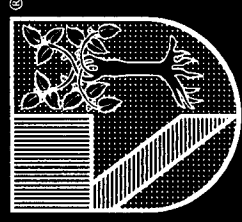


ARTS TUTIS

Número
30
2003



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE EL CRECIENTE DESARROLLO DEL ÁREA

Francisco González de Cossío

SUMARIO: I. Introducción y ámbito de este estudio. II. Antecedentes sobre los MASC. III. La conciliación y la mediación. 1. Punto en común: la función y objetivos. 2. Diferencias: la fuente de la solución. A. Concepto de conciliación. B. Concepto de mediación. IV. Ley modelo de conciliación de la UNCITRAL. 1. Introducción. A. Concepto de conciliación. B. Ámbito de aplicación. 2. Interpretación. 3. Autonomía de la voluntad. 4. Comienzo del procedimiento conciliatorio. 5. Impacto de la conciliación sobre la prescripción. 6. Número de conciliadores y requisitos de los mismos. A. Independencia. B. Imparcialidad. 7. Procedimiento de conciliación. A. Libertad de método. B. Igualdad de las partes. C. Su gerencias de transacción. D. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos. E. Terminación del procedimiento conciliatorio. 8. Comunicación entre el conciliador y las partes. 9. Divulgación de información. 10. Conciliador convertido en árbitro. 11. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales. 12. Recomendaciones al adoptar la Ley Modelo. A. Aplicable a conciliaciones locales. B. Suspensión de la prescripción. C. Adopción como ley independiente. D. El arreglo derivado de la conciliación como un instrumento con aparejada ejecución. V. Instituciones de conciliación y el Reglamento ADR de la CCI. 1. Instituciones de conciliación y MASC. 2. Antecedentes del Reglamento ADR de la CCI. 3. El Procedimiento ADR. A. Comienzo del Procedimiento ADR. B. Selección del tercero. C. Deber de reunirse con el tercero. D. Principios del Procedimiento ADR. E. Terminación del Procedimiento ADR. F. ADR y Arbitraje. VI. Comentario final.

I. Introducción y ámbito de este estudio

Los mecanismos alternativos de solución de controversias ("MASC") son herramientas que con creciente frecuencia son utilizadas para solucionar diferencias de una manera amistosa y sin la necesidad de tener que recurrir a medios adversariales, como el arbitraje y el litigio.

Recientemente avances han tenido lugar en esta área, mismos que motivan esta nota. Me refiero en específico a la creación por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de una Ley Modelo sobre Conciliación Internacional y a la emisión por la Cámara de Comercio Internacional de un Reglamento ADR.¹

El propósito de este estudio es hacer un comentario sobre la naturaleza de los MASC y, en específico, la conciliación, diferenciándola de la mediación.² A su vez, se mencionará en forma breve el impacto que los medios mencionados han tenido en esta área, brindando algunas sugerencias y opiniones al respecto.

II. Antecedentes sobre los MASC

En forma general, mas no unánime, el panorama de los mecanismos de solución de controversias está conformado por los siguientes: (1) la negociación;³ (2) los procedimientos en los que participa un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable;⁴ (3) los pro-

¹ Si bien existen otros pasos adicionales que no pueden pasar desapercibidos (la creación del Instituto Mexicano de la Mediación, el Reglamento de Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, CANACO, las Reglas de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, CAMCA, y el Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI) por la importancia de los instrumentos citados en el texto, me concentraré de momento sólo en éstos.

² El comentario sobre la naturaleza de los MASC no incluirá un análisis exhaustivo de ellos. Para esto se recomienda el estudio del Lic. Fernando Estavillo Castro, "Medios alternativos de solución de controversias", *Jurídica*, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 26, 1996, p. 372.

³ En el cual son sólo las partes, sin asistencia de un tercero o institución, quienes dirimen la controversia.

⁴ Dentro de este rubro de procedimientos encontramos, en forma principal, a: (i) la Conciliación; (ii) la Mediación; (iii) la Evaluación Neutral; (iv) la Evaluación Neutral de un Experto; (v) el Mini-juzicio ("Mini-Trial"); y (vi) los Paneles de Revisión de Controversias ("Dispute Review Boards", "DRB's"). A su vez, existe una diversidad de métodos que pueden, por su uso, calificarse como secundarios. Estos son: (i) juez privado ("rent-a-judge"); (ii) oyente neutral ("neutral listener"); (iii) determinaciones de hecho por expertos ("neutral expert factfinding"); (iv) decisión no obligatoria ("non-binding ex parte adjudication"); (v) adaptación de contratos ("contract adaptation"); (vi) consultas ("consultations"); (vii) Buenos Oficios ("Good Offices"); y (viii) Investigaciones ("Survey").

cedimientos que concluyen con una decisión que es provisionalmente vinculante, conocidos como Paneles de Adjudicación de Controversias ("Dispute Adjudications Boards - DAB's"); y (4) los procedimientos que concluyen con una decisión o laudo que es ejecutable conforme a derecho. Estos son: (i) el litigio; y (ii) el arbitraje.

De esta manera nos concentramos en el desarrollo del área descrita en el punto 2, con especial énfasis en la mediación y conciliación.

III. La conciliación y la mediación

Si bien es aceptado que por virtud de la conciliación y la mediación un tercero asiste a las partes a resolver una controversia, existe una falta de consenso acerca de la naturaleza *exacta* y diferencia entre ambas. Dependiendo del alcance de la investigación que se realice, pueden encontrarse autores que sostienen que son distintos y otros que advierten que son términos que pueden ser utilizados en forma intercambiable. Más aún, entre los primeros, no existe consenso acerca de la utilidad y función precisa del conciliador y el mediador.

En mi opinión, las instituciones no sólo son, sino deben ser, distintas. Lo anterior puesto que existen funciones, objetivos y circunstancias que exigen la utilización de uno a diferencia de otro. A continuación abundaré sobre lo que me refiero.

1. PUNTO EN COMÚN: LA FUNCIÓN Y OBJETIVOS

Existen circunstancias en las cuales lo que las partes en controversia necesitan es que un tercero determine si la *verdadera*⁵ postura de las mismas dista de tener un común denominador que pueda ser explotado para encontrar una solución a su disputa, evitando tener que recurrir a un método adversarial para obtener una solución. En estos casos el conciliador juega un papel importante puesto que ante él las partes presentarán su punto de vista sobre los hechos y el resultado que la aplicabilidad del derecho conlleva. Realizado lo anterior, el

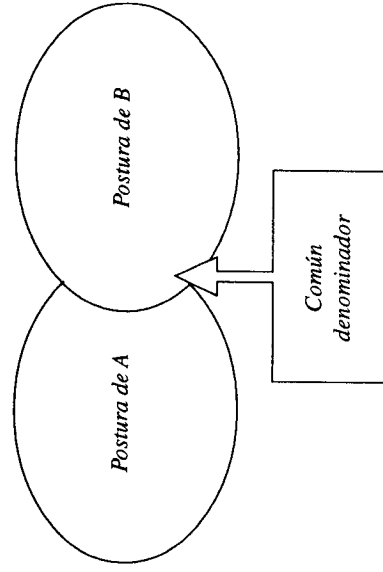
⁵ El uso del calificativo "verdadera" obedece a que con frecuencia las partes mantienen una postura exagerada con la finalidad de obtener ventajas psicológicas o de negociación ante la contraria.

conciliador hará ver a las partes los puntos sólidos y los puntos débiles de su postura arribando de esta manera a la “verdadera” postura de la parte en cuestión.

Determinada la “verdadera” postura de las partes, le compete al conciliador cotejar las mismas. Si existe un común denominador, el conciliador deberá continuar con sus buenos oficios a efecto de procurar avenir a las partes. En caso que el conciliador determine que no existe un común denominador que justifique el que las partes continúen con el procedimiento conciliatorio o de mediación, le compete declarar que las posturas de las partes están tan alejadas que proscriben una solución intermedia, por lo cual lo más conveniente es proceder a un medio adversarial para resolver la controversia, ya sea litigio o arbitraje.

Los siguientes esquemas pueden asistir en la comprensión de lo mencionado.

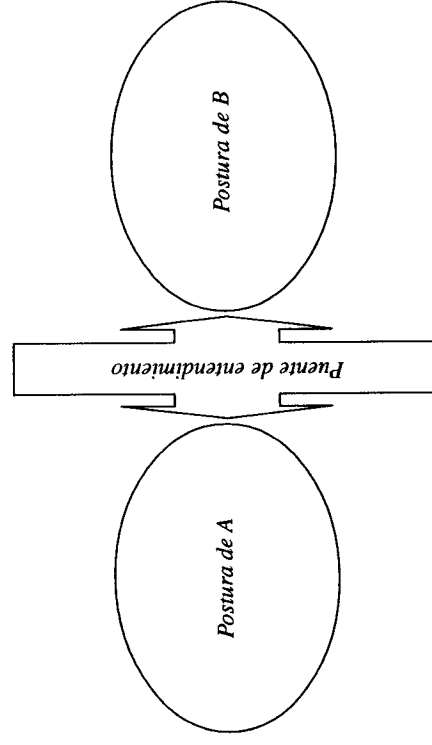
Caso 1: Las diferencias son reconciliables por existir un común denominador



Este esquema busca ilustrar las circunstancias en las que existe un traslape en las *verdaderas* posturas de las partes en controversia. En estos casos, con la ayuda del conciliador, puede buscarse una solución dentro del área comprendida en el común denominador evitando

tener que acudir a un medio adversarial suma-cero⁶ en el cual habrá necesariamente un ganador y un perdedor. De esta manera se buscará llegar a un resultado en que todos ganen⁷ evitando el resultado en que solo habrá un ganador y un perdedor.⁸

Caso 2: Las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique proceder a un método adversarial



En este esquema se busca mostrar gráficamente la circunstancia que existe cuando, aunque no hay traslape o común denominador en las verdaderas posturas de las partes, las mismas están lo suficiente-

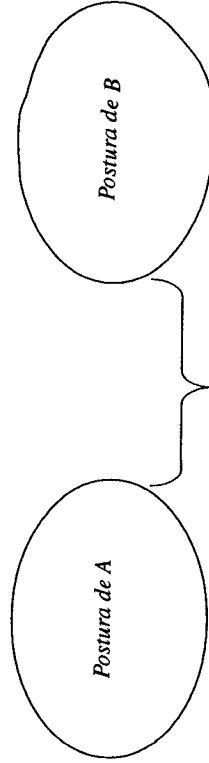
⁶ El término “suma-cero” corresponde a la Teoría de los Juegos desarrollada por la microeconomía. Se califica de “suma-cero” a un juego (o cualquier contienda, para dicho efecto) en que habrá un ganador y un perdedor y cuando lo que gane uno necesariamente tendrá que perder el otro. Es decir, cuando los beneficios del juego que un jugador percibirá mediante una combinación de estrategias seguidas en relación con otro son directamente asociadas con las pérdidas que el otro jugador sufrirá. Matemáticamente, si se suman las ganancias que todos los jugadores percibirán la respuesta siempre será la misma: cero; sin importar el cambio de estrategias. El beneficio de un jugador será directamente proporcional al detrimento sufrido por el jugador contendiente. Es la manera más agresiva de competir.

⁷ Utilizando términos de Teoría de los Juegos (en inglés), es un resultado “win-win”. Lo anterior es en contraposición a un resultado “win-lose” o “lose-lose”. En el “win-lose” uno gana y otro pierde. En el “lose-lose” ambos pierden.

⁸ O dos perdedores, de los cuales uno pierde menos que el otro y a quien podría (cuestionablemente) llamársele el “ganador”.

mente cercanas como para llegar a un punto intermedio que, si bien no es el resultado de preferencia de las partes, implica un sacrificio menor que el costo que tendría el litigar o arbitrar la controversia. En estas circunstancias también se estará en presencia de un resultado en el que ambas partes ganan⁹ al evitarse los gastos y tiempo que implicaría el tener que llegar a un resultado derivado de un procedimiento adversarial.

Caso 3: Las diferencias no son reconciliables por (i) no existir un común denominador; y (ii) por estar demasiado lejos como para justificar un punto intermedio.



En este esquema se intenta mostrar los casos en los que las posturas distan tanto que las diferencias no pueden ser "puenteadas". Estos casos se presentan, por ejemplo, cuando los puntos medulares que una de las partes busca son iguales a los puntos que para la otra parte son intrasigibles.

2. DIFERENCIAS: LA FUENTE DE LA SOLUCIÓN

Mencionadas las similitudes entre la Conciliación y la Mediación, vale la pena hacer hincapié en lo que las diferencia: el origen de la solución de la disputa.

Mientras en la conciliación el conciliador propondrá una solución no vinculatoria, en la mediación el mediador buscará generar las circunstancias para que las partes lleguen a un resultado que convenga a ambas. Es decir, mientras que en la conciliación el conciliador pro-

⁹ O pierden menos, según se quiera observar.

pone la solución, en la mediación son las partes mismas quienes resuelven su controversia.

Derivado de lo anterior, a continuación brindo una definición de cada uno de dichos procedimientos.

A. Concepto de conciliación

La conciliación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma emite un veredicto carente de fuerza vinculatoria acerca de la solución más justa/adeuada de la misma.

B. Concepto de mediación

La mediación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma colabora con las partes guiando las negociaciones con la finalidad de que las partes mismas logren llegar a un acuerdo que solucione la controversia.

IV. Ley Modelo de Conciliación de la UNCITRAL

1. INTRODUCCIÓN

En su XXXII periodo de sesiones que tuvo lugar en 1999, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)¹⁰ consideró útil el que se preparara una Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*).

La elaboración de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional fue propuesta en 1999. Para ello se analizó la abundante experiencia que se ha adquirido de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL de 1985, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL y el Reglamento de Conciliación de la UNCITRAL.

¹⁰ "United Nations Commission for International Trade Law".

El propósito de la Ley Modelo sería analizar las propuestas para mejorar la legislación vigente así como los reglamentos y prácticas que a la fecha existen. A continuación realizaré una breve descripción del contenido de la Ley Modelo.

A. *Concepto de conciliación*

La Ley Modelo define "Conciliación" como el procedimiento —no obstante la denominación que las partes le otorguen al mismo— por virtud del cual las partes solicitan a un tercero o grupo de personas (el "conciliador") que les asista en su intento de alcanzar una resolución amigable de la controversia que surja de una relación contractual u otra, sin que tenga la autoridad de imponer a las partes su solución a la controversia.

Como puede verse, se adopta una definición amplia al amparo de la cual puede comprenderse tanto conciliación, mediación, como los demás mecanismos genéricamente incluidos como MASC.

Lo anterior permite evitar que se considere que la Ley Modelo no es aplicable a cualquier otro procedimiento que no haya sido bautizado como "conciliación". Atiende a su naturaleza. Si se reúnen los elementos esenciales (que sea un tercero el que preste asistencia¹¹ para resolver la controversia y que no tenga facultades de emitir una solución vinculatoria)¹² se estará en presencia de un proceso regido por la Ley Modelo.

B. *Ámbito de aplicación*

Si bien en principio la Ley Modelo aplica a la conciliación comercial internacional, su aplicación puede hacerse extensiva a la conciliación local mediante la eliminación de la palabra "internacional" y realizando otros pequeños ajustes.¹³

¹¹ Lo cual lo distingue de la negociación ya que en este procedimiento son las partes mismas las que llegan a la solución de la controversia.

¹² Lo cual lo distingue del arbitraje, ya que la solución del árbitro (el laudo) es obligatorio para las partes.

¹³ Básicamente, eliminando del párrafo 1 del artículo primero, así como la eliminación de los párrafos 4, 5 y 6 del mismo artículo que buscan resolver los ámbitos de aplicación en

La Ley Modelo ha sido diseñada como derecho dispositivo. Es decir, las partes pueden acordar excluir la aplicabilidad de la Ley Modelo ya sea en forma expresa o tácita, mediante la sujeción a un derecho de conciliación distinto.

La Ley Modelo aclara que no aplica a los casos en que un juez o árbitro, durante un procedimiento arbitral o judicial, intente facilitar una transacción.

2. INTERPRETACIÓN

La Ley Modelo brinda reglas de hermenéutica jurídica. Establece que al interpretarse debe tenerse en consideración su origen internacional y la necesidad de promover uniformidad en su aplicación, observación y la buena fe. Las dudas acerca de las materias reguladas por la Ley Modelo que no estén expresamente tratadas, deben ser resueltas con base en los principios generales en los que se inspira la Ley Modelo.

Lo anterior quiere decir que los siguientes principios deben ser tomados en consideración al momento de interpretar la Ley Modelo: (a) flexibilidad; (b) buena fe; (c) cooperación; (d) no intervención judicial; y (e) autonomía de la voluntad.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La Ley Modelo da un margen muy amplio a la voluntad de las partes en el diseño del procedimiento que desean conllevar. A excepción de dos temas —que son derecho mandatorio/imperativo y, por ende, las partes no pueden excluir su aplicación—, todas las demás disposiciones de la Ley Modelo han sido diseñadas como derecho dispositivo, es decir, derecho supletorio que admite pacto en contrario. Las disposiciones que no admiten pacto en contrario son:

- i) Las reglas de hermenéutica mencionadas en la sección IV.B anterior.

presencia de una multiplicidad de puntos de conexión de la relación jurídica de donde surge la controversia. Esto se tratará en el apartado IV.L.1 de este estudio.

A. *Independencia*

Es un criterio *objetivo* que se refiere al vínculo que puede existir entre un conciliador y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un conciliador que carezca de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados”.¹⁷ Claro que el *quid* reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un conciliador sea considerado como carente de independencia.

B. *Imparcialidad*

Es un criterio *subjetivo* y difícil de verificar que alude al estado mental de un conciliador. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el procedimiento conciliatorio o el asunto en particular.¹⁸

La existencia de los calificativos descritos es dependiente de las circunstancias del caso. Por consiguiente, más que establecer reglas precisas sobre su existencia, sirven como parámetro o lineamientos que deben apreciarse ante las circunstancias del caso en particular.

7. PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN

La Ley Modelo establece ciertas reglas aplicables al procedimiento de conciliación, mismas que a continuación se mencionarán.

A. *Libertad de método*

Las partes tienen amplia libertad para diseñar la forma de conformidad con la cual el procedimiento será seguido. En caso de que las

¹⁷ Tomando prestados los calificativos de Stephen Bond, *The Experience of the ICC in the Confirmation/Appointment Stage of an Arbitration, The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*, I CC Publishing, 1991, p. 13.

¹⁸ Emmanuel Gaillard y John Savage (editores), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, p. 567.

partes no logren ponerse de acuerdo, el conciliador podrá llevar el procedimiento en la manera que lo considere apropiado, tomando en consideración las circunstancias del caso, los deseos de las partes y la necesidad de contar con una decisión expedita.

B. *Igualdad de las partes*

En todo momento al conducir el procedimiento, el conciliador deberá tratar con igualdad a las partes, tomando en consideración las circunstancias del caso. Este principio, si bien de gran importancia y reflejado en todo procedimiento de solución de controversias,¹⁹ debe entenderse de una manera un tanto más flexible en conciliación. Con frecuencia las circunstancias del caso (incluyendo la postura y psicología de las partes) puede requerir que el conciliador se reúna en forma más frecuente o durante más tiempo con una de las partes.²⁰ Un practicante poco adiestrado en conciliación o MASC en general podría confundir dicha circunstancia con un trato desigual al darle más oportunidad a una de las partes de expresar lo que a su derecho convenga. Lo anterior no sólo sería impropio sino que le restaría al conciliador el margen de maniobra con el que necesita contar para intentar avenir a las partes.

C. *Sugerencias de transacción*

El conciliador puede, en cualquier momento del procedimiento, hacer propuestas para la transacción de la controversia. Lo anterior es parte de su papel y el que pueda o no parecer más conveniente a una de las partes no debe entenderse como una falta de imparcialidad.

¹⁹ Tanto en litigio como en arbitraje (ver artículo 1434 del Código de Comercio).

²⁰ Piénsese en el caso en que una parte que está más irritada que la otra en la controversia X, por consiguiente, ve con menos claridad las debilidades de su postura. Puede ser necesario que el conciliador tenga que escuchar con más tiempo a dicha parte —con el consecuente desahogo psicológico que ello lleva aparejado— a efecto de poder obtener la atención objetiva de dicha parte y hacerle ver la conveniencia de transigir o bajar la guardia en ciertos aspectos.

D. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

a) Importancia del tema

Este es un tema delicado del que en gran medida dependerá el éxito del procedimiento ya que establece las bases de entendimiento que servirán para dar confianza a las partes para involucrarse en un procedimiento conciliatorio.

Dada la naturaleza de los procedimientos conciliatorios y la forma en que los mismos se siguen, las partes divulgarán durante los mismos situaciones, hechos, posturas y demás información que, en un procedimiento adversarial nunca hubieran dado a conocer puesto que debilitaría su posición. Por ello, para fomentar el que dichas circunstancias se den y, por ende, se mejoren las posibilidades de que las partes lleguen a una solución amistosa de su controversia, es crucial que las partes cuenten con la seguridad de que lo que revelarán no podrá ser utilizado en su contra en caso de que el procedimiento conciliatorio no prospere.

Para lo anterior, la Ley Modelo ha establecido garantías jurídicas y restricciones aplicables a información y actos que, en su conjunto, llamaré la "Información Protegida".

b) Información Protegida

La Información Protegida es la siguiente:

- i) La invitación de una parte para seguir un procedimiento conciliatorio o el que una parte hubiere accedido a llevar el mismo.
- ii) Los puntos de vista o sugerencias realizados por una de las partes en la conciliación sobre la posibilidad de existir una posible transacción entre las partes.
- iii) Las declaraciones o admisiones realizadas por una parte durante un procedimiento conciliatorio.
- iv) Las propuestas realizadas por el conciliador durante un procedimiento conciliatorio.
- v) El hecho de que una parte haya indicado su disposición a aceptar una propuesta de transacción realizada por el conciliador.

vi) Documentación preparada exclusivamente para los procedimientos de conciliación.

Como puede apreciarse, la Información Protegida versa sobre comportamiento que tuvo lugar durante el procedimiento conciliatorio o información que versa sobre el mismo y que, de hacerse del conocimiento de un órgano que tenga que resolver la controversia en una forma adversarial (v. gr., arbitraje y litigio), podría comprometer a dicha parte o afectar adversamente el ánimo de dicho órgano.

c) Protección de la Información Protegida

Los principios que aplican a la Información Protegida son: (i) el principio de no revelación; (ii) el principio de no-requerimiento; y (iii) el principio de no-admisibilidad.

- i) *Principio de no-revelación.* Ninguna de las partes, el conciliador o cualquier tercero involucrado en la conciliación, podrán introducir como pruebas o dar testimonio sobre la Información Protegida en procedimientos arbitrales, judiciales o análogos. Lo anterior aplica no importando la denominación que a dicho efecto las partes le den a la Información Protegida en el procedimiento de conciliación.
- ii) *Principio de no-requerimiento.* Ningún tribunal arbitral, estatal o cualquier otra autoridad gubernamental podrá requerir la presentación de la Información Protegida.
- iii) *Principio de no-admisibilidad.* La Información Protegida es inadmisible como prueba. Lo anterior se establece para el caso de que la Información Protegida sea divulgada por una de las partes en violación del principio de no-revelación. La única excepción a lo anterior es la posibilidad de presentarlo como parte de la implementación o ejecución de un acuerdo transaccional.
- d) *Alcance de protección de la Información Protegida*

Como puede observarse, los tres principios aludidos protegen la Información Protegida desde todos los ángulos a partir de los cuales podría filtrarse.

La Ley Modelo hace la útil aclaración en el sentido de que la utilización de pruebas durante el procedimiento conciliatorio no las convierte en inadmisibles en otros procedimientos simplemente por haberse utilizado en la conciliación. Para su inadmisibilidad deberá distinguirse entre una prueba lisa y llanamente,²¹ del hecho que la misma constituya Información Protegida.²²

A su vez, los principios aplicables a la Información Protegida relacionada con el procedimiento conciliatorio se extienden tanto a procedimientos que versen sobre la materia/disputa objeto de la conciliación, como cualquier otro procedimiento.

E. Terminación del procedimiento conciliatorio

El procedimiento conciliatorio termina en los siguientes casos:

- a) Por la elaboración del acuerdo para una transacción por las partes.
- b) Por la declaración del conciliador, una vez consultadas las partes, que los esfuerzos de conciliación no se justifican.
- c) Por la declaración de las partes hacia el conciliador en el sentido de que el procedimiento de conciliación debe concluir.
- d) Por la declaración de una de las partes a la otra o al conciliador en la que se indica que el procedimiento de conciliación ha terminado.

8. COMUNICACIÓN ENTRE EL CONCILIADOR Y LAS PARTES

El conciliador puede comunicarse o sostener juntas con las partes tanto en forma individual como conjunta. Durante los procedimientos de conciliación el conciliador conlleva juntas con las partes en forma independiente en las cuales se le manifiesta su postura sobre la controversia. A esta fase del procedimiento se le conoce como entrevistas o "caucus".

En la consecución de esta etapa el conciliador goza de un margen de acción muy amplio. Si bien el conciliador no debe hacer distinciones entre las partes, no puede exigirse que le dedique el mismo tiempo a las reuniones celebradas con cada una de las partes. Lo anterior por la simple razón que la complejidad de una postura o la psicología de una de las partes puede requerir más tiempo para abordarse que la de la contraparte. Es decir, el explorar las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan servir para allanar el camino a un arreglo no sólo puede, sino que con toda seguridad tendrá el efecto de exigir más tiempo de una parte que de otra.

En este contexto es prudente mencionar que las excepciones o argumentos relacionados con "debido proceso" o garantía de audiencia serían impropiedades. El que un conciliador le dedique más tiempo a una reunión con una de las partes no podrá calificarse de una violación de dar un trato igual a las partes. Por el contrario, lo más probable es que al dedicarle más tiempo a una parte que a otra esté actuando en beneficio de ambas partes al dedicarle el tiempo necesario para abordar cabalmente el problema, dedicando el tiempo necesario para limar las asperezas existentes.

El objetivo de esta etapa es que las partes expongan su caso ante el conciliador. Por su cuenta, el conciliador debe analizar la postura y argumentos de las partes con el propósito de detectar los puntos sólidos y los puntos débiles con miras a detectar un área de traslape que sirva como catalizador de la solución de la controversia.

Una función metajurídica y psicológica de esta etapa es que las partes ventilen su manera de ver las razones de la controversia. Son frecuentes los casos en los que la controversia carece de un verdadero desacuerdo y es motivada por la falta de posibilidad de que las partes ventilen sus enojos ante un tercero neutral. En este contexto el conciliador tendrá la (difícil) labor de saber abordar y canalizar dicha ira con miras a que sirva para cimentar una solución a la controversia.

9. DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN

²¹ Por ejemplo, una comunicación de una de las partes reconociendo responsabilidad.
²² Tomando el mismo ejemplo, la comunicación descrita en la nota anterior que haya sido realizada durante el procedimiento de conciliación.

A menos que las partes indiquen que la información presentada al conciliador es confidencial y, por ende, no puede ser divulgada a otra

parte del procedimiento, el conciliador podrá comunicar la información que se le haga llegar por las partes.

La razón que motiva lo anterior es brindar al conciliador una herramienta que le sirva para obtener la anuencia de las partes para conciliar. Evidentemente, esta posibilidad estará limitada por el tipo de información que las partes soliciten que se mantenga como confidencial, máxime que un intercambio abierto y sincero de información de las partes hacia el conciliador es una medida indispensable para el buen funcionar de esta herramienta. Por consiguiente, es natural el brindar la opción a las partes de requerir del conciliador que a cierta información se le dé trato de confidencial.

De lo contrario, toda la información relacionada con el procedimiento de conciliación será confidencial, excepto cuando la divulgación es necesaria con la finalidad de implementar o ejecutar un convenio de transacción.

El término “información” tiene una interpretación amplia. No se limita a información por escrito. Incluye todo dato comunicado al conciliador, inclusive con anterioridad a la apertura o inicio formal del proceso de conciliación.

10. CONCILIADOR CONVERTIDO EN ÁRBITRO

A menos que las partes acuerden lo contrario, el conciliador no podrá actuar como árbitro conociendo de la controversia objeto de la conciliación, o cualquier otra controversia que haya surgido de la misma relación legal o contractual, así como cualquier otra que se relacione con la misma.

La restricción anterior obedece a la noción que el conciliador tendrá acceso a la *verdadera*²³ postura de las partes, las debilidades de su caso, así como las circunstancias en las que las partes estarían dispuestas a transigir. Lo anterior se considera incompatible con la función del árbitro.

Han existido propuestas en el sentido de establecer que por ningún motivo puedan los conciliadores fungir como árbitros. La Ley

²³ Repito aquí el matiz señalado en el pie de página 5.

Modelo toma la —afortunada, en mi opinión— postura de establecer dicha limitante como regla general, sujeta a pacto en contrario.

11. RECURSO A PROCEDIMIENTOS ARBITRALES O JUDICIALES

Cuando las partes hayan acordado conciliar a cuyo efecto han fijado un plazo o establecido que el procedimiento tendrá lugar hasta que ocurra un evento determinado, se le impone el deber a los tribunales arbitrales y judiciales de respetar y hacer respetar el mismo. La única excepción a lo anterior es que tengan que tomarse medidas con la finalidad de que una parte resguarde sus derechos, a criterio de la parte respectiva. Los pasos que a dicho efecto tome una de las partes no deberán interpretarse como una renuncia del acuerdo conciliatorio o terminación del procedimiento conciliatorio.

Esta medida resulta útil a efecto de evitar que situaciones exógenas a la voluntad de las partes de llegar a un arreglo evite o dificulte la solución del mismo mediante la conciliación. Como se mencionó con anterioridad, con frecuencia son las circunstancias las que dificultan o evitan que las partes logren negociar con el tiempo necesario para llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de ambas.

12. RECOMENDACIONES PARA ADOPTAR LA LEY MODELO

Habiendo realizado una mención general sobre el contenido de la Ley Modelo, creo que sería positivo el que la misma fuera adoptada en México. Al hacerlo, me permitiría hacer las siguientes recomendaciones.

A. *Aplicable a conciliaciones locales*

Sería positivo que la Ley Modelo se hiciera extensiva a conciliaciones locales; es decir, aquéllas que no necesariamente tienen puntos de conexidad con otros derechos.

Como se comentó inicialmente, la Ley Modelo se diseñó en forma inicial —mas no exclusiva— como una ley sobre conciliación *international*. Considero que sería afortunado que la misma se hiciera extensiva a conciliaciones locales a efecto de brindar un marco jurí-

solicitud o demanda arbitral o el paso análogo cuando el actor se desistiese o fuese desestimada por la institución o tribunal arbitral, en su caso.

C. Adopción como ley independiente

En mi opinión, la adopción de la Ley Modelo debe hacerse como una ley independiente. Lo anterior en vista de la experiencia derivada de la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional como parte del Código de Comercio.

Al ser adoptada la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional se optó, por aparente conveniencia, el incluirla en el —en ese entonces— vacío Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Esta medida ha tenido el desafortunado resultado de dificultar la correcta interpretación de la ley mexicana de arbitraje. En efecto, si bien no es el propósito de este estudio abundar sobre dicho tema, baste decir que la mejor manera de interpretar el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es a manera de un cuerpo normativo independiente del Código de Comercio. Sin embargo, es de entenderse que ciertos principios de hermenéutica jurídica obstaculicen dicha sugerencia.²⁴ Lo anterior ha conducido a interpretaciones sobre la ley mexicana de arbitraje que en ocasiones han sido desafortunadas y en otras ocasiones caen en lo absurdo. Para evitar que se repita la historia en materia de conciliación, sería afortunado que la misma se emitiera como ley independiente.

²⁴ V. gr.: piénsese en el principio de interpretación jurídica encontrado en el artículo 1854 del Código Civil Federal. A su vez, el método exegético y sistemático de interpretación militan en contra de esta postura. Lo anterior magnificado por el hecho que el Título Cuarto en el cual se encuentra la ley mexicana de arbitraje forma parte del Libro Quinto que versa sobre los juicios mercantiles (dentro de los cuales figuran el juicio ordinario mercantil y el ejecutivo mercantil). Sin embargo, y no obstante lo mencionado, una interpretación histórica y teleológica de dicho cuerpo normativo nos llevaría a concluir que, para efectos de su interpretación e integración, es independiente de todo el resto, no sólo del Libro Quinto sino del Código de Comercio, como lo son otras leyes especiales mercantiles (por ejemplo, la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, Ley de Navegación, etc.) y, por ende, las disposiciones procesales del Código de Comercio no deben utilizarse en la interpretación o integración de la ley de arbitraje.

dico a dicha institución. Este resultado se lograría eliminando del texto de la Ley Modelo la palabra "internacional" así como los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1. De hacerse, el primer artículo de dicha ley leería de la siguiente manera:

Artículo 1. Ámbito de Aplicación. Esta Ley será aplicable a una conciliación cuando:

- a) El lugar de conciliación se ubique en territorio mexicano.
- b) Las partes así lo hayan acordado o, a falta de acuerdo, hayan determinado, con la asistencia del conciliador o de un grupo de conciliadores, un lugar de conciliación que se encuentre en territorio mexicano.
- c) El lugar de conciliación no haya sido acordado ni determinado con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará que ese lugar se encuentra en territorio mexicano si alguno de los lugares siguientes se halla en él: la sede de la institución que administre el procedimiento de conciliación; el lugar de residencia del conciliador o los establecimientos de las partes, si ambas partes tienen su establecimiento en un mismo país.
- d) Las partes hayan acordado que las disposiciones de la misma serán aplicables a dicha conciliación.

B. Suspensión de la prescripción

Considero que sería útil incluir el precepto sobre suspensión de la prescripción. Para lo anterior, podría incluirse un artículo que rezara de la siguiente manera:

Artículo X. Suspensión de la prescripción. El comienzo de una conciliación suspenderá la prescripción.

En caso de que un procedimiento conciliatorio concluya sin que se haya llegado a un acuerdo, se reanudará el cómputo del término de la prescripción.

Me gustaría aprovechar este contexto para sugerir una modificación adicional que sería de gran utilidad: aclarar que el arbitraje debe interrumpir (no suspender) la prescripción. Para ello bastaría incluir en el artículo 1419 del Código de Comercio el siguiente párrafo adicional:

La presentación de una solicitud o demanda arbitral, así como los pasos análogos, interrumpirán la prescripción de las acciones correspondientes. Se considera la prescripción como no interrumpida por la presentación de la

D. El arreglo derivado de la conciliación como un instrumento con aparejada ejecución

Sería útil que el acuerdo transaccional derivado de una conciliación sea incluido como un documento que traiga aparejada ejecución y, por ende, su ejecución se verifique mediante un juicio ejecutivo mercantil. Para lo anterior, tan sólo habría que incluirlo en la lista del artículo 1391 del Código de Comercio.

V. Instituciones de conciliación y el Reglamento ADR de la CCI

1. INSTITUCIONES DE CONCILIACIÓN Y MASC

Existen diversas instituciones que ofrecen servicios de MASC. Destacan por su importancia las siguientes:

1. CCI. El Reglamento ADR de la CCI del primero de julio de 2001.
2. *Instituto Mexicano de la Mediación*. El Reglamento de Mediación del Instituto Mexicano de la Mediación.
3. CANACO. El Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
4. CAMCA. Las Reglas de Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas del 15 de marzo de 1996 (*1996 Mediation Rules of the Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americans - CAMCA*).
5. AAA. El Reglamento de Mediación de la American Arbitration Association ("*1999 Mediation Rules of the American Arbitration Association*").
6. CPR. El "Center for Public Resources Model Mediation Procedure for Business Disputes Rules CPR".
7. OMPI. Reglamento de Mediación de la OMPI de 1994 ("*Mediation Rules of the World Intellectual Property Organization*", WIPO).
8. CIADI. Las Reglas de Conciliación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
9. *Mecanismo Complementario del CIADI*. Las Reglas de Conciliación del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Por su importancia y aportación al desarrollo de esta materia, a continuación se hará un comentario sobre el Reglamento ADR de la CCI.

2. ANTECEDENTES DEL REGLAMENTO ADR DE LA CCI

El *Reglamento ADR de la CCI* ("*Reglamento ADR*"), denominado en inglés *ADR Rules of the International Chamber of Commerce*, reemplaza al Reglamento de Conciliación de la CCI que desde el primero de enero de 1988 había estado en vigor y que no había probado tener éxito.

Al amparo del Reglamento, el acrónimo "ADR" representa el concepto "*amicable dispute resolution*" a diferencia del término comúnmente conocido como "*alternative dispute resolution*". Lo anterior con la intención de continuar empleando dicho término por su arraigo en la comunidad jurídica e internacional, pero con el deseo de hacer una aclaración: dicho género de mecanismos no incluye el arbitraje, a diferencia de lo que algunos expertos opinan o la práctica seguida en otras jurisdicciones.

Ante la diversidad de especies del género de MASC, el Reglamento toma una postura práctica y de gran utilidad pues lejos de establecer una regulación amplia y detallada, establece los cimientos que constituyen el tronco común para que los procedimientos ADR puedan ser llevados, al margen de que —atendiendo a las circunstancias particulares del caso— las partes o el tercero establezcan los lineamientos que deseen.

Como parte del soporte que se desea dar al ADR, la CCI ha establecido una infraestructura nueva que busca coadyuvar con los deseos de las partes y del tercero de dar fin a la controversia. Dicha infraestructura consiste en un Secretariado similar al Secretariado de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI para supervisar los arbitrajes llevados bajo sus auspicios.

3. EL PROCEDIMIENTO ADR

Se tratará el procedimiento ADR en sus siguientes facetas: (1) el comienzo; (2) la selección del tercero; (3) la reunión con el tercero;

(4) los principios del procedimiento ADR; (5) la terminación del procedimiento ADR; y (6) la relación entre el ADR y el arbitraje.

A. Comienzo del procedimiento ADR

El Reglamento establece una dicotomía en cuanto al comienzo del procedimiento ADR atendiendo a la existencia (o no) de un acuerdo ADR.

a) En presencia de acuerdo de ADR

Cuando existe un acuerdo de ADR, la parte que desee comenzar un procedimiento ADR, o las partes en forma conjunta, deberán enviar una solicitud de inicio de un procedimiento al Secretariado de ADR de la CCI que establezca: (i) los datos de las partes y sus representantes legales; (ii) una descripción de la controversia con un estimado de su cuantía; (iii) la designación conjunta del Neutral o Tercero²⁵ o, en caso de que no exista una designación conjunta, el acuerdo que especifique las características que el mismo debe reunir a efecto de su designación por la CCI; y (iv) el anticipo del procedimiento ADR.

b) En ausencia de acuerdo de ADR

En caso que no exista un acuerdo ADR, una parte que desee comenzar un procedimiento ADR deberá enviar a la CCI una solicitud de inicio que deberá contener: (i) los datos de las partes y sus representantes legales; (ii) una descripción de la controversia con un estimado de su cuantía; (iii) una propuesta acerca de las características que el Tercero debe reunir a efecto de su designación por la CCI o una propuesta de uno o más candidatos para su elección por las partes; y (iv) el anticipo del procedimiento ADR. El requisito (iii) es optativo.

²⁵ En lo sucesivo me referiré al "conciliador", "Neutral" o "Tercero" como "Tercero" por ser la nomenclatura que la comisión de traductores al castellano del Reglamento ADR (de la cual el autor formó parte) prefirió. El viraje terminológico en este estudio entre "conciliador" y "Tercero" obedece a que se comentan instrumentos distintos.

B. Selección del Tercero

El éxito de un procedimiento ADR depende, en gran medida, del Tercero. El papel que el Tercero jugará en el drama del ADR es no sólo crucial sino difícil por la destreza que deberá mostrar a efecto de avenir a las partes del mismo.²⁶

Le corresponde a las partes designar al Tercero. Sólo en caso de que las partes no logren llegar a un acuerdo lo hará por ellos la CCI. En ambos casos deberá procurarse que el Tercero tenga las credenciales y habilidades que lo hagan apto para crear la atmósfera de confianza necesaria para propiciar el diálogo y, eventualmente, un arreglo.

Existe la posibilidad de *objetar* (no recusar) al Tercero, pero ello debe hacerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de su designación y expresando las razones que motivan la objeción.

Es posible que el Tercero sea un órgano colegiado sin que necesariamente el número sea impar. Lo anterior por razones obvias: no es necesario que exista un mecanismo que resuelva el problema derivado de la falta de acuerdo en la solución. Esto puesto que en general la solución vendrá de las partes o, en todo caso, es una mera recomendación.

En caso de que la especie del mecanismo ADR requiera que el Tercero emita la "recomendación" (o como sea que las partes lo bauticen) será necesario establecer en el acuerdo que motiva el procedimiento la forma en que dicha laguna se resolverá, puesto que el Reglamento ADR no establece nada al respecto, correctamente, en mi opinión. En caso de no establecerse nada al respecto, existe la posibilidad de que cada Tercero emita su propia recomendación.

C. Deber de reunirse con el Tercero

Las partes, al someterse a su procedimiento de ADR, se comprometen a seguir dicho procedimiento por lo menos hasta la primera junta

²⁶ Invito al lector a pensar en las ocasiones en las que ha tenido que resolver discusiones en las cuales las partes están irriadas. Ahora piense que deberá saber cuándo apelar a la razón, cuándo a la moral, a la conveniencia, y demás circunstancias de las que tenga que echar mano a efecto de (a veces) hacerle ver a una parte que "un mal arreglo es mejor que un buen pleito", ¡y todo ello sin poder decirle por qué!, asumiendo que la contraparte ha solicitado que cierta información se mantenga como confidencial.

con el Tercero. Lo anterior constituye un hito en los antecedentes de los MSC, por lo menos en lo que se refiere a la mediación y conciliación, puesto que al ser su naturaleza voluntaria, la cláusula que los contemplara carecía de contenido obligatorio que le diera efectos prácticos.

Ante el conflicto anterior, en el sentido de cómo hacer útil el compromiso de mediar cuando por su naturaleza es voluntario, el Reglamento ADR encontró un justo medio: obligar a que, si la cláusula ADR tiene lenguaje obligatorio, las partes tengan la obligación de agotar la primera junta con el Tercero antes de proceder con arbitraje o litigio. La razón de esta medida fue propiciar los elementos para que las partes efectúen las prácticas acerca de la controversia y se mejoren las posibilidades de resolver amigablemente la misma.

D. Principios del procedimiento ADR

a) Objetivos

El Reglamento ADR de la CCI tiene por objeto contar con un procedimiento que sea lo más rápido, ágil y bajo en costos posible. A su vez, se ha diseñado con miras a que las partes tengan el mayor control posible del procedimiento.

b) Mediación como solución en ausencia de pacto en contrario

La solución práctica que ha adoptado el Reglamento ADR es establecer que, en caso de que las partes no logren acordar la especie de ADR a emplear, la regla general será la *mediación*.

Como se mencionó con anterioridad, la mediación es el mecanismo por virtud del cual un Tercero actúa como un conductor que facilita que las partes lleguen a una solución negociada de su controversia. Lo anterior se realiza mediante juntas confidenciales entre cada una de las partes y el Tercero designado, conocidas como "caucus", en las que las partes pueden hablar libremente con el Tercero sin necesidad de preocuparse por que éste transmita a las otras partes lo allí mencionado, puesto que las mismas son confidenciales.

No obstante que la mediación es el método establecido en ausencia de pacto en contrario, las partes pueden pactar el método que juzguen más conveniente. La clase de método que las partes escojan será dependiente de las circunstancias del caso. Los elementos que pueden influir son, por ejemplo, la relación entre las partes, la cultura de negocios de las partes, lo posicionado de las partes en la controversia, la psicología imperante al momento de la controversia, lo desgastada de la relación, el deseo de las partes de mantener una relación de negocios, la sofisticación de las partes, la solidez de la postura legal de las partes, entre otros.

E. Terminación del procedimiento ADR

A efecto de eliminar ambigüedades y la posibilidad de que el procedimiento ADR le reste celeridad a la solución de la controversia, el Reglamento ADR ha establecido causales que, de presentarse, dan por terminado el procedimiento ADR. Éstas son:²⁷

- La firma de una transacción.
- La notificación por una (o más) de las partes al Tercero de su decisión de no continuar con el procedimiento ADR.
- El agotamiento del procedimiento ADR.
- La notificación del Tercero de su opinión en el sentido de que el procedimiento ADR no logrará resolver la controversia entre las partes.
- La expiración del término establecido para el procedimiento ADR.
- La falta de pago a la CCI.
- La falta de designación del Tercero.

No se abundará sobre las causales por dos motivos: en su gran mayoría son auto-explicativas, y hacerlo rebasaría el propósito de este estudio. Tan sólo mencionaré que resulta de gran utilidad dejar claro qué situaciones darán por terminado el procedimiento ADR, a efecto de que la utilización del mismo no se torne contraproducente como resultado de demoras o malentendidos.

²⁷ Artículo 6(1) del Reglamento ADR.

F. ADR y Arbitraje

En ocasiones pueden surgir dudas acerca de la relación que guarda el uso del Reglamento ADR con el arbitraje. La respuesta es simple. Ambos reglamentos son complementarios, puesto que si los esfuerzos de resolver una controversia con base en la buena fe y el espíritu de cooperación son infructuosos, de así pactarse, podrá recurrirse al arbitraje para llegar a una decisión con fuerza legal. Sin embargo, la cláusula que contenga el binomio ADR/arbitraje debe ser redactada con cuidado para que, adecuándose a las necesidades del caso, se evite que una constituya un óbice para el buen funcionar de la otra.

VI. Comentario final

El desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias es un fenómeno enconmiabie que en tiempos recientes ha presentado avances importantes. Los mismos deben encontrar una respuesta en el foro mexicano desde dos puntos de vista. Por principio de cuentas, del lado del legislador: la nueva Ley Modelo sobre Conciliación Internacional debe ser adoptada en México.

Por otro lado, la siguiente respuesta, que conlleva un reto, recae en los hombros de los practicantes: *debemos entender la utilidad de la institución a efecto de emplearla cuando los intereses de nuestros clientes puedan ser mejor servidos mediante la misma*. Si bien los MASC pueden ser útiles en diversas circunstancias, no todo problema es apto para encontrar una solución mediante los mismos. Lo difícil —como todo en la vida— es saber aquilatar el justo medio y/o los casos/circunstancias que lo justifican. Es esto, entre otras cosas, lo que hace que el derecho (y su práctica) rebasa las características de una ciencia para caer —con frecuencia— en un arte.

Los MASC son una herramienta que, si bien no es nueva, ha sido poco empleada. En la experiencia del autor pocos practicantes en verdad conocen la utilidad de dichas herramientas y, aun conociéndola, se percatan de los casos en los que puede ser de utilidad. Esta observación aplica inclusive al autor mismo. Debo confesar que después de bastante tiempo de haber estudiado el tema y aun habiendo tenido experiencias en materia de MASC, en las últimas revisiones

de este artículo me he percatado que una negociación pudo haberse encauzado mediante MASC.²⁸ Por consiguiente, invito al lector a hacer un análisis acerca de las negociaciones, diferencias y demás casos que ha manejado y que posiblemente pudieron haberse canalizado con algún MASC.

²⁸ Si de algo puede servirle al lector, mencionaré que realicé la propuesta a las partes y, no obstante varias (intensas y con frecuencia hostiles) pláticas acerca de la solución, las partes acudieron al procedimiento y, a la fecha, va por buen camino. Me veo imposibilitado de dar más detalles por razones de confidencialidad.