no podrá revelarse a ninguna otra parte en la mediación.

Este principio es importante pues para que el mediador pueda emplear las técnicas y las destrezas de la mediación de una manera que propicie un arreglo entre las partes, es conveniente que, en la charla inicial que los buenos mediadores suelen efectuar con las partes para establecer el entendimiento sobre cómo se procederá, se identifique en forma granular qué se puede hacer y qué no. Después de todo, hay muchas técnicas de mediación que hacen uso estratégico de la información para abrir ventanas de oportunidad para acuerdos que pongan fin al problema. De esta manera, le queda perfectamente claro a la mediadora qué puede hacer (qué límites tiene) con la información que le es confiada. El que la Ley Modelo haya expresamente identificado esto es loable dado su efecto propedéutico.

(c) *Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos*

¹¹ Después de todo, hay diferentes tipos de confidencialidad (vid, Alexander *et alii*, *The Singapore Convention on Mediation*, *ob. cit.*, p. 172).

El Artículo 11(1) de la Ley Modelo establece un principio importante:

“... no podrán hacer valer ni presentar pruebas, ni prestar declaración o prueba testimonial en un proceso arbitral, judicial o de índole similar en relación con ...”

Dicha prohibición incluye la invitación a mediar, opiniones, declaraciones, propuestas de mediador, posible aceptación de un arreglo, cualquier documento preparado únicamente para procedimiento mediación.¹² Y todo al margen de la forma de en que esté la información.¹³

Este principio es clave: da certeza que la información confiada en una mediación no será utilizada de mala fe por una de las partes en caso de que la mediación no prospere.

Es crucial que este principio se respete. Y que los tribunales (tanto arbitrales como judiciales) tomen medidas enérgicas para defender este principio. Han existido casos en que partes permean durante un proceso (arbitral o judicial) información sobre lo aseverado en una mediación para dar fuerza a su postura. Ello no solo no es ético, es ilícito. Y el efecto puede ser nefasto: la parte que actúa de buena fe, no solo ve su confianza traicionada, sino que la parte que incurre en ello le saca una ventaja de una manera que puede ser importante: los juzgadores (jueces o árbitros) pueden inconscientemente descontar la postura de una de las partes si no tienen cuidado con esto. Resultado: quien habló con franqueza e hizo un esfuerzo de buena fe por procurar un arreglo amistoso, ve que sus esfuerzos son usados en su contra por partes que oportunísticamente usan sus esfuerzos en su contra. Expuesto burdamente: al bueno le va mal por actuar bien; al malo le va bien por actuar mal. Este es justamente el tipo de escenarios en que la ley y la práctica deben ser estrictos. Solo por esta norma, México debe adoptar la Ley Modelo.¹⁴ Y la praxis tanto judicial como arbitral debe ser asertiva en hacerla cumplir y dar consecuencias proporcionales y bien pensadas a su violación, so pena de generar incentivos perversos.

(d) *Principio de no-requerimiento*

El artículo 11(3) de la Ley Modelo establece el principio de no-requerimiento, mismo que se extiende a todo tipo de información sin importar su naturaleza.¹⁵ El principio se desdobra en tres:

¹² Artículo 11(1) de la Ley Modelo.

¹³ Artículo 11(2) de la Ley Modelo.

¹⁴ Al día de hoy, ante el vacío legal, han habido tribunales arbitrales que han hecho determinaciones de ilicitud de esta conducta en base al principio de buena fe: el deber de las partes de litigar y conducirse en forma decente. Sin embargo, ante la ausencia de texto expreso, hacer la determinación basándose en dicha facultad implícita no siempre es fácil. Dada la importancia del punto, el que pueda basarse en texto expreso es de utilidad.

¹⁵ Artículo 11(4) de la Ley Modelo.

- (1) *Nadie* puede requerir la revelación de la información delicada compartida en una mediación. La obligación se extiende a todo tipo de autoridad, sin importar su naturaleza.
- (2) Puede ocurrir revelación en la medida en que la ley lo exiga o sea estrictamente necesario para hacer cumplir un acuerdo de transacción.
- (3) Si es que ocurre una revelación indebida, la información es inadmisibile *qua* prueba. Debe ser expurgada del expediente para no formar parte del mismo, de preferencia sin que el tribunal (arbitral o judicial) tome conocimiento del mismo.

Este principio es importante en que evita que el mismo resultado descrito en la sección anterior se logre a través de una orden de alguna autoridad que pueda no ser concedora o sensible a las sutilezas de esta materia.¹⁶ Ante ello, el que exista una norma expresa que establezca el principio en comento tendrá por efecto un resultado importante: procurar la franqueza del diálogo durante una mediación, lo cual incrementa las probabilidades de su éxito.

(e) *Admisibilidad no obstante uso en mediación*

La información usada en mediación no puede ser divulgada en procesos judiciales o arbitrales; pero la utilización de una prueba pre-existente en una mediación no puede por ese motivo dejar de ser usada en procesos judiciales o arbitrales—se trata de cosas distintas. No tenerlas claras haría de la mediación una trampa: por haber usado tu prueba contundente (tu ‘smoking gun’) en una mediación, te verías impedido de usarla en un proceso. La posibilidad de ello puede mermar diálogo franco que maximice las posibilidades de un acuerdo. Por ende, requiere claridad. De allí el tino de que la Ley Modelo haya contemplado esta norma: aclara lo que para los expertos es claro, pero que puede no serlo para otros: Una prueba pre-existente (no elaborada para la mediación) no deja de ser admisible por haber sido usada en mediación.¹⁷

5. Mediador tornado árbitro

La posibilidad de que una persona que ha actuado como mediador pueda fungir como árbitro es controversial. Ante ello, históricamente algunas reglas de mediación lo han prohibido. Ello a su vez es controversial. En mi opinión, es sobre-prohibitivo: si las partes en mediación quieren que el mediador actúe como árbitro, el que un reglamento lo prohíba imperativamente es demasiado. Después de todo, las partes saben lo que hacen. No hay porqué tratarlos como menores de edad cerrándoles opciones que pueden desear tomar. Y no hay un interés superior a tutelar. Si bien el paso puede ser riesgoso,

¹⁶ O, para hablar con franqueza, que haya sido persuadida por una parte que actúa de mala fe, algo que desafortunadamente ocurre, y que lamentablemente se observa con frecuencia creciente.

¹⁷ Artículo 11(5) de la Ley Modelo.

también puede ser útil. Y siempre y cuando le queden claro ciertas cosas—lo cual a muchos expertos les queda claro—no hay motivo para establecer una prohibición genérica. Ante ello, el que el Artículo 13 de la Ley Modelo establezca lo siguiente es plausible:

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

El que la norma esté precedida de “Salvo acuerdo en contrario de las parte” hace de la norma una atinada. Una que no solo permite, invita, creatividad contractual de las partes para diseñar soluciones que mejor atiendan los retos que enfrentan—una característica de buen derecho.

6. Recursos legales durante mediación

La Ley Modelo contempla una innovación interesante:¹⁸

Recurso a procesos arbitrales o judiciales

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la mediación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, por un período determinado o mientras no se produzca algún hecho en particular, ningún proceso arbitral o judicial con respecto a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos. No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación.

Anticipo que esta disposición dará mucho de qué hablar—y criticar. Propongo sin embargo que es una buena idea. Tres motivos soportan mi aplauso.

Primero, la obligación de mediar es de medios, no de resultados. Es imposible establecer una obligación de transigir: la posibilidad de arribar a una solución que sea aceptable a ambas partes para poner fin a un problema está sujeta a su contexto. Puede ser que una de las partes no esté siendo lo suficientemente cooperativa. O puede ser que no exista común denominador: que el problema sea uno de esos que no permiten un escenario de solución pragmático—una situación mucho menos frecuente de lo supuesto, pero no por ello deja de ser posible. Ante ello, es imposible inteligentemente establecer una conclusión genérica sobre la ausencia de un acuerdo de transacción. Hacerlo sería miope. Anclar en ello consecuencias generales sería mal derecho.

¹⁸ Artículo 14 de la Ley Modelo.

Segundo, existe una enorme predisposición en contra de muchos arbitralistas en contra de las cláusulas escalonadas. Muchos colegas consideran que solo entorpecen: que si las partes están dispuestas a mediar, lo harán. Pero que establecer una cláusula que contenga la obligación de mediar lo único que hace es dar municiones a la parte recalcitrante (generalmente la demandada) para entorpecer el proceso arbitral.

Difiero de dicha postura. Es cierto que una parte renuente a arbitrar utilizará con frecuencia una cláusula escalonada para entorpecer. Pero el acto es poco problemático—savlo para quienes se queman con agua tibia. Las soluciones a dicha táctica son extremadamente sencillas: por ejemplo, el tribunal arbitral puede suspender el proceso un tiempo breve, invitando a que las partes dialoguen, indicando que cualquiera puede reanudar unilateralmente el proceso. Si así ocurre, querrá decir que no hubo voluntad de negociar o mediar, o que ello no fue exitoso. Y de cualquier manera, si en verdad las partes quieren negociar o mediar, lo pueden hacer en paralelo al arbitraje. Nada impide hacerlo y en cambio las técnicas que las combinan (como Med-Arb) son útiles y recomendables pues maximizan las posibilidades de llegar a acuerdos, evitando dilaciones innecesarias. Por ende las críticas que han motivado a muchos colegas arbitralistas a desaconsejar las cláusulas escalonadas están sobre-expuestas. Si a ello se suma que no han habido casos de laudos anulados por no respetar una cláusula escalonada,¹⁹ el resultado es que se ha obviado utilizar una herramienta útil para vencer un predicamento del fomento de la mediación (la renuencia a proponer una mediación por temor a que ello sea visto como un acto de debilidad).²⁰ Este es el gran valor que dan las cláusulas escalonadas: sirven de ocasión para propiciar un acercamiento que puede echar frutos; mismo que generalmente no ocurre por las psicologías que se detonan ante un problema. Solo por eso, es aconsejable celebrarlas.

Finalmente, la norma citada de la Ley Modelo hace una aportación hasta ahora pasada por alto: que a la par de una mediación puede ser necesario tener que tomar pasos para preservar derechos. Al respecto, la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y Utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) (“*Guía*”) explica que no existió consenso sobre cómo manejar dicha situación. Ello pues el tema es controversial, en parte por las diferentes perspectivas sobre las cláusulas escalonadas.

La decantación derivada de la confrontación de posturas arrojó el siguiente resultado:

¹⁹ Algo que es buen derecho, pues no hay causal para ello. Y la causal posible (Artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York: no seguir el proceso acordado) implicaría una mala concepción de la causal, que se refiere a cuestiones procesales entendibles como diersas al pacto de mediar previo a demandar. (La validez de esta aseveración dependerá del texto preciso de la cláusula *in casu*.)

²⁰ Abundo sobre ello en *Fomentando Mediación: una Propuesta*, Spain Arbitration Review, Club Español del Arbitraje, No. 25 (visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones).

“... el tribunal arbitral u órgano judicial dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas ... excepto en la medida en que [sea] necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos...”

La solución parece equilibrada. Propicia acatar lo acordado sin constituirse en óbice innecesario de pasos que resguarden derechos.

Al respecto, cuatro apreciaciones vienen a la mente. Primero, debe tenerse en mente la aclaración importante que la ley Modelo hace al respecto:

No se considerará que el inicio de tal proceso constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación.

Esta salvaguarda es una contribución útil de la Ley Modelo.

Segundo, la hipótesis de la que parte la norma es que las partes hayan acordado expresamente renunciar a su derecho a entablar procesos arbitrales o judiciales mientras se siga sustanciando la mediación. En dicho caso la Guía propone que:²¹

... el tribunal judicial o arbitral estará obligado a prohibir que se lleve a cabo un proceso judicial o arbitral si ello supusiera quebrantar el acuerdo entre las partes.

Es importante entender el punto de partida del comentario. La hipótesis de la que parte la norma es una que no siempre se da; y que no es evidente que la cláusula escalonada contemple. Dichas cláusulas son más citadas que existentes. Muchas veces lo que hay es redacción que refleja la *pluralidad* de mecanismos o la *preferencia* de las partes por negociar, mediar o conciliar previo a demandar. Ello no es una *renuncia*. En la experiencia de este autor, las renunciaciones expresas son raras. La mayoría de las veces lo que se observa es texto que refleja la intención común de las partes de seguir una negociación (inclusive asistida: una mediación) *previo* a demandar. Pero ello no es una renuncia.

Tercero, suponiendo que existe una cláusula verdaderamente escalonada, su efecto no es evidente. Genera opiniones diversas. Para algunos, la obligación de negociar o mediar es una obligación curiosa: *obligarte* a llegar a un acuerdo *voluntario* es una contradicción en términos. Para otros, es una condición. Y para algunos otros, restringe jurisdicción. Otras mentes consideran que implica la exigencia de un esfuerzo que debe existir pero que no viola un deber jurídico si no ocurre.

Para este autor, dichas cláusulas deben tener un efecto: no solo refleja una voluntad contractual (y toda voluntad contractual debe ser respetada), sino que cumplen una función importante: propiciar dialogar previo a pelear.²² Por ende, en mi opinión,

²¹ Guía ¶93.

²² Para abundar, véase *Propiciando Mediación: una Propuesta, ob. cit.*

dichas cláusulas tienen como contenido obligatorio: el *hacer un esfuerzo razonable y de buena fe para llegar a un resultado*. Si una vez seguido no se logró un acuerdo, pueden proceder a demandar. No hacerlo debe tener un impacto en costas (arbitrales o judiciales). Ello, propongo, es el punto medio correcto entre las consideraciones en juego.

Finalmente, al margen de lo anterior, la novedad de la Ley Modelo es que reconoce que, cualquiera que sea la perspectiva que se pueda tener, puede ser necesario tomar pasos legales (arbitrales o judiciales) para preservar derechos. Al respecto, la Guía explica que:²³

Incluso en el caso de que las partes hayan convenido en renunciar a su derecho a iniciar un proceso arbitral o judicial mientras la mediación esté pendiente, el artículo 14 prevé la posibilidad de que una parte haga caso omiso de ese acuerdo cuando, a su juicio, la iniciación del proceso arbitral o judicial sea necesaria para preservar sus derechos. Esa disposición parte de la premisa de que las partes se limitarán efectivamente y de buena fe a entablar un proceso judicial o arbitral cuando esos procesos sean efectivamente necesarios para preservar sus derechos. Entre las circunstancias que tal vez requieran que se inicien esos procesos cabe citar la necesidad de solicitar medidas cautelares o evitar la expiración de un plazo de prescripción. Una parte también podría entablar un proceso judicial o arbitral cuando una de las partes actuara con pasividad y obstaculizara así el cumplimiento del acuerdo de mediación. Sin embargo, en ese caso, una parte podría entablar un proceso judicial o arbitral una vez concluido el procedimiento de mediación con arreglo al artículo 12.

El artículo 14 deja en claro que el derecho de las partes a entablar un proceso arbitral o judicial constituye una excepción al deber de los tribunales arbitrales o judiciales de suspender esos procesos si las partes hubieran renunciado a su derecho a entablarlos.

Como puede observarse, las labores de discusión en el seno de la UNCITRAL concluyeron que los pasos legales paralelos a una mediación no solo no deben verse con malos ojos, sino que bien pueden ser consistentes con, y en apoyo de, una mediación. De particular tino es la apreciación del último párrafo: demandar puede estar exceptuado de la obligación de suspender procesos, cuando se haya pactado.

Ante lo anterior, es mucho mejor entender que, inclusive ante cláusulas escalonadas, una parte puede verse obligada a seguir procesos legales (arbitrales o judiciales), y que ello no es una violación al deber de mediar. Ante dicha problemática, la Ley Modelo presenta una solución mucho más sensata que otras opciones que algunos han propuesto. Lo que el artículo 14 de la Ley Modelo establece es que el tribunal arbitral o judicial:

dará efecto a ese compromiso hasta que se cumplan las condiciones estipuladas en él, excepto en la medida en que una de las partes estime necesario entablar ese proceso para proteger sus derechos

La solución es acertada, pero anticipo diferencias. ¿Qué significa “dará efecto al compromiso” de no entablar ningún proceso arbitral o judicial? ¿Cómo se ‘da efecto’?

²³ Guía ¶¶94-95. Notas omitidas.

Sin duda, existirán perspectivas diversas sobre cómo ‘dar efecto’ al pacto de no entablar recursos. Propongo tres cosas:

Primero, que se entienda que existe libertad de método del juez o árbitro sobre cómo ‘dar efecto’ al pacto. Ello pues los pactos difieren en su contenido, por lo que es imposible establecer una solución aplicable a todos los casos.

Segundo, que la inclinación sea a usar las costas como la forma de manejar la cuestión. Las opciones pueden generar más problemas que soluciones.

Tercero, que en ningún caso se conciba como una cuestión de jurisdicción, en todo caso como una cuestión de admisibilidad—pero inclusive este último caso hace surgir dudas. Sostener que una reclamación no es admisible por no haberse agotado un paso contractual previo puede ser demasiado. Puede propiciar que sea pellizcado por prescripción. O pueden detonar problemas que la práctica enseña que ocurren cuando se les caracteriza como cuestiones de admisibilidad de la reclamación. Me vienen a la mente situaciones diversas que la práctica me ha enseñado que han tenido resultados lamentables, y todo por plantear la cuestión como una de ya sea jurisdicción o admisibilidad. Propongo ante ello que toda la temática de cláusulas con pluralidad de mecanismos de gestión de riesgo jurídico son mejor concebidas, no como condicionantes de jurisdicción, y tampoco caracterizables como condicionantes de admisibilidad. Son mejor manejadas con una distribución ponderada de costos (incluyendo gastos de representación legal). Ello, propongo, acomoda de forma deseable los incentivos, de tal forma que se evite oportunismo, incertidumbre o consecuencias inadvertidas pero no se disuadan pasos justificados, y mucho menos se complique el ejercicio de derechos.

7. Régimen sintonizado con Convención de Singapur

Otra novedad de la Ley Modelo es que ha establecido un vaso-comunicante con la Convención de Singapur. El Capítulo 3 (artículos 16 a 20) contempla un régimen consistente con la Convención de Singapur, casi copia al calca.²⁴ Ello es una magnífica idea: hace de ambos instrumentos un binomio idóneo. Dos instrumentos jurídicos que conjuntamente logran algo fabuloso: nutrirse recíproca y apoyarse armónicamente para lograr lo que es necesario lograr para el éxito del instrumento. Algo semejante a lo que se logró con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“*Convención de Nueva York*”) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985: una pareja jurídica que conjuntamente creó un sistema que tanto local como internacionalmente proveían lo necesario para que el arbitraje funcionara. Resultado: 30 años después, el arbitraje descansa en un sistema mundial que ha hecho del mismo el medio idóneo y más exitoso para resolver

²⁴ Lo detallo en II.B *infra*.

controversias. Uno que inclusive ha servido de asidero para resolver problemas sociales delicados.

El que la Ley Modelo de este paso es digno de aplauso.

*

* *

La Ley Modelo debe ser adoptada por México. Al hacerlo, es imperativo que se incluya la siguiente disposición:

Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción

1. Cuando se inicie el procedimiento de mediación dejará de correr el plazo de prescripción de la pretensión que es objeto de la mediación.
2. Cuando el procedimiento de mediación concluya sin haberse llegado a un acuerdo de transacción, el transcurso del plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que finalice el procedimiento de mediación sin que se haya celebrado un acuerdo de transacción.

Esta disposición cumple el importante propósito de establecer una solución a la cuestión del tiempo que puede orillar a las partes a tener que demandar, a veces cerrando la puerta de una negociación o mediación. Y la solución idónea no es la interrupción de la prescripción, sino su suspensión. Hay quien ha abogado a favor de la interrupción. Respetuosamente creo que al hacerlo no se ha pensado con detenimiento sus consecuencias. Una norma que establece que la mediación *interrumpe* la prescripción se erigirá en óbice para mediar en los casos en los que ha pasado tiempo, por lo menos desde la perspectiva del demandado posible.

B. CONVENCIÓN DE SINGAPUR

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (“*Convención de Singapur*”, como se le conoce habitualmente) fue adoptada en diciembre 2018. Constituye la culminación de años de diálogo sobre cómo fomentar la mediación, que está tan desutilizada, y que tiene un papel importante que jugar no solo en el fomento de los mecanismos apropiados de solución de controversias, sino en el fomento del Estado de Derecho.

La Convención de Singapur intenta emular el éxito que la Convención de Nueva York ha logrado en materia de arbitraje: se trata de nada más y nada menos que el pasador mundial que ha logrado crear un “sistema” internacional de arbitraje. El arbitraje se ha erigido en el mecanismo más aceptado mundialmente para resolver problemas. La piedra angular de dicho edificio es la Convención de Nueva York. La Convención de Singapur busca hacer lo propio respecto de la mediación. El objetivo es loable. México debe apoyarlo.

La Convención de Singapur establece en esencia tres cuestiones que deben ser entendidas:

1. **Obligación de ejecución:** establece una obligación de derecho internacional de ejecutar acuerdos de transacción que deriven de una mediación cuando estos sean “internacionales”²⁵ (no excluidos²⁶).
2. **Requisitos:** los requisitos que el acuerdo de transacción derivado de una mediación debe reunir para que sea ejecutable.
3. **Causales de denegación:** los motivos por los cuales se puede denegar la ejecución.

A continuación las comento.

1. Obligación de ejecución

La Convención de Singapur establece la obligación de derecho internacional de ejecutar acuerdos de transacción que deriven de una mediación. La obligación sirve tanto de espada como escudo.

Como **espada**, el párrafo 1 del artículo 1, titulado “Principios generales”, establece:

Cada Parte en la Convención ordenará la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención.

Se trata de una obligación de derecho internacional dirigida a los Poderes Judiciales de los Estados Parte a ejecutar los acuerdos de transacción. La obligación es de resultados, no de medios: los medios se dejan a los sistemas de cada uno de los Estados Parte para que implementen las formas de cumplir con tal obligación.

Como **escudo**, la Convención establece la no-ventilación de cuestiones que hayan sido objeto de una transacción. El párrafo 2 del artículo 1 establece:

Si surgiera una controversia acerca de una cuestión que una parte alegue que ya ha sido resuelta mediante un acuerdo de transacción, la Parte en la Convención deberá permitir a la parte invocar el acuerdo de transacción de conformidad con sus normas procesales y

²⁵ Se entiende que un acuerdo de transacción derivado de mediación es ‘internacional’ cuando (i) las partes tienen establecimientos en países diversos; (ii) el Estado en el que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas de dicho acuerdo es diverso al Estado donde tienen sus establecimientos; o (iii) el Estado más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción es diverso al del establecimiento de las partes. (Artículo 1(1) de la Convención de Singapur.)

²⁶ Están excluidos del ámbito de aplicación de la Convención de Singapur las transacciones que deriven de (i) operaciones de consumidor, (ii) derecho de familia; (iii) judiciales; y (iv) incorporados a un laudo arbitral y ejecutados como tal (artículo 1(2) y 1(3) de la Convención de Singapur.)

en las condiciones establecidas en la presente Convención, a fin de demostrar que la cuestión ya ha sido resuelta.

Esta norma evita que una parte desacate el efecto conclusivo de una transacción: el que habiendo aceptado los términos que ponen fin a una disputa mediante un acuerdo de transacción, una de las partes presente una acción jurídica en contra de otra.

En forma importante, la Convención establece que la autoridad competente debe actuar con celeridad. El principio es loable: la realidad cada vez exige mayor celeridad.²⁷ El que se cristalice en una norma expresa será útil para evitar lo que con tanta frecuencia se observa: que las promesas de eficacia y eficiencia se quedan en eso: promesas.

2. Requisitos

La Convención de Singapur establece ciertos requisitos para que un acuerdo de transacción pueda ser ejecutado bajo su amparo. Se resumen en que se demuestre que existe consentimiento en transigir, y que ello es producto de una mediación.²⁸ Es decir, que la transacción no es cualquier transacción, sino una que deriva de una mediación.

El matiz es importante, y no carece de detractores. Hay quien ha dicho que una transacción es una transacción y por ende debería gozar del régimen de ejecución bajo la Convención de Singapur. Aunque el punto no deja de tener cierto mérito, la opinión que ha prevalecido es que se justifica diferenciar entre una transacción común y corriente, de una que deriva de una mediación. Y el punto merece ser compendado. Cuando las partes realizan un ejercicio de mediación ocurre más que cuando se ciñen a negociar entre ellas y llegar a un acuerdo ellas solas. Un acuerdo en el que un tercero implementa las técnicas de la mediación es uno en el que ha ocurrido más. Uno que merece por ese solo motivo contar con un caparazón adicional de ejecutabilidad. Después de todo, el empleo diestro de las técnicas de la mediación significa que las opciones disponibles para lograr un acuerdo han crecido. El esfuerzo realizado es mayor—incluyendo el costo invertido en hacerlo. Ello justifica una elevada ejecutabilidad.

Es por lo anterior que el artículo 4 de la Convención de Singapur exige:

1. **Consentimiento:** que el acuerdo transaccional ha sido firmado por las partes.
2. **Prueba de mediación:** que se demuestre que la transacción es producto de una mediación.
3. **Traducción** cuando así sea necesario.²⁹

²⁷ Convención de Singapur, artículo 4(5).

²⁸ Convención de Singapur, artículo 4(1).

²⁹ Convención de Singapur, artículo 4(3).

Para cumplir el segundo requisito, la Convención de Singapur propone ejemplos de cómo satisfacer el requisito, a saber:

- (1) La firma del mediador en el acuerdo de transacción;
- (2) Un documento firmado por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación;
- (3) Un certificado expedido por la institución que administró la mediación;
- (4) Cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable.

Se trata sin embargo de ejemplos, no una lista limitada de requisitos. La lista es por ende *numerus apertus*. Siempre que pueda demostrarse de cualquier manera que la transacción es fruto de una mediación.

Se propone que al interpretar y aplicar esta disposición, ante escenarios grises,³⁰ la autoridad competente deba inclinarse por aceptar que se cumple el requisito, salvo prueba contundente en contrario.

3. Causales de denegación

Los motivos para negar la ejecución de las transacciones derivadas de mediación son un tema importante de la Convención, y uno que ha dado lugar a dudas y debates. Tales, que bien puede suponerse que podrían explicar las dudas que la Convención ha generado en distintas partes del mundo.³¹

El artículo 5 del Convenio de Singapur establece las causales de denegación de ejecución del acuerdo de transacción, y son:

- (1) Incapacidad³²

³⁰ No es difícil pensar en situaciones que se aparten de una lectura directa del requisito. Por ejemplo, en una mediación en la que este autor fue parte, la transacción ocurrió meses después de la mediación, y en buena medida gracias a elementos que el mediador hizo ver, sembró en la mente de las partes, y que fueron cobrando importancia conforme las partes lograron bajarle la temperatura a la discusión. Ante la duda propiciada por el tiempo transcurrido entre la mediación y la transacción, se propone que se resuelva a favor de la satisfacción del requisito.

³¹ Cuando este autor era Presidente del Instituto Mexicano de la Mediación (IMM), representé al IMM ante el congreso internacional de Asociaciones de Mediación en Zurich (2019). Fue sorprendente la diversidad de opinión que dicha Convención ha propiciado en juristas de diversas partes del mundo. El foco de atención lo son justamente los motivos para denegar ejecución.

³² Convención de Singapur, artículo 5(1)(a).

- (2) Nulidad, ineficacia o imposibilidad de cumplimiento³³
- (3) Que el acuerdo de transacción no es obligatorio o definitivo³⁴
- (4) Modificación del acuerdo de transacción³⁵
- (5) Cumplimiento pretérito del acuerdo de transacción³⁶
- (6) Incomprensión del acuerdo de transacción³⁷
- (7) Inconsistencia: que las medidas solicitadas no son acordes a los términos de la transacción.³⁸
- (8) Incumplimiento grave de normas aplicables al mediador sin la cual la parte no hubiera consentido la transacción.³⁹
- (9) Falta de revelación de una circunstancia que suscite duda fundada sobre la imparcialidad o independencia del mediador, y que al no haberla revelado se repercute de manera sustancial o se ejerció influencia indebida en una de las partes, y que dicha parte no habría consentido el acuerdo de transacción de haberse revelado.⁴⁰
- (10) Orden público: que la ejecución de la transacción es contraria al orden público.⁴¹
- (11) Que la materia no es susceptible a resolverse mediante mediación.⁴²

De estas, a continuación comento tres: incumplimiento con normas aplicables al mediador, no-revelación y orden público.

(a) *Incumplimiento de normas deontológicas*

La Convención de Singapur establece como motivo para denegar ejecución el que:⁴³

³³ Convención de Singapur, artículo 5(1)(b)(i).

³⁴ Convención de Singapur, artículo 5(1)(b)(ii).

³⁵ Convención de Singapur, artículo 5(1)(b)(iii).

³⁶ Convención de Singapur, artículo 5(1)(c)(i).

³⁷ Convención de Singapur, artículo 5(1)(c)(ii).

³⁸ Convención de Singapur, artículo 5(1)(d).

³⁹ Convención de Singapur, artículo 5(1)(e).

⁴⁰ Convención de Singapur, artículo 5(1)(f).

⁴¹ Convención de Singapur, artículo 5(2)(a).

⁴² Convención de Singapur, artículo 5(2)(b).

⁴³ Convención de Singapur, artículo 5(1)(e).

El mediador incurrió en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción

Es de anticiparse que esta causal será objeto de mucho litigio. Que partes que se hayan arrepentido de transigir, o hayan recibido el *quid* de la transacción pero se nieguen a dar el *pro quo* la usen para justificar su incumplimiento.

Pero también es cierto que puede haber un motivo válido para esgrimirla: después de todo, la norma tutela algo. Ante ello, vale la pena tener en mente las siguientes consideraciones.

Primero, comencemos con la hipótesis: incumplimiento de las “normas aplicables al mediador”. Los regímenes de mediación contemplan normas diversas. Y algunos regímenes son omisos. Ante ello, será importante que el mediador tenga presente el régimen aplicable y proceda cuidadosamente. El objetivo debe ser cerciorar que no hay paso o requisito alguno que haya sido obviado, y que pueda abrir una discusión al momento de buscar la ejecución. Al respecto, propongo que la autoridad competente tenga presente el comportamiento de las partes. Si el tema sin embargo es uno que era desconocido, la queja puede tener mérito. Pero si el tema que motiva la queja es uno que implica conocimiento de las partes y nadie objetó, debe entenderse como consentido.

Segundo, es de tomar nota de los adjetivos que usa la norma: alude a “incumplimiento grave”. Por definición, ello quiere decir que no cualquier incumplimiento actualiza la hipótesis. Debe tratarse de algo distinto a lo ordinario. De algo que no sea una *peccata minuta*. Y como la palabra “grave” no está definida, ello sin duda invitará diferencias de opinión. Propongo echar mano de la noción que el derecho civil establece en materia de la responsabilidad extracontractual: la culpa o falta grave, entendida como aquella que no incurriría inclusive la persona con menor cuidado: “*culpa grave [es] la mayor de las imprudencias*”.⁴⁴ Este, propongo, es el umbral de descuido que tendría que demostrarse para tener por actualizada la causal de denegación de ejecución. De lo contrario, se diluye la efectividad de los acuerdos de transacción derivados de mediación. Y no olvidemos que gozan de fuerza de cosa juzgada.

Tercero, no cualquier incumplimiento (grave o no) actualiza la causal. Debe ser uno (*sic*): “sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción”. Ello es un requisito que debe ser demostrado. Y la carga de la prueba naturalmente estará sobre los hombros de la parte que resiste ejecución de la transacción para demostrar que, de haber conocido la información que no le fue revelada, no habría celebrado la transacción.

La determinación contiene sin embargo otro lado de la moneda. De en verdad ser grave el hecho no revelado, existiría falta de parte del mediador. Y dicha falta sería sobre un

44 Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala, Mischel Cohel Chicurel, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, Porrúa, 2ª ed., México, 2015, pp. 718-719.

principio importante: la tutela de la candidez de las revelaciones de personas a quienes se confía un papel de confianza.

Habrá que ver cómo juega este principio en la práctica. La única advertencia genérica que parece conveniente hacer es no tomar cualquier nimiedad como motivo que la actualiza. De lo contrario, estaremos diluyendo el efecto de finalidad (de *res iudicata*) de las transacciones.

(b) *No revelación*

Otro motivo para denegar ejecución del acuerdo de transacción es que:⁴⁵

El mediador no reveló a las partes circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del mediador y el hecho de no haberlas revelado repercutió de manera sustancial o ejerció una influencia indebida en una de las partes, la cual no habría concertado el acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado.

El requisito se inspira en el régimen de revelación aplicable a los árbitros. El paso es digno de tomar nota: se exige no solo imparcialidad sino independencia (dos conceptos diversos), sino apariencia de ello. Se trata de una facultad importante. Delicada. Su fallo (el laudo) es *res iudicata*, y en forma inmediata—a diferencia de las sentencias que, dependiendo de las sutilezas procesales de cada *lex fori* adquieren dicha fuerza después de tomados ciertos requisitos y transcurrido cierto tiempo. Pero ello no existe en la mediación. Aunque las facultades conferidas al mediador varían, y la labor que puede efectuar puede (suele) ni siquiera ser evaluativa,⁴⁶ el que aún así se pida lo mismo de los árbitros es digno de mención—y propondría que aplauso. Los mediadores son destinatarios de un voto de confianza de las partes. Los mediadores recibirán confidencias y se permitirá que actúen de una manera que influye en la solución de las partes.

Existe una diferencia, sin embargo. A diferencia del régimen descrito de los árbitros, la Convención de Singapur añade una capa adicional de exigencia: *no es cualquier cosa que se haya no revelado lo que justifica negar ejecución*. El hecho no revelado tiene que tener como consecuencia alguna de las siguientes dos cosas, mismas que deben demostrarse por la parte que resiste ejecución:

- (1) Que el hecho no revelado “repercutió de manera sustancial”; o

⁴⁵ Convención de Singapur, artículo 5(1)(e).

⁴⁶ En principio, los mediadores avienen, no evalúan. Su papel es por ende distinto a aquilatar la postura o conducta de las partes, sino simplemente erigirse de un facilitador de un arreglo que surja de las partes mismas. Este principio sin embargo varía: algunos consideran que ello es la labor de su vecino conceptual: el conciliador. No disiparé dicha diferencia: excede el objetivo de este ensayo. De lo que dejaré constancia es que existe. Pero en cualquier caso, no cambia el punto tocado en el texto: en ningún caso tiene el mediador facultades para hacer vinculatoria la solución que pueda (dependiendo de lo que las partes deseen; de las facultades con las que lo envistan) emitir.

- (2) Que el hecho no revelado “ejerció una influencia indebida en una de las partes, la cual no habría concertado el acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado”.

Dichas consecuencias tienen implicaciones diversas. Primero, elevar la gravedad del hecho no revelado. Ello significa que, a diferencia del régimen de los árbitros (que, aunque variable, puede válidamente interpretarse estrictamente y justificar decisiones de nulidad de laudos por el sencillo hecho de no revelar, aún si no se demuestra daño o antes atenuantes), en materia de mediación se exige demostrar una consecuencia específica: que no se habría consentido. Ello eleva el umbral probatorio y de exigencia que debe cumplir la parte que resiste la ejecución.

Segundo, la carga de la prueba. Es evidente que ésta está en los hombros de quien resiste la ejecución. Lo que es digno de mencionar es que debe evaluarse a la luz de varias consideraciones. Una es escuchar lo que tiene que decir la otra parte. Otra, el estado de cumplimiento del contenido del acuerdo de transacción: si por ejemplo A ya cumplió y, al esperar el cumplimiento recíproco de B, B se niega aduciendo el problema de revelación, ello debe verse de manera muy distinta a si, por ejemplo, A se niega a recibir el beneficio de B derivado del acuerdo de transacción pues es su deseo repudiar todo el esfuerzo al haber conocido del hecho no revelado del mediador. Mientras que el primer escenario sería oportunista, el segundo parecería ser uno basado en principio. El tratamiento de la situación debe ser diverso, so pena de premiar tácticas y chicanería.

Tercero, al evaluar todo lo anterior se somete a la consideración de las partes, sus abogados, los mediadores y sobre todo las autoridades competentes que, al final de todo el ejercicio de mediación, el contenido del acuerdo de transacción es uno sobre el cual las partes podrán dar un “sí” o “no” final; y las partes saben lo que hacen. Este no es un régimen paternalista—mucho menos uno en el que debe tratarse a las partes como si existiera una *capitis diminutio*. Tratándose de mediación comercial, los participantes serán comerciantes, lo cual implica que son actores en el mundo del mercado: algo que supone pericia y asesoría. Y sobre todo riesgo, mismo que es asumido. Ello tiene que ser considerado por la autoridad competente cuando evalúe si se actualiza la consecuencia comentada. Y debe ser dispositivo, so pena de invitar abusos y tácticas deplorables.

(c) *Orden público*

“Orden público” es un texto abierto. Una norma tejida no con hilo sino con estambre. Una que tiene, por diseño, el efecto de conferir margen de maniobra al órgano aplicador del derecho (en nuestro caso, a la autoridad competente) para ejercer discernimiento sobre si ejerce o no o de cierta manera las facultades que la norma provee: en nuestro caso, negar

ejecución del acuerdo de transacción. El discernimiento comentado implica valorar las circunstancias existentes que, por definición,⁴⁷ pueden ser diversas, grises o complejas.

El orden público es un concepto jurídico empleados en diversos regímenes jurídicos.⁴⁸ Su contenido preciso varía dependiendo del régimen en cuestión. La generalidad sin embargo es la comentada en el párrafo que antecede. Entendida esta, la pregunta obligada es qué significará en el contexto de mediación. ¿Cuál será la definición granular que para efectos de la Convención de Singapur se le confiera? ¿Será la misma que en arbitraje?

Aunque la respuesta podría al principio parecer afirmativa, hay elementos para considerar que no. Mientras que el laudo proviene del árbitro, tiene fuerza de cosa juzgada, y es fruto de la labor de juzgar y adjudicar, el acuerdo de transacción derivado de la mediación es fruto de la libertad de las partes. Sus límites por ende pueden entenderse diversos, lo cual podría influir en la evaluación de la actualización del orden público como motivo para denejar ejecutar lo que en esencia es una solución a un problema confeccionada por las partes mismas.

El orden público en estos regímenes suele entenderse como una válvula de protección respecto de la porosidad del sistema legal. Los sistemas jurídicos abiertos al tráfico jurídico internacional (como el mexicano⁴⁹) corren el riesgo de que se incorporen, a través de uno de sus poros,⁵⁰ elementos que no solo son diversos al derecho local, sino que lo ofenden. El orden público es la respuesta a ello. Es así como debe verse por la autoridad competente: como una válvula que permite que el juez mexicano que actúe como autoridad competente bajo el marco de la Convención de Singapur haga cumplir coactivamente acuerdos de transacción derivados de mediación. Debe no prestarse a ello cuando observe que lo acordado es ofensivo al derecho mexicano. En dicha operación, la palabra “ofensivo” es clave: no es que los actos jurídicos diversos a los locales no sean bienvenidos —lo son: la diversidad no es per se motivo para no hacer cumplir—tiene que ser ofensivo a nuestros paradigmas. De no serlo, no puede negarse ejecución.

(d) *Multiplidad de acciones*

⁴⁷ De lo contrario, la especie de norma que se emplearía sería regla, no una norma de textura abierta.

⁴⁸ Por ejemplo, en materia regulatoria se utiliza para significar norma imperativa; en materia contractual significa límite a la libertad contractual; en materia de derecho internacional privado significa excepción a la aplicación de derecho extranjero una vez determinado aplicable por encontrar que es ofensivo a la *lex fori*; en materia de arbitraje significa las normas más fundamentales de justicia y moralidad. (Para abundar véase *Lo Lúdico del Orden Público*, visible en www.gdca.com.mx/publicaciones.)

⁴⁹ Artículos 12, 13, 14 y 15 del Código Civil Federal.

⁵⁰ Por ejemplo, el principio derechos adquiridos (artículo 13.I del Código Civil Federal), la obligación de aplicar derecho extranjero que resulta aplicable (artículo 14 del Código Civil Federal) y la obligación de ejecutar sentencias extranjeras (artículo 1347-A del Código de Comercio) y laudos arbitrales (artículos 1462 *et seq* del Código de Comercio). De celebrarse por México, la Convención de Singapur se traduciría en otro de dichos poros.

La Convención de Singapur establece que, cuando ante solicitudes de ejecución múltiples, las autoridades competentes pueden, a solicitud de parte, decidir aplazar la decisión de ejecución o solicitar garantías.⁵¹ La disposición es útil pues es previsible que ocurran múltiples esfuerzos para ejecutar. Y dicha posibilidad suele, en otras materias, generar dudas que aún no han sido resueltas. Ante ello, el que la Convención de Singapur contemple una solución es útil, pues evita la frustración que en ocasiones soluciones miopes han engendrado. Propongo que ante la multiplicidad de acciones deben adoptarse medidas que sean proporcionales a lo enfrentado y sobre todo que no frustren el ejercicio del derecho—lo cual lamentablemente a veces no pasa. No olvidemos que es un régimen pro-creditorum. Y que para que funcione—para que sirva de asidero de operaciones jurídicas deseables—debe ser interpretado de una manera no conducente a sucumbir a excusas para evitar cumplir.⁵²

C. LA LEY MODELO Y LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR: UN BINOMIO IDÓNEO

La Ley Modelo y la Convención de Singapur son un binomio no solo natural y coherente, sino *conveniente*, para fomentar la solución amigable, eficaz y eficiente de controversias. Constituyen dos dientes de la pinza que procura que los acuerdos que las partes. Coexisten armónicamente.

Al día de hoy, 46 países han adoptado legislación basada o inspirada en la Ley Modelo.⁵³ Al día de hoy, diez países han ratificado la Convención de Singapur.⁵⁴ México tiene una oportunidad preciosa para erigirse en ejemplo. Que se posicione como líder latinoamericano sobre una necesidad apremiante —mejorar el Estado de Derecho— y encabece un movimiento.

⁵¹ Convención de Singapur, artículo 6.

⁵² La aseveración no es una digresión. Observo una tendencia en mente de muchos, inclusive letrados, colegas a aceptar motivos insípidos para no llevar a sus consecuencias principios importantes. Un ejemplo de ello es el principio *restitutio in integrum*: la cantidad de decisiones (algunas de las que he formado parte como parte de un tribunal arbitral) que he observado que no llevan dicho principio a sus últimas consecuencias es enorme. Ello es lamentable, pues los acreedores (con frecuencia víctimas de ilícitos) no ven sus derechos respetados, y quienes actúan ilícitamente ven premiadas sus tácticas. La frustración que ello me genera está en vías de ser atendida en una obra en ciernes ...

⁵³ Ver uncitral.un.org. Fecha de consulta: 2 de enero de 2023.

⁵⁴ Ver uncitral.un.org. Fecha de consulta: 2 de enero de 2023.

III. CONCLUSIÓN

México tiene una oportunidad preciosa: puede erigirse en líder regional, inclusive mundial, poniéndose como ejemplo de un movimiento mundial de apoyo del Estado de Derecho mediante el fomento de una disciplina que lo procura: los mecanismos de solución de controversias.

Lo que hace valiosa la oportunidad es una combinación de lo preocupante del Estado de Derecho en México y la recalcitrancia que se observa por la adopción de ambos instrumentos: la Ley Modelo y la Convención de Singapur.

La oportunidad debe ser aprovechada. Debemos acusar recibo del deterioro en nuestro Estado de Derecho, y actuar. Debemos dejar detrás tanto la vergonzosa desunión que tuvo como resultado el sabotaje de las dos iniciativas de mediación como la (rara) obstinación respecto de los instrumentos de mediación, y abrazarlos. Para ello, sigamos el exhorto de la Asamblea General de las Naciones Unidas:⁵⁵

Exhorta a los Gobiernos y a las organizaciones regionales de integración económica que deseen fortalecer el marco jurídico sobre la solución de controversias internacionales a que consideren la posibilidad de hacerse partes en la Convención.

De hacerlo, habremos dado un primer paso para combatir la triste situación de Estado de Derecho que se observa en México.

⁵⁵ 62ª Sesión Plenaria, 20 de diciembre de 2018.