



# PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

C A M E C I C

LA MEDIACION:  
MECANISMO ALTERNATIVO PARA  
LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS



International Chamber of Commerce

No. 33 Julio 2001



## **INDICE GENERAL**

### **CARTA DEL PRESIDENTE**

Ing. Guillermo Cadena Acevedo (Presidente ICC México)

### **DISCURSO DE BIENVENIDA DEL SEMINARIO SOBRE MEDIACIÓN: "MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"**

Dr. Claus Von Wobeser (Presidente Comisión Arbitraje ICC México).

### **ANTECEDENTES DE MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS**

Lic. Eduardo Siqueiros T (Arbitro ICC)

### **EL PROCESO DE MEDIACIÓN**

Lic. Daniel Amézquita Díaz (Arbitro ICC)

### **LOS ORGANISMOS ADMINISTRADORES DE LA MEDIACIÓN**

Lic. Jesús Moreno Mendoza (Arbitro ICC)

### **EL INSTITUTO DE LA MEDIACION ALGUNAS REFLEXIONES OPORTUNAS DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA**

Lic. Horacio Zapiola Pérez (Presidente Sección Argentina CIAC)

### **LA MEDIACIÓN: MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LA ÉTICA Y LA MEDIACIÓN**

Lic. Antonio M. Prida Peón del Valle (Miembro IMM)

### **NUEVAS "REGLAS ADR ICC"**

Lic. Fernando Estavillo Castro (Miembro Mexicano Corte de Arbitraje ICC)

### **SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, MEDIOS ALTERNATIVOS**

Lic. Fernando Estavillo Castro (Miembro Mexicano Corte de Arbitraje ICC)

### **MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Lic. Fernando Estavillo Castro (Miembro Mexicano Corte de Arbitraje ICC)

### **MEDIACIÓN**

Lic. Fernando Estavillo Castro (Miembro Mexicano Corte de Arbitraje ICC)

### **GUIDE TO ICC ADR**

International Chamber of Commerce

### **ADR RULES in force as from 1 July 2001**

International Chamber of Commerce

## CARTA DEL PRESIDENTE

Estimados Socios y Amigos:

En nombre del Consejo Directivo de ICC México, el cual me honro en presidir, me es grato presentar a usted el número 33 de "ICC México Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio", el cual incluye las memorias del Seminario: "La Mediación: Mecanismo Alternativo para la Solución de Controversias". Realizado el pasado 28 de junio del 2001, en la Ciudad de México.

Este Seminario fue organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio y el Instituto Mexicano de la Mediación, con el apoyo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.; a quienes agradecemos públicamente su apoyo y colaboración en la organización de este primer evento sobre la materia que a nivel mundial se realizó.

En este ejemplar, hemos incluido las memorias y ponencias que los expositores de este Seminario, tuvieron a bien otorgarnos, con la finalidad de difundir el conocimiento de la mediación y sus alcances en nuestro país. La Mediación que hasta tiempos recientes no se había promovido institucionalmente en México, se ha convertido en el medio alterno para la resolución de controversias de mayor crecimiento en el mundo. Por su probada eficacia y por la oportunidad que le brinda a las partes involucradas en una controversia de resolverla fuera de las instancias jurisdiccionales, la mediación se presenta en México como una alternativa interesante para la resolución de todo tipo de controversias.

Los temas incluidos en este documentos, son: Antecedentes de mecanismos alternos de resolución de controversias por Lic. Eduardo Siqueiros Twomey (Arbitro ICC), El proceso de Mediación, por Lic. Daniel Amézquita Díaz (Arbitro ICC), Los organismos Administradores de la Mediación por Lic. Jesús Moreno Mendoza (Arbitro ICC), El instituto de la mediación, algunas reflexiones oportunas de la experiencia argentina por el Lic. Horacio Zapiola Pérez (Presidente sección argentina CIAC), La Mediación: Mecanismo alternativo para la solución de controversias: La ética y mediación por Lic. Antonio M. Prida Peón del Valle (Miembro del IMM), Nuevas Reglas ADR -ICC, Solución de Controversias, medios alternativos y Mediación por Lic. Fernando Estavillo Castro (Miembro mexicano Corte Internacional de Arbitraje ICC).

Tenemos la seguridad que los presentes artículos serán de interés y gran utilidad para usted y para su empresa; ICC México se reitera a sus órdenes para ofrecer a usted, los beneficios que ofrece esta Organización Mundial de las Empresas, para apoyarlos en el conocimiento y utilización del Arbitraje Comercial Internacional y la normatividad del Comercio.

Cordialmente,

Ing. Guillermo Cadena Acevedo  
Presidente

## ÍNDICE

DISCURSO DE BIENVENIDA DEL SEMINARIO SOBRE MEDIACIÓN: “MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” .....	5
Primero.- “La Mediación como Solución Alternativa de Controversias”.....	6
Segundo.- “Instituciones de Mediación en México y en el Extranjero”.....	6
a) Instituto Mexicano de la Mediación.....	6
b) Cámara Internacional de Comercio .....	7
c) Barra Mexicana, Colegio de Abogados .....	7
ANTECEDENTES DE MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS.....	9
EL PROCESO DE MEDIACIÓN.....	12
<b>Introducción</b> .....	12
<b>Definición</b> .....	12
<b>Mediación / Conciliación</b> .....	12
<b>El mediador</b> .....	12
<b>Etapas del procedimiento de mediación</b> .....	13
LOS ORGANISMOS ADMINISTRADORES DE LA MEDIACIÓN.....	16
<b>Introducción</b> .....	16
<b>La Mediación</b> .....	16
<b>La Justicia Actual</b> .....	24
<b>Conclusiones</b> .....	26
EL INSTITUTO DE LA MEDIACION ALGUNAS REFLEXIONES OPORTUNAS DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA.....	27
LA MEDIACIÓN: MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LA ÉTICA Y LA MEDIACIÓN.....	31
<b>1.Principios Éticos del Mediador</b> .....	31
<b>2.Análisis del Código de Ética para Mediadores del Instituto Mexicano de la Mediación</b> .....	32
NUEVAS “REGLAS ADR ICC” * .....	35
<b>Antecedentes</b> .....	35
<b>Las nuevas “Reglas de ADR ICC”</b> .....	37
<b>Características del método de solución de controversias conforme a las Reglas</b> .....	37
<b>Descripción de las Reglas</b> .....	39
<b>Análisis detallado de las Reglas</b> .....	40
<b>Artículo 1 Alcance de las Reglas de ADR ICC</b> .....	40
<b>Artículo 2 Inicio del Proceso de ADR</b> .....	40
<b>Artículo 2.A Cuando existe acuerdo para referirse a las Reglas</b> .....	40
<b>Artículo 2.B Cuando no existe acuerdo para referirse a las Reglas</b> .....	41
<b>Artículo 3 Selección del Tercero Neutral</b> .....	42
<b>Artículo 4 Honorarios y Costos</b> .....	43
<b>Artículo 5 Conducción del Procedimiento de ADR</b> .....	43
<b>Artículo 6 Terminación del proceso de ADR</b> .....	45
<b>Artículo 7 Disposiciones generales</b> .....	46
<b>Análisis de las cláusulas para sometimiento a ADR, sugeridas por la ICC</b> .....	47
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, MEDIOS ALTERNATIVOS. ....	49

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS .....	55
<b>I. Introducción .....</b>	<b>55</b>
<b>II. Principales medios alternativos de solución de controversias .....</b>	<b>57</b>
<b>III. Distinción entre conciliación y mediación en México .....</b>	<b>70</b>
<b>IV. Transacción.....</b>	<b>71</b>
<b>V. Los Medios Alternativos De Solución De Controversias, Llevados A La Práctica .....</b>	<b>74</b>
MEDIACIÓN.....	79

## **DISCURSO DE BIENVENIDA DEL SEMINARIO SOBRE MEDIACIÓN: “MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”**

*Por: Dr. Claus Von Wobeser*

CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO  
INSTITUTO MEXICANO DE LA MEDIACIÓN  
BARRA MEXICANA, COLEGIO DE ABOGADOS  
ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS

MUY ESTIMADOS MIEMBROS DEL PRESIDIO

ESTIMADAS COMPAÑERAS Y COMPAÑEROS

Es para mí un honor el inaugurar este importante Seminario sobre la “Mediación: Mecanismo Alternativo para la Solución de Controversias” organizado por el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, el Instituto Mexicano de la Mediación, la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.

Es para mí particularmente un gusto el haber sido designado por mis compañeros para inaugurar este Seminario, ya que tengo ligas muy profundas con las cuatro organizaciones patrocinadoras de este evento.

Sin duda alguna el motivo por el cual estas cuatro organizaciones tan prestigiadas se hayan unido para organizar este Seminario, es porque las mismas están convencidas de que la mediación ha surgido recientemente como uno de los medios más idóneos para la solución de controversias, tanto domésticas como internacionales.

Si bien durante el desarrollo de este Seminario los compañeros que me sucederán en la palabra explicarán con detalle qué es la mediación, su procedimiento y algunos otros aspectos de la mediación, es importante que en esta breve introducción distinga a la mediación de otros medios alternos para la solución de controversias. Por otra parte, les daré una breve explicación de la actividad que desarrolla el Instituto Mexicano de la Mediación en mediaciones en México, así como las actividades que desarrolla la Cámara Internacional de Comercio en materia de mediación a nivel internacional.

## **Primero.- “La Mediación como Solución Alternativa de Controversias”.**

Existen básicamente dos métodos para la solución de controversias. Por una parte los métodos hetero-compositivos en los que una autoridad resuelve en definitiva una controversia que las partes le someten con fuerza vinculativa para las partes, como lo pueden los juicios ante los Tribunales de un Estado o el Arbitraje; y por otra parte los métodos auto-compositivos en los que forzosamente se requiere de la voluntad de las partes para llegar a una solución de la controversia, como puede ser la mediación o la conciliación.

La mediación o conciliación son sinónimos, pero a nivel internacional el término que ha sido utilizado recientemente es la mediación, por lo que es el término moderno que se utiliza en la lengua española en estos nuevos tiempos.

La conciliación, es un procedimiento a través del cual las partes de una controversia designan a un tercero, a quien exponen sus diferencias, a efecto de que el mismo después de estudiar el asunto proponga una solución que deberá ser aceptada por las partes.

La mediación es un fenómeno relativamente novedoso, que surge en su concepción moderna principalmente en los Estados Unidos y otros países anglosajones como Canadá e Inglaterra.

La mediación surge como una necesidad de encontrar otro método para solucionar las controversias, por la complejidad, duración y alto costo de los procedimientos judiciales.

Si bien en un principio fue poco utilizado en Europa Continental y en otros países con tradición de Derecho Latina, vemos cada vez con mayor frecuencia el uso de esta Institución.

En términos generales, los procedimientos de conciliación no son ajenos a las leyes procesales mexicanas, si bien es cierto que su desarrollo aún no ha alcanzado el grado de perfección deseado.

En México encontramos por ejemplo en los procedimientos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje una etapa conciliatoria. Lo mismo sucede en los procedimientos del orden civil, en los que hay un conciliador adscrito a cada juzgado, que en la audiencia previa de conciliación preparará y propondrá a las partes una propuesta relativa a la solución del litigio.

Así mismo en la Ley Federal de Protección al Consumidor, en la Ley de Arbitraje Médico y en algunas Leyes que regulan la actividad financiera, encontramos procedimientos de conciliación ante dichas instituciones.

Los procedimientos de mediación a los que nos referiremos en este Seminario son diferentes ya que son procedimientos que se llevan a cabo por mediadores que han tomado cursos sobre métodos modernos de mediación, y que aplican reglas claras elaboradas para este efecto. Esto último tiene por consecuencia resultados muy favorables.

No cabe duda que estas técnicas, si fueran utilizadas por los conciliadores previstos en las leyes mexicanas antes referidas, se obtendrían resultados mucho más favorables.

Todos hemos escuchado que los conciliadores en procedimientos de divorcios, únicamente cumplen con la mera formalidad de reunir a las partes para que firmen que han llevado a cabo el trámite correspondiente, sin que realmente se lleve a cabo un verdadero procedimiento profesional, con el fin de lograr una solución entre las partes en controversia.

## **Segundo.- “Instituciones de Mediación en México y en el Extranjero”.**

Me quisiera referir brevemente a las instituciones que prestan servicios de mediación y que son organizadoras de este Seminario.

### *a) Instituto Mexicano de la Mediación*

En primer lugar me referiré al Instituto Mexicano de la Mediación. Algunas de las principales firmas de abogados de este país, conscientes de la necesidad de encontrar nuevos métodos más eficientes para la solución de las complejas controversias que encontramos cada vez con mayor frecuencia, preocupadas por lo anterior, se reunieron y

constituyeron el Instituto Mexicano de la Mediación, A.C., con el propósito de prestar servicios a la comunidad de negocios del país para la solución de controversias.

El Instituto ha llevado a cabo muchas actividades para la promoción de la mediación, pero en mi opinión ha realizado dos actividades fundamentales: en primer lugar aprobó el reglamento de mediación, cuyo ejemplar seguramente les será entregado con el material de trabajo de este Seminario. Por otra parte el Instituto Mexicano de la Mediación ha llevado a cabo la capacitación de diversos abogados, a efecto de que estén preparados para llevar a cabo procedimientos de mediación conforme a las reglas de dicho Instituto.

Estas dos herramientas son la esencia para poder llevar a cabo mediaciones en forma exitosa.

El Instituto Mexicano de la Mediación tiene igualmente como tarea el designar a mediadores en controversias concretas, que se susciten entre dos o más partes y que soliciten los servicios del Instituto para designar uno o varios mediadores para resolver dichas controversias.

Hay varias controversias que se han sometido al procedimiento del reglamento de mediación del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C. que han sido resueltas en forma satisfactoria por mediadores designados precisamente por dicho Instituto.

#### *b) Cámara Internacional de Comercio*

La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio ha tenido por vocación el administrar arbitrajes en más de 130 países del mundo, conforme a las reglas de arbitraje expedidas por la propia Cámara Internacional de Comercio.

Desde la creación de la Corte, la misma ha administrado conforme a sus reglas más de 11,000 controversias a nivel mundial.

Si bien la Corte principalmente ha tenido una vocación de administrar arbitrajes, también la misma siempre ha contado con un reglamento de conciliación, para aquellos casos en los que las partes consideren que éste es un mejor procedimiento para la solución de las controversias.

La realidad es que en el pasado, dicho reglamento fue poco utilizado, ya que el mismo no contaba con los procedimientos modernos de mediación a los que antes me referí. En virtud de lo anterior, la Cámara Internacional de Comercio, a través de su Comisión de Arbitraje y con la participación de Comités Nacionales de más de 80 países, elaboró un nuevo proyecto de reglas llamadas "Reglas ADR/ICC", con el objeto de promover la mediación y otros mecanismos alternativos para la solución de controversias a nivel internacional. Este reglamento entrará en vigor el 1° de julio próximo.

No quisiera extenderme con más detalles con relación a dichas reglas, ya que posteriormente el Lic. Fernando Estavillo, miembro mexicano de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio se referirá con mayor detalle a este tema.

#### *c) Barra Mexicana, Colegio de Abogados*

Finalmente, en mi calidad de Presidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, quisiera mencionar que si bien nuestro Colegio no es una Institución que administre arbitrajes u otros medios para la solución de controversias, en ciertos casos ha sido designada como autoridad nominadora para designar árbitros en controversias concretas.

La Barra también, en un momento dado, podrá designar a un mediador cuando las partes se lo soliciten, muy particularmente cuando se trate de una controversia que involucre a un abogado.

Por otra parte la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, a través de su Comisión de Derecho Mercantil, creó recientemente un Comité de Arbitraje cuya finalidad será el de estudiar y promover temas de arbitraje y de otros medios alternativos para la solución de controversias.

Así mismo, la Barra ha tenido un papel muy importante en emitir su opinión sobre nuevos proyectos de ley en esta materia.



El día de ayer precisamente firmé una carta para el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el que envié comentarios del Comité de Arbitraje sobre el nuevo anteproyecto de Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal, que precisamente se refiere al tema de la mediación como medio de solución de controversias.

Por la brevedad del tiempo no podré ampliar mis comentarios sobre este anteproyecto de Ley, sin embargo con mucho gusto podré hacerles llegar una copia de la opinión de la Barra sobre el particular.

Estoy seguro de que el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados comparte las mismas inquietudes de la Barra sobre estos temas.

Quisiera con esto terminar mi intervención, ya que corresponderá a mis colegas el desarrollar los temas de fondo sobre esta nueva institución tan importante para nuestro país.

Les deseo un exitoso Seminario y los felicito por haberse inscrito en el mismo, lo cual demuestra su interés por aprender nuevos mecanismos para solucionar controversias.

Así mismo, me permito felicitar y agradecer a todos los expositores que dedicaron un tiempo importante para preparar sus ponencias para este Seminario.

Muchas gracias.

## ANTECEDENTES DE MECANISMOS ALTERNOS DE RESOLUCION DE CONTROVERSIAS

*Por: Lic. Eduardo Siqueiros T.\**

Es reconocido que México no es, a diferencia de otros países industrializados, un país con sociedad litigiosa. Aun así, la carga judicial es abrumadora para nuestro sistema judicial. Vale la pena citar algunas recientes estadísticas.

En el año de 1999, en los Juzgados en Materia Civil del Distrito Federal se recibieron 56,113 asuntos. Este número decreció para el año 2000, en el que se recibieron 39,210, es decir, un decremento de aproximadamente el 25%. En otras materias, sin embargo, el volumen se incrementó, ya que en materia penal, en tanto que en 1999 el número de asuntos nuevos ascendió a 10,395, para el año 2000 estos se incrementaron en 50%. Por otra parte, los asuntos conocidos por las Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal se incrementaron de 56,611 en 1998 a 68,870, es decir, un aumento del 22%.

Las siguientes tablas describen en forma clara el cúmulo de asuntos:

AÑO	ASUNTOS RECIBIDOS			Sentencias en segunda instancia
	Materia Civil	Materia Familiar	Materia Penal	
1998	44,068	6,402	8,300	56,111
1999	56,113	8,350	10,395	68,870
2000	39,210	8,508	15,353	

Para los Juzgados de Primera Instancia en Materia Civil del Distrito Federal esto representa un promedio de 560 asuntos por año por cada juzgado (tomando en cuenta 62 juzgados en materia civil y 21 en materia de arrendamiento inmobiliario), lo que equivale a 2.66 asuntos por día hábil (tomando en cuenta 210 por año).

El número de asuntos que se examinan por las Salas del Tribunal Superior de Justicia no es, desde luego, un indicativo de que la justicia que imparten los Juzgados de Primera Instancia sea inadecuada o errónea; los números son fríos y muestran simplemente un volumen, pero no expresan si las sentencias o resoluciones de primera instancia son confirmadas, modificadas, revocadas, o si se trata de simples tácticas dilatorias o chicanas. Eso sí, queda claro que existe un volumen que los juzgadores difícilmente pueden atender. Si el volumen por sí es preocupante, lo es con mayor razón la incapacidad de los juzgadores de atender diferentes especialidades en el ámbito civil y mercantil. La proliferación de materias, la especialización y complejidad paralela de temas en el ramo mercantil que se ha desarrollado en los últimos quince años provoca ciertamente la imperiosa necesidad de una constante preparación de los juzgadores.

Sin embargo, es frecuente que el promedio de experiencia de los jueces de primera instancia es bajo, lo que provoca que temas de dificultad profunda sean sometidos a la consideración de un juzgador de escasa experiencia.

Existen también ocasiones en donde indudablemente se hace patente la negligencia de un juzgador e incluso surge la existencia de irregularidades – incluyendo corrupción, que son denunciadas ante el Consejo de la Judicatura. Los números también describen las deficiencias. En el año 2000 el número de denuncias presentadas ascendió a 543, y el número de asuntos que fueron considerados como fundados por el Consejo ascendió a 8.47%. Aun y cuando el porcentaje no es alto por sí y aparentaría estar bajo control, cualquier queja fundada resulta preocupante.

Lo anterior, sin embargo, no es algo nuevo. Son varias generaciones las que han sufrido el rezago judicial. No obstante, en los últimos lustros el número de asuntos que involucra a extranjeros ha ido notablemente en aumento con motivo del crecimiento en la inversión y el comercio. Basta recordar que las cifras de inversión extranjera y comercio internacional se han incrementado en forma notable desde la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Estos antecedentes han provocado que en forma creciente los inversionistas y los comerciantes busquen mecanismos alternos para resolver controversias, motivados principalmente por las siguientes preocupaciones:

---

\* Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C.

1. Búsqueda de una resolución emitida por una persona independiente de reconocido prestigio por las partes.
2. Integración de un órgano colegiado independiente para la emisión del laudo correspondiente
3. Pretensión de que el juzgador cuente con conocimientos de la materia especializada que detona la controversia.
4. Deseos de celeridad en la resolución y definitividad de la resolución.
5. Intención de ser las mismas partes quienes participen en la decisión.
6. En ocasiones, conocimiento del idioma en el que fue negociado el contrato correspondiente, y en ocasiones conocimiento del derecho al que quedó sujeta la relación contractual.
7. Búsqueda de un proceso más flexible para la consideración de cada una de las respectivas posiciones de las partes.

En el pasado reciente se ha difundido la inclusión de una cláusula arbitral en los contratos que, al surgir la controversia, ha obligado a las partes a acudir al arbitraje. Existen desde luego numerosas organizaciones nacionales y extranjeras especializadas en la administración de arbitrajes. En México, se puede citar a la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (CANACO), al Centro de Arbitraje de México (CAM) y a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). El Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. trabaja de cerca con el organismo con sede en París con el cual se relaciona.

En el extranjero, existen también numerosas organizaciones, si bien en nuestro país las más identificadas son la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio y la Asociación Norteamericana de Arbitraje (American Arbitration Association). Cada una de estas organizaciones cuenta con reglas de procedimiento en materia de arbitraje para regular el procedimiento arbitral.

Reconociendo este movimiento internacional y el incremento en el uso del arbitraje para la resolución de controversias, México adoptó la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) reformando al efecto el Código de Comercio.

Inicialmente había introducido una reforma de alcance limitado, pero el Congreso federal afortunadamente remedió para incorporar los principios reconocidos ya en otros países. Así, México se encuentra a la vanguardia en legislación en materia de arbitraje comercial.

Por otra parte, México es parte a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrito en Nueva York en el año de 1958, a la cual se adhirió y entró en vigor en el año de 1971. Además, nuestro país es parte a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrito en Panamá en el año de 1975, habiendo sido ratificada y entrado en vigor la Convención en el año de 1978.

La mediación, por otra parte, ha sido un mecanismo siempre presente en nuestra sociedad; sin embargo, es reciente un proceso de mediación regulado a través de reglas de procedimiento y administrado por una organización independiente.

La mediación funciona. Sus principales virtudes son:

- Las partes tienen posiciones con mérito, y corren un riesgo en dejar la resolución a una tercera persona – sea ésta juzgador o árbitro.
- Las partes desean resolver la disputa entre sí, sin ceder al tercero la decisión.
- Las partes pueden hacer una presentación personal de su posición, la cual puede ser coadyuvante para una resolución.
- El mediador es útil en eliminar las emociones y la hostilidad que impiden un acuerdo.

Convencidos de la necesidad de establecer a la mediación como un mecanismo con arraigo en México, diversos despachos de abogados establecidos en la ciudad de México resolvieron crear el Instituto Mexicano de la Mediación, como asociación civil en el año de 1999. Este Instituto, a pesar de su reciente formación, ha establecido bases sólidas que permiten reconocer a la mediación como una opción viable y reconocida para la solución de conflictos. Los objetivos del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C. en el corto plazo fueron:

1. Preparar mediadores capaces de atender en forma profesional un conflicto que fuera a ser sometido a su consideración.
2. Preparar reglas de procedimiento, para lo cual se apoyó en antecedentes que han sido probados en el extranjero y
3. Establecer un prestigio en la solución de conflictos.

A través de los auspicios del Instituto, han quedado ya resueltas diversas complejas controversias, cada una de las cuales hubiere provocado acudir a tribunales del orden civil o arbitral.

La Cámara Internacional de Comercio tiene sus Reglas de Conciliación, aquellas vigentes datan desde el 1º enero de 1988, y dicha institución tiene capacidad para administrar, además de un arbitraje, igualmente un proceso de mediación que ofrece a los particulares.



El Tratado de Libre Comercio de Norte América que entró en vigor el 1º de enero de 1994 contiene como principio y objetivo el promover a los mecanismos alternos para la resolución de conflictos. En efecto, al suscribir Canadá, los Estados Unidos de América y México dicho tratado, los tres países reconocieron su importancia en el Artículo 2022 del Tratado, que establece como sigue:

**“Artículo 2022. Medios alternativos para la solución de controversias**

1. *En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.*
2. *A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.*
3. *Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.*
4. *La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.”*

Esta disposición ha dado lugar a un Comité formado por representantes de los tres países, tanto del sector oficial como del privado denominado precisamente como “Comité 2022”. Existen diversos Sub-Comités que han sido creados al amparo del Comité, para estudiar e implementar fines específicos, incluyendo la promoción del arbitraje y la mediación.

En un ámbito independiente, se ha establecido en los Estados Unidos de América un centro para promover igualmente los mecanismos alternativos para resolución de disputas. El US Mexico Conflict Resolution Center, establecido bajo los auspicios de la Universidad de Nuevo México en Las Cruces, y con fondos federales, ha contribuido en forma importante a promover el conocimiento y el uso del arbitraje y la mediación.

Como podrá apreciarse, los antecedentes de los medios alternos para la resolución de controversias han tomado arraigo en México. Cada día el número de asuntos que se someten a arbitraje y a la mediación va en incremento, pero tal vez más importante es el hecho de que cada vez es más el número de particulares que está dispuesto a utilizar a estos medios para resolver sus conflictos.

## EL PROCESO DE MEDIACIÓN

Por: Lic. Daniel Amézquita Díaz

### Introducción

La normatividad y la práctica comercial internacional con frecuencia refiere a medios tradicionales de solución pacífica de controversias que no encajan en el género de métodos heterocompositivos (jurisdicción estatal o arbitraje, principalmente), sino en el de autocompositivos (la mediación, la conciliación y la transacción), esto es, medios en los que las partes mismas solucionan su controversia.

Así, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte refiere a medios autocompositivos que sirven para solucionar controversias, cuando alude a la consulta y a la negociación<sup>(1)</sup>.

Del género de medios autocompositivos de solución de controversias, destaca la mediación, procedimiento que si bien se ha venido utilizando tradicionalmente en varios países para la solución de problemas referidos a divorcio, decisiones sobre custodia y visita, diferencias entre vecinos, conflictos educativos, tensiones de minorías y raciales, aspectos referentes al ambiente, desavenencias laborales y problemas en el cuidado de salud, su aplicación en el ámbito de las controversias comerciales internacionales, es relativamente reciente.

### Definición

La mediación es una intervención que tiene el propósito de resolver desavenencias y manejar conflictos, facilitando la toma de decisiones<sup>(2)</sup>.

Es una intervención, por que la caracteriza la participación de un tercero (mediador) que asiste, valga la redundancia, a los participantes<sup>(3)</sup>, no como abogado o terapeuta, sino como propiciador. Por su parte, los participantes involucrados en la mediación, no son simplemente receptores de un servicio, sino que intervienen de manera activa en el proceso.

### Mediación / Conciliación

La mediación y la conciliación, como procedimientos autocompositivos de solución de controversias, coinciden en que: (i) son técnicas empleadas para solucionar conflictos; (ii) un tercero extraño logra reunir a las partes en conflicto y; (iii) las partes solucionan su conflicto por sí mismas.

Difieren sin embargo ambas técnicas, en que en la conciliación, el conciliador no sólo se encarga de ayudar a las partes a solucionar su conflicto, sino que además, les propone la forma de solucionarla<sup>(4)</sup>. En la mediación, la solución no es propuesta por el tercero, sino que es descubierta por las partes mismas.

El mediador actúa como un guía en un voluntario proceso de colaboración, en el que los involucrados participan conjuntamente en la resolución de su problema. Las partes no pueden ser forzadas a entrar en la mediación o a pactar un convenio, ni puede el mediador imponer una solución a las partes.

### El mediador

Como puede observarse de lo hasta aquí expuesto, el elemento clave en la mediación es el mediador; éste es el que debe procurar los medios óptimos para lograr que las partes solucionen su conflicto.

- Dentro de las actividades y características del mediador, encontramos las siguientes<sup>(5)</sup>:

---

<sup>(1)</sup> Artículo 1118.

<sup>(2)</sup> Folberg, Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de conflictos sin litigio*, Editorial Limusa, S.A. de C.V., 1992; pág. 9.

<sup>(3)</sup> Folberg y Taylor (Ob. Cit.), recomiendan el uso de la palabra “participantes” en lugar de “partes”, pues ésta última recuerda al sistema legal tradicional de adversario.

<sup>(4)</sup> Algunos autores refieren éste tercero también como “arbitrador”.

- Calma la ira o sentimientos irritados de los participantes;
- Dirige la discusión de manera neutral;
- Asegura que los participantes tengan amplia oportunidad para poder hablar;
- Ayuda a los participantes para diferenciar los intereses de las posiciones;
- Trabaja con los participantes para la elaboración de soluciones propias de sus necesidades;
- Gana la confianza de los participantes, para que ellos puedan compartir información confidencial acerca de intereses y alternativas;
- Comunica la información, traduciendo del lenguaje negativo a uno positivo;
- Sirve como agente realista, auxiliando a los participantes a ser más realistas acerca de sus alternativas;
- Procura que las negociaciones se hagan cuando los participantes estén listos para ello, y no en otra época o momento y,
- Actúa como agente neutralizador cuando las cosas salen mal.

En resumen, “un mediador necesita reservas infinitas de paciencia, inventiva, buen humor y persuasión. Puede actuar con las partes unidas o separadamente”<sup>(6)</sup>.

### **Etapas del procedimiento de mediación**

Aunque no están previstos en alguna norma los pasos del procedimiento de mediación, siguiendo los propuestos por Linda R. Singer, podemos decir que las etapas son las siguientes:

- Contacto inicial entre mediador y participantes;
- Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos;
- Obtención de información del litigio, identificando las pretensiones de los participantes;
- Incentivar la elaboración de diversas opciones;
- Evaluar y comparar las opciones con las alternativas de los propios participantes y
- Elaborarles a los participantes el convenio de solución, así como los procedimientos para implementarlo.

A fin de que se tenga una idea más clara del contenido de cada una de las etapas antes listadas del proceso de mediación, a continuación se analiza cada una de ellas, conforme a las Reglas de Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (Reglas CAMCA)<sup>(7)</sup> y el Reglamento de Mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Reglamento CANACO)<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Linda R. Singer, citada por Silva, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Perezniето Editores, 1994; pp. 10 y 11.

<sup>(6)</sup> Linda R. Singer, citada por Silva, Ob. Cit., pag. 11.

<sup>(7)</sup> En vigor desde el 15 de marzo de 1996.

<sup>(8)</sup> En vigor desde el 25 de septiembre de 2000.



Debe aclararse previamente que los participantes en el proceso de mediación, pueden en cualquier momento variar mediante convenio por escrito, los procedimientos contenidos en las reglas antes referidas<sup>(9)</sup>.

#### a) Contacto inicial entre mediador y participantes

El participante que tome la iniciativa de la mediación, debe enviar por escrito una solicitud en tal sentido, sea al otro participante (como en el caso de las Reglas CANACO) o al órgano administrador (como en el caso de las Reglas CAMCA), pero en todo caso el procedimiento de mediación iniciará una vez que ambos participantes estén de acuerdo en someterse al mismo<sup>(10)</sup>.

En los casos que la solicitud se envíe a un órgano administrador, éste último puede invitar al otro participante a la mediación, procurando obtener el acuerdo de ambos<sup>(11)</sup>.

En todo caso, la solicitud de mediación o el documento donde se establezca el sometimiento a la misma contendrá una breve descripción de la naturaleza del conflicto, y los nombres, direcciones y números telefónicos de todos los participantes en conflicto y de sus representantes, si los hubiere.

La parte solicitante debe entregar, si es el caso, simultáneamente dos copias de la solicitud al órgano administrador y una copia para cada parte en conflicto<sup>(12)</sup>.

Normalmente existe un solo mediador, a menos que las partes acuerden que sean más. Cuando existe más de un mediador, éstos deberán actuar, por regla general, de consuno<sup>(13)</sup>.

Los participantes procurarán ponerse de acuerdo sobre el nombre del mediador, en caso contrario, el órgano administrador intervendrá en su designación conforme a los métodos previstos en el Reglamento correspondiente<sup>(14)</sup>.

Los participantes, al acordar someterse a la mediación, se comprometen a conducirse con rectitud y buena fe, así como a esforzarse para resolver la controversia<sup>(15)</sup>.

Los participantes también pueden hacerse representar o asesorar por personas de su elección, pero se deben asegurar que sus representantes tengan la autoridad necesaria para resolver la controversia<sup>(16)</sup>.

#### b) Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos

Normalmente el mediador, en consulta con los participantes, fijará la fecha y la hora para cada sesión de mediación. El lugar será cualquiera que resulte conveniente y cómodo para el mediador y las partes<sup>(17)</sup>.

En una de dichas sesiones, el mediador propondrá a los participantes reglas mínimas para el desarrollo del procedimiento.

#### c) Obtener información del litigio, identificando las pretensiones de los participantes

El mediador, después de su designación, solicitará de cada una de las partes que le presenten una sucinta exposición por escrito describiendo la naturaleza general de la controversia y los puntos en litigio, debiendo cada parte enviar a la otra un ejemplar de esa exposición.

El mediador puede solicitar de cada una de las partes una exposición adicional, por escrito, sobre su respectiva exposición y sobre los hechos y motivos en que ésta se funda, acompañada de los documentos y otros medios de

---

<sup>(9)</sup> Ver artículo 1 Reglas CAMCA y artículo 1 Reglas CANACO.

<sup>(10)</sup> Ver artículo 2, párrafo 2 Reglas CANACO.

<sup>(11)</sup> Ver artículo 2, párrafo 1 Reglas CAMCA.

<sup>(12)</sup> Ver artículo 2, párrafo 2 Reglas CAMCA.

<sup>(13)</sup> Ver artículo 3 Reglas CANACO.

<sup>(14)</sup> Por ejemplo sistema de listas del artículo 4 de las Reglas CAMCA.

<sup>(15)</sup> Ver artículo 8 Reglas CAMCA.

<sup>(16)</sup> Ver artículo 8 Reglas CAMCA y 6 Reglas CANACO.

<sup>(17)</sup> Ver artículo 9 Reglas CAMCA.

prueba que cada parte estime adecuados, con la posibilidad de solicitar de una de las partes la presentación de otros documentos que estimare adecuados en cualquier etapa del procedimiento<sup>(18)</sup>.

Cuando sea necesario, el mediador también podrá requerir opiniones de expertos sobre aspectos técnicos de la controversia, siempre y cuando las partes estén de acuerdo y cubran los costos de obtención de dichas opiniones<sup>(19)</sup>.

Las sesiones de mediación deben ser privadas. Si el mediador recibe de una de las partes información de hechos relativos a la controversia, revelará su contenido a la otra parte a fin de que ésta pueda presentarle las explicaciones que estime convenientes. Sin embargo, si una parte proporciona información al mediador bajo la condición expresa de que se mantenga confidencial, el mediador no revelará esta información<sup>(20)</sup>.

#### d) Incentivar la elaboración de diversas opciones

Cada una de las partes, a iniciativa propia o a invitación del mediador, podrá presentar a éste sugerencias para la transacción de la controversia.<sup>(21)</sup>

El mediador puede, en cualquier etapa del procedimiento de mediación, formular propuestas para una transacción de la controversia, sin que sea preciso que consten por escrito ni que se aplique el fundamento de ellas<sup>(22)</sup>.

#### e) Evaluar y comparar las opciones con las alternativas de los propios participantes / f) Elaborarles el convenio de solución así como los procedimientos para implementarlo

Cuando el mediador estime que existen elementos suficientes para una transacción aceptable por las partes, formulará los términos de un proyecto de transacción y los presentará a las partes para que éstas expresen sus observaciones.

En vista de las observaciones, el mediador podrá formular nuevamente otros términos de posible transacción.

Si las partes llegan a un acuerdo sobre la transacción de la controversia, redactarán y firmarán un acuerdo escrito de transacción. Si las partes así lo solicitan, el mediador redactará el acuerdo de transacción o ayudará a las partes a redactarlo.<sup>(23)</sup>

En todo caso, la mediación termina por: (i) la ejecución del convenio de solución por las partes, (ii) por una declaración por escrito del mediador en el sentido de que no es conveniente prolongar los esfuerzos para la mediación; o, (iii) por una declaración por escrito de una parte o de las partes, en el sentido de que los procedimientos de mediación han terminado<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Ver artículo 5 Reglas CANACO

<sup>(19)</sup> Ver artículo 7 Reglas CAMCA.

<sup>(20)</sup> Ver artículo 10 Reglas CANACO y artículos 11 y 12 Reglas CAMCA.

<sup>(21)</sup> Artículo 12 Reglas CANACO.

<sup>(22)</sup> Artículo 7 Reglas CANACO.

<sup>(23)</sup> Artículo 13 Reglas CANACO.

<sup>(24)</sup> Artículo 14 Reglas CAMCA.

## LOS ORGANISMOS ADMINISTRADORES DE LA MEDIACIÓN

*Por: Lic. Jesús Moreno Mendoza\**

### Introducción

La Globalización económica ha implicado también la globalización y modernización de los sistemas que buscan y logran obligar al cumplimiento, por parte de los protagonistas del mundo, de las nuevas reglas del orbe.

Todas las comunidades, las más importantes, han venido desarrollando organismos administradores de la Mediación, una alternativa más para la solución de controversias, con el fin de asegurar el adecuado y oportuno cumplimiento asumido entre las particulares. Volvemos hoy nuestras reflexiones a:

### La Mediación

La Mediación es un método alternativo de solución de conflictos (MASC) que contribuye, entre otros, a:

1. Facilitar la solución de controversias de carácter comercial.
2. Favorecer la inversión privada, tanto interna como externa, y,
3. Proveer al sector público con instrumentos, alternos a la vía judicial, que permitan la solución de controversias con eficiencia y eficacia.

De esta manera y terminada la definición, respecto a los Organismos Administradores de la Mediación, diré que:

Hasta principios de los años '90 las Américas habían sido reticentes en tomar y adoptar diferentes mecanismos alternos para solución de conflictos y, principalmente al Arbitraje de Derecho Internacional Público, debido a la percepción de que éstos (los mecanismos), eran utilizados como medios de dominación por parte de las antiguas fuerzas coloniales.

Ante tales reticencias, en algunos casos por qué no decirlo, las malas experiencias en el Arbitraje Internacional, la omnipresencia del Estado encontraron un poderoso catalizador en el proteccionismo comercial, experiencia por todos vivida en México hasta bien entrada la década de los '80. Con este escenario el intercambio comercial, elemento fundamental del auge en el uso de los MASC, era reducido y controlado y contaba con un gran actor, el Estado, que en el ámbito internacional no aceptaba una justicia diferente a la de sus propios jueces y, por su fuerza era capaz de imponerla en la mayoría de los casos. Cuando existía la oportunidad de recurrir, en el ámbito interno, a los MASC su procedimiento era tan formalista y plagado de un procedimentalismo que en la práctica parecía más una calca del proceso judicial que un mecanismo alternativo de justicia privada.

En este contexto, fue difícil desarrollar en nuestra región un sistema MASC. entre otros, porque no existía interés para ello, la legislación en la materia se quedó anclada en los códigos procesales de principios de siglo XX.

A final de la década de los '80, y con la llegada de nuevos criterios de comercio, de crecimiento, el abandono de políticas proteccionistas, la creación de bloques económicos, la apertura de la "economía" de la región, surge la necesidad de adoptar diferentes instrumentos jurídicos a favor de los comerciantes e inversionistas privados. Así, adquieren especial importancia los MASC en materia de comercio interior, comercio internacional y la utilidad de éstos para fomentar la inversión extranjera.

México ha realizado importantes reformas legales con el fin de liberalizar su economía. En los últimos diez años, un número substancial de legislaciones fue modificado, leyes de transferencia y tecnología, marcas, patentes, inversión extranjera, código de comercio, código de procedimientos civiles y, en particular, los dispositivos referentes al Arbitraje Comercial, modernización realizada con el fin de inspirar mayor confianza a los inversionistas extranjeros en materia de solución de controversias.

Y qué decir de la firma de convenios internacionales que también fueron suscritos por México, pero como dicen por ahí, éste es otro tema.



Hasta hace algunos años, a principios de los '90 el empresariado en México y, en general, en los países de América Latina, no tenían posibilidades ni opciones de acudir a centros proveedores de servicios de Mediación y Arbitraje para resolver sus conflictos comerciales o no, fuera de las cortes. Esto obedecía a que las leyes de Mediación y Arbitraje frecuentemente o no existían o eran completamente obsoletas y, solo eran unos cuantos los centros de Mediación y Arbitraje que existían o que operaban. Hoy, gracias a la labor efectuada durante algunos años por los pioneros de la materia, así como los esfuerzos de organismos internacionales ICC, AAA, el Banco Interamericano de Desarrollo a través del Fondo Multilateral de Inversiones, la gran mayoría de los países de esta región han aprobado leyes modernas de Arbitraje, no tanto de Mediación, y tienen centros de Arbitraje y Mediación operando.

En el ámbito internacional también, Latinoamérica ha dinamizado y activado sus esfuerzos para resolver sus conflictos con la participación de diversos organismos internacionales, como es el caso de la Cámara Internacional de Comercio de París, quien ha reportado que, en 1990, casos de arbitraje internacional que incluían al menos una parte de algún país de América Latina, representaba el solo 2.3% del total de casos recibidos por CCI, para 1995 esa figura se triplicó alcanzando un 7.3%, en 1998 esa cifra alcanzó el 8.3% del total de los casos recibidos y, para 1999 ha reportado que el 9.8% del total de casos recibidos corresponden a países de América Latina y del Caribe, que son resueltos por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con lo que podemos concluir que en diez años la Cámara Internacional de Comercio, resuelve del total de sus casos casi el 10%, superando a regiones como Africa, del centro y este de Europa, solo siguiéndole el porcentaje con el 13.4% en Norte América, de donde sabemos la predilección de ellos es la AAA.

El trabajo realizado, tanto en Arbitraje y Mediación comercial como no comercial, de éstos últimos podemos mencionar que hay diversos proyectos que apoyan la resolución de conflictos que tienen que ver con problemas de tierra, centros de mediación familiar y vecinal, educación para niños de escuelas primarias y secundarias, educación para que niños de escuelas primarias y secundarias aprendan a utilizar la Mediación como medio para resolver conflictos, así como Centros de Mediación y Arbitraje anexados a las cortes judiciales, que buscan resolver una amplia gama de conflictos de carácter civil.

En la medida en que se incremente el conocimiento y el uso de la Mediación y el Arbitraje en México, Latinoamérica y el Caribe, con la convicción de que estos métodos de solución de conflictos proveen medios eficaces, eficientes y flexibles para resolver disputas y conflictos, esto jugará un papel importante en el fortalecimiento en el estado de derecho y del que puede contribuir a construir un sistema de justicia más eficiente, y más accesible a más mexicanos.

Pero los sistemas de Arbitraje y Mediación en México nunca podrán funcionar como se debe si es que los jueces no respaldan las decisiones, resultado de una Mediación o Arbitraje para que tales decisiones se puedan ejecutar debidamente.

Hasta en tanto no hayan aprendido: los jueces, los sistemas de las cortes, las entidades del sector privado; que son socios importantes en el desarrollo de la Mediación y el Arbitraje, vanos serán los esfuerzos que se realicen en la región.

Debemos tomar ejemplo de lo que sucede en otras partes del mundo. Leí en alguna ocasión que: "...los pueblos que no conocen su historia están condenados a repetir los mismos errores".

Existen grandes ejemplos en el mundo de instituciones de Mediación, a manera enunciativa y no limitativa mencionaremos solo algunas de ellas:

#### En Argentina:

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Buenos Aires  
(Argentina)  
International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (Paris, Francia)  
Comisión de Resolución de Controversias del Consejo de Cámaras de Comercio del MERCOSUR (Buenos Aires, Argentina)  
Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio  
Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz de la Sierra  
Centro de Conciliación y Arbitraje de Ilustre Colegio de Abogados de la Paz

#### En Brasil:

Instituto Nacional de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo  
Cámara de Mediación y Arbitraje de Manaus (CAMAM)  
Consejo Arbitral del Estado de Sao Paulo  
Cámara de Arbitraje de Minas Gerais  
Centro de Mediación y Arbitraje de Halagaos  
Sociedad Internacional de Mediación y Arbitraje de Río de Janeiro  
Centro Interdisciplinario de Mediación y Arbitraje (CIMA), en Porto Alegre  
Cámara de Mediación y Arbitraje de la Asociación Comercial de Paraná  
Instituto de Mediación y Arbitraje de Brasil  
Confederación de la Asociación Comercial de Brasil  
Centro Interdisciplinario de Mediación y Arbitraje (CIMA), (Porto Alegre)  
Centro de Mediación y Resolución Ética de Conflictos de Río de Janeiro

En Canadá:

Centro de Resolución  
Centro Internacional de Arbitraje de British Columbia (BCICAC)

En Chile:

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial  
Centro de Arbitraje y Mediaciones de la Cámara de Comercio de Santiago  
Centro Arbitraje y Mediación V Región (Valparaíso)

En Colombia:

Centro de Arbitraje y Conciliación de Colombia  
Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla  
Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá  
Cámara de Comercio de Barranquilla  
Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali

En Costa Rica:

Cámara de Comercio de San José

En Ecuador:

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil y Quito  
Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito  
Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 en Quito  
Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana  
Procuraduría General del Estado de Quito

En El Salvador:

Dirección de Política Comercial, Ministerio de Economía  
Ministerio de Trabajo y Previsión Social  
Cámara de Comercio e Industria de El Salvador

En España:

Resolución Alternativa de Litigios, S.L. en Oviedo

En Estados Unidos:

Centro de Resolución de Controversias México -Estados Unidos /U.S.-México Conflict Resolution Center  
Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial  
Inter-American Bar Foundation, Programa de Administración de Justicia  
Inter-American Arbitration Commission  
American Arbitration Association (AAA)  
American Management Association  
Multilateral Investment Fund  
Inter-American Development Bank

En Guatemala:

Centro de Arbitraje y Conciliación, en la ciudad de Guatemala  
Ministerio de Economía

En Honduras:

Secretaría de Industria y Comercio  
Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria (Tegucigalpa)

En Inglaterra:

Corte Internacional de Arbitraje de Londres-LCIA

En Japón:

Cámara de Comercio Japonesa

En Nicaragua:

Ministerio de Fomento, Industria y el Comercio

En Paraguay:

Federación de la Producción, la Industria y el Comercio

En Perú:

Pro Conciliación

En República de Panamá:

Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá  
Autoridad del Canal de Panamá  
Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá

En Suecia:

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

En Uruguay:

Centro de Conciliación y Arbitraje / Bolsa de Comercio

En Venezuela:

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Caracas

En México:

Centro de Solución de Conflictos del Sur (Acapulco)  
Centro de Solución de Conflictos de Querétaro (Querétaro)  
Centro de Arbitraje Permanente de Monterrey  
Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)  
ICC México, Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.  
Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.  
Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Guadalajara  
Fundación Centro de Atención para Víctimas del Delito, I.A.P., Fundación CENAVID (Guadalajara)  
Centro de Mediación y Arbitraje Comercial del Noroeste de México, S.C.  
American Arbitration Association  
Cámara de Comercio de la Ciudad de México  
Centro de Arbitraje de México  
Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)

Existen diversas instituciones en México judiciales y administrativas que, se encuentran facultadas por la ley para llevar al cabo la Mediación, y usan para describir este proceso en expresiones como: “conciliación, conciliadores, procedimiento de conciliación, conciliación de intereses, amigable composición, conciliación entre las partes, propuestas de conciliación, negociaciones, diálogo, concertación, avenimiento, procedimiento o instancia conciliatoria u otras”.

Luego entonces, encontramos leyes sustantivas y adjetivas que contemplan procedimientos para llevar a cabo la Mediación, entre ellas, podemos enumerar las siguientes:

#### 1. CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 354.- Para la efectividad de las fianzas a que se refiere este capítulo, la Secretaría podrá optar por cualquiera de los procedimientos que a continuación se señalan:

1. “Procedimiento de conciliación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas , conforme a lo previsto en el artículo 93-bis del precitado ordenamiento, o”
2. “Demanda ante los tribunales competentes.”

#### 2. LEY AGRARIA.

“Artículo 61.- La asignación de tierras por la asamblea podrá ser impugnada ante el Tribunal Agrario,... el Tribunal dictará las medidas necesarias para lograr la conciliación de intereses.”

“Artículo 96.- La indemnización se pagará a los ejidatarios atendiendo a sus derechos... Si existiera duda sobre las proporciones de cada ejidatario, la Procuraduría Agraria intentará la conciliación...”

“Artículo 136.- Son atribuciones de la Procuraduría Agraria las siguientes:”

“III. Promover y procurar la conciliación de intereses entre las personas...”

#### 3. LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

“Artículo 119.- Los usuarios del servicio de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito estarán obligadas, en su caso, a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente.”

“En el caso en que las reclamaciones se presenten ante la Comisión Nacional Bancaria, ésta conciliará...”

#### 4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 36.- ..., y las objeciones aducidas respecto de los presupuestos procesales se resolverán en la audiencia previa de conciliación...”

“Artículo 272-a.- Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención, el Juez señalará de inmediata fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación...”

“Artículo 628.- Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que, en el compromiso o en la cláusula, se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia”

“Artículo 961.- La audiencia de ley a que se refieren los artículos anteriores se desarrollará conforme a las siguientes reglas:”

“I. El juez deberá estar presente durante toda la audiencia y exhortará a las partes a concluir litigio mediante una amigable composición.”

#### 5. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

“Artículo 2.- Compete al Ministerio Público Federal...”

“X. En caso precedente promover la conciliación de las partes...”

#### 6. DE ASISTENCIA Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.

“Artículo 18.- Las partes en un conflicto familiar podrán resolver sus diferencias mediante los procedimientos:”

“I. De conciliación; y”

“II. De amigable composición o arbitraje.”

“IV. Será obligación de la unidad de atención antes de iniciar cualquier procedimiento, preguntar a las partes si éstas se encuentran dirimiendo sus conflictos ante autoridad civil o penal...”

“Los procedimientos previstos en la presente ley no excluyen ni son requisito previo para llevar a cabo el procedimiento jurisdiccional. Al término del proceso de conciliación o del arbitraje, en caso de que existiera un litigio en relación con el mismo asunto, el conciliador o el árbitro le enviará al Juez de la causa, la amigable composición o la resolución correspondiente.”

“Artículo 22.- El procedimiento ante el amigable componedor a que hace alusión el artículo anterior, se verificará en la audiencia de amigable composición y resolución...”

#### 7. LEY DE LACOMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 24.- Los visitadores tendrán las facultades y obligaciones siguientes:”

“III.- Efectuar las actividades necesarias para lograr, por medio de la conciliación, la solución inmediata de las violaciones a los derechos humanos;”

“Artículo 40.- Admitida la queja o denuncia, la Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal procurará la conciliación de las partes...”

#### 8. LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.

“Artículo 24.- Los visitadores generales tendrán las siguientes facultades y obligaciones:”

“III. Realizar las actividades necesarias para lograr, por medio de la conciliación...”

#### 9. LEY DEL INFONAVIT.

“Artículo 53.- Las controversias entre los trabajadores o sus beneficiarios y el Instituto, sobre derechos de aquéllos se resolverán por la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje...”

#### 10. LEY DEL SEGURO SOCIAL.

“Artículo 295.- Las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto, sobre las prestaciones que esta ley otorga, podrán tramitarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje...”

#### 11. LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

“Artículo 111.- La Procuraduría señalará día y hora para la celebración de una audiencia de conciliación...”

#### 12. LEY FEDERAL DE TURISMO.

“Artículo 40.- Cuando el turista resida en la República Mexicana, podrá presentar su denuncia ante la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor,...y seguir el procedimiento de conciliación o de arbitraje...”

#### 13. LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR.

“Artículo 217.- Las personas que consideren que son afectados en alguno de los derechos protegidos por esta ley, podrán optar... o sujetarse al procedimiento de avenencia.”

“El procedimiento administrativo de avenencia es el que se substancia ante el Instituto, a petición de alguna de las partes para dirimir de manera amigable un conflicto surgido con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley.”



14. LEY GENERAL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS.

“Artículo 16.- Las bases constitutivas de las sociedades cooperativas contendrán:”

“XI. Derechos y obligaciones de los socios, así como mecanismos de conciliación y arbitraje en caso de conflicto sobre el particular;...”

15. LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE.

“Artículo 196.- Cuando una denuncia popular no implique violaciones a la normatividad ambiental,... podrá sujetar la misma a un procedimiento de conciliación.”

“Artículo 199.- Los expedientes de denuncia popular...”

“VI.- Por haberse solucionado la denuncia popular mediante conciliación entre las partes;”

16. LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 20.- A la Secretaría de Gobierno corresponde primordialmente... cuenta con las siguientes atribuciones:”

“XVII. Mantener y fomentar las relaciones con asociaciones obrero patronales del Distrito Federal y con la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, con el fin de procurar la conciliación de intereses en conflicto;”

17. LEY ORGANICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 3.- Las atribuciones a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta ley respecto de la averiguación previa, comprenden:”

“IX. Promover la conciliación en los delitos perseguibles por querrela;”

“Artículo 6.- Las atribuciones en materia de derechos humanos, comprenden:”

“I...”

“II.- Atender las visitas, quejas, propuestas de conciliación y recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, conforme a las normas aplicables;”

“Artículo 7.- Las atribuciones en asuntos del orden familiar, civil, mercantil y concursal, comprenden:”

“III. Promover la conciliación en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional,”

18. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

“Artículo 6.- Las atribuciones a que se refiere el artículo 2º, fracción III de esta ley, comprenden:”

“II. Atender las visitas, quejas, propuestas de conciliación ...”

19. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 60.- Los conciliadores tendrán las atribuciones y obligaciones siguientes:”

“I. Estar presentes en la audiencia de conciliación, escuchar las pretensiones de las partes y procurar su avenencia;”

“II. Dar cuenta de inmediato al titular del juzgado del convenio al que hubieren llegado los interesados... en las audiencias de conciliación que se les encomienden;”

20. LEY PARA EL DIÁLOGO, LA CONCILIACIÓN Y LA PAZ DIGNA EN CHIAPAS.

“Artículo 1.- Esta ley tiene por objeto establecer las bases jurídicas que propicien el diálogo y la conciliación para alcanzar, ... “

“IV. Conciliar las demandas e intereses legítimos de los diversos sectores de la sociedad chiapaneca;”

“Artículo 4.- Con objeto de propiciar condiciones para el diálogo y la conciliación...”

“Artículo 5.- El Gobierno Federal pactará con el EZLN los calendarios, agenda y, en general, las bases para el diálogo y la negociación del acuerdo de concordia y pacificación...”

#### 21. LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

“Artículo 87.- Los consejeros unitarios una vez que la o las personas debidamente legitimadas soliciten el pago de los daños causados, correrán traslado de la solicitud respectiva al defensor del menor y citarán a las partes para la celebración de una audiencia de conciliación...”

#### 22. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y SOCIEDADES MUTUALISTAS DE SEGUROS.

“Artículo 135.- En caso de reclamación contra una institución...”

“I Se deberá agotar el procedimiento conciliatorio...”

#### 23. LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.

“Artículo 93 bis.- En caso de que el beneficiario presente reclamación ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas,... se deberá agotar el procedimiento conciliatorio...”

#### 24. LEY DEL MERCADO DE VALORES.

“Artículo 87.- En caso de controversias entre una casa de bolsa y sus clientes... El procedimiento conciliatorio y el arbitraje previstos en este artículo se sujetarán a las reglas que a continuación se señalan:”

“I. El procedimiento conciliatorio en la vía de reclamación se deberá agotar...”

#### 25. LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

“Artículo 591. Las Juntas Federales de Conciliación tendrán las funciones siguientes:”

“I. Actuar como instancia conciliatoria potestativa...”

#### 26. LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO REGLAMENTARIA DEL APARTADO B DEL ARTICULO 123 CONSTITUCIONAL.

“Título séptimo”

“Del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y del procedimiento ante el mismo.”

#### 27. LEY DE LA PROCURADURÍA SOCIAL DEL DISTRITO FEDERAL.

“Artículo 3.- La Procuraduría Social tiene por objeto ser una instancia accesible a los particulares,... y realizar la función de la amigable composición en materia de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda.”

#### 28. COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO.

“Artículo 4°.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:”

“IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:...”

“Artículo 11°.- Son facultades y obligaciones del Comisionado:”

“X. Llevar a cabo los procedimientos de conciliación y arbitraje...”

Es evidente que la Mediación cumple con el principio de derecho constitucional, consagrado en el artículo 17, que establece “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.

Los organismos de Mediación coadyuvan con este dispositivo ya que, no se impone la voluntad de una de las partes sino son éstas –las partes- quienes guiadas por un tercero dan solución a una controversia, esto es, la solución del conflicto es hallada y evidenciada por las partes, por ambas partes, sin que predomine la voluntad de una de ellas.

## La Justicia Actual

Todo procedimiento judicial inicia con una demanda, admisión de ella, aclaración, emplazamiento, contestación en la que, generalmente, se hacen valer excepciones, defensas, reconvencción, etc., etc..

Dichos procedimientos son tardados, tediosos y, por qué no decirlo, además de tortuosos, lo que desanima a las partes y lleva a una gran desconfianza, como lo revela la estadística que a continuación se presenta:

Utilizando una escala del 1 al 10, donde 1 es la calificación más baja y 10 la más alta:

1. ¿Cómo calificaría usted al sistema de procuración de justicia en México?

	21 / ENERO / 2001	02 / JUNIO / 2001
TOTAL DE ENTREVISTAS	426	314
	100.0%	100.0%
1	19	31
	4.5%	9.8%
2	13	18
	3.1%	5.7%
3	15	15
	3.6%	4.7%
4	28	21
	6.7%	6.7%
5	96	75
	22.6%	24.0%
6	74	47
	17.3%	15.1%
7	75	58
	17.7%	18.4%
8	82	28
	19.2%	9.0%
9	12	12
	2.9%	3.9%
10	11	9
	2.6%	2.8%
Promedio	5.94	5.36

Las instituciones de procuración de justicia son las responsables de juzgar y sentenciar a los criminales...

2. ¿Considera usted que las instituciones de procuración de justicia cumplen con su función...?

	21 / ENERO / 2001	02 / JUNIO / 2001
TOTAL DE ENTREVISTAS	426	314
	100.0%	100.0%

Si cumple con su función	120	55
	28.3%	17.7%
No cumple con su función	306	259
	71.7%	82.3%

3. ¿Usted personalmente confía en las instituciones de procuración de justicia de su ciudad, o no?

	21 / ENERO / 2001	02 / JUNIO / 2001
BASE: TOTAL DE ENTREVISTAS	426	314
	100.0%	100.0%
Sí confía	145	75
	34.0%	24.0%
No confía	281	239
	66.0%	76.0%

4. ¿Considera usted que en México las leyes se aplican de igual forma a todos los mexicanos, o no?

BASE: TOTAL DE ENTREVISTAS	314
	100.0%
Sí se aplican de igual forma	35
	11.2%
No se aplican de igual forma	279
	88.8%

1. Fuente: BIMSA.

No debemos dejar de mencionar que, lo tortuoso de los procedimientos judiciales ha coadyuvado, en gran medida, a una corrupción nunca antes vista ni padecida en casi todos los Tribunales de la República Mexicana, honrosas, muy honrosas, son las excepciones.

Debemos de recordar que la Ley y el Derecho toman su dinamismo del Derecho Procesal o Adjetivo, son los que le dan el dinamismo al derecho sustantivo. No tendrían eficacia los códigos si no existieran como complementarios los Códigos Procedimentales; el código es el “qué” del derecho y, el procedimiento es el “cómo” del derecho. La ley sustantiva es inerte en tanto no tenga el chispazo y el dinamismo que le imprime la ley adjetiva, esto es la Ley Procedimental: “será procesal” donde haya sentencia condenatoria, absolutoria o declaratoria y, “será procedimental” donde exista cualquier otra distinta a ésta pero, toma dinamismo a través de lo que denominaremos “Derecho Procedimental”.

La Mediación es un procedimiento dinámico complementario del derecho procedimental. No sólo los códigos procesales contienen procedimientos de mediación, sino también las leyes sustantivas las contemplan. He ahí que la Mediación podría ser la panacea, alternativa para solucionar conflictos

Cuando estudiantes nos hablaban del instinto gregario del hombre, de la solidaridad, de la subsidiaridad, la búsqueda del bien común. Estos valores Éticos y Morales, intangibles pero inalienables -los cuales sé que serán abordados en el siguiente tema- me corresponde subrayar que la Mediación coadyuva a la búsqueda del bien común.

El fin del hombre es la felicidad, ésta no se lograría sin previamente obtener y alcanzar el bien de la comunidad, objeto y fin factibles y, asevero, solucionan los conflictos entre partes a través de la Mediación y el Arbitraje.

Son múltiples y evidentes las barreras que impiden el acceso a la justicia, los procesos de globalización y transformación en nuestra economía han generado problemas de desplazamiento de la población rural a los centro urbanos; es por esto, que debemos buscar soluciones para eliminar tales barreras, aplicando una estructura más dinámica de oferta de servicios y establecer procedimientos breves, sumarios y sencillos, esto se logrará teniendo: “además de la justicia formal, la implementación del sistema de solución alternativa de conflictos para satisfacer las

demandas ciudadanas de justicia” (Reunión Preparatoria de Cortes y Tribunales Superiores de Iberoamérica, 18/04/01)

Un comentario final, y una pregunta, ¿por qué tantas y diversas organizaciones administradoras de Mediación y, por qué no decirlo, también de Arbitraje?

Nuestros vecinos del norte se han solidarizado, y fortalecido a una gran institución la AAA, en Europa el Paladín, en estos tópicos, es la CCI, ¿no podremos los mexicanos hacer lo mismo?, ¿podemos, apoyados en el instinto gregario, la solidaridad fortalecer a las actuales administradoras de Mediación y Arbitraje.

## **Conclusiones**

1.- La implementación del sistema de resolución alternativa de conflictos, para satisfacer las demandas ciudadanas de justicia.

2.- En México están dadas las condiciones para que la Mediación y el Arbitraje se conviertan en un real y efectivo medio alternativo de solución de controversias.

3.- Debe ser preocupación constante de los estudiosos; de las instituciones y de los postulantes encontrar los conductos de comunicación adecuados con los integrantes de los poderes judiciales, legislativo y ejecutivo.

Nuestra intransigencia ha dado vida a los Tribunales, como en antaño, debemos buscar a los hombres buenos para consolidar la justicia a través de los Organismos Administradores de la Mediación.



## **EI INSTITUTO DE LA MEDIACION ALGUNAS REFLEXIONES OPORTUNAS DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA**

*(PREPARADO ESPECIALMENTE PARA SU UTILIZACION POR EL LIC.. JESUS MORENO MENDOZA EN EL SEMINARIO ORGANIZADO POR ICC MÉXICO Y EL INSTITUTO MEXICANO DE LA MEDIACIÓN, A.C. SOBRE EL TEMA "LOS ORGANISMOS ADMINISTRADORES DE LA MEDIACIÓN". 1)*

*Por: Lic. Horacio Zapiola Pérez<sup>2</sup>*

Se nota con preocupante reiteración, que numerosos países se encuentran ante severas crisis en sus administraciones de justicia.

Se observa que los tribunales se encuentran sobrepasados en su capacidad de solucionar los conflictos ventilados, en los plazos constitucionales.

Esta situación produce que mediáticamente surjan críticas generalizadas que afectan la honorabilidad de los jueces y abogados en el desempeño de sus funciones.

Pero lo realmente alarmante, es que todos los partícipes de la pirámide jurídica pronostican que a la brevedad se producirá el colapso del sistema de administración de justicia.

Frente a ello, hoy los actores insatisfechos, redescubren los métodos alternativos de Resolución de Conflictos y con gran fruición el instituto de la Mediación.

Del fenómeno relatado no ha escapado por supuesto Argentina, pese a que el instituto fue impuesto en forma obligatoria en lo que conforma la competencia de los tribunales ordinarios de la Capital Federal (es decir la ciudad de Buenos Aires).

Por otra parte la experiencia que ha dejado la practica de la Mediación obligatoria, está siendo observada por los países de la región (Chile, Perú, Ecuador, Uruguay, Bolivia y Paraguay), que muestran el mismo auge del instituto, sustentado en un crecimiento apreciable de usuarios.

Parte de lo expuesto se debe al trabajo realizado el Consejo que reúne las Cámaras de Comercio del Mercosur, ya ha conformado su Centro de Mediación operativo con sedes en cada uno de los países integrantes del acuerdo.

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, decidió agregar a su estructura la Mediación Institucional y aprobó un proyecto presentado por la sección argentina, cuya meta final es conformar una Red de Centros de Solución de Controversias para todo el continente.

Claro que no olvido de la labor que realiza el Banco Interamericano de Desarrollo, con sus programas de promoción y fortalecimiento, motivando un trabajo efectivo con altos estándares de calidad que ejecutan los beneficiarios de los préstamos.

Para finalizar también, destacaré el PROGRAMA denominado RED NACIONAL DE MEDIACION Y ARBITRAJE, encarado en forma conjunta por la Cámara Argentina de Comercio, 32 cámaras de comercio ubicadas

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es la base de un trabajo en preparación para ser incorporado en un libro a publicarse en la República de Perú, a pedido y con la coordinación del Lic. Grover Cornejo y de otro libro de próxima edición "LA MEDIACION EN LA CAMARA ARGENTINA DE COMERCIO desde el punto de vista de sus mediadores" con la coordinación de los Dres. Ponieman, Ahumada Recalde y Maheu. Buenos Aires. Argentina.

<sup>2</sup> Director Consejero de la Cámara Argentina de Comercio. Presidente de la Sección Argentina de CIAC(OEA) y la Comisión de Arbitraje, Mediación Conciliación y Negociación de la Cámara Argentina de Comercio. Presidente del Centro de Mediación de la CAC y Secretario General del Centro de Mediación del Consejo de Cámaras de Comercio del MERCOSUR. Co redactor y Director Honorario del Proyecto RED NACIONAL DE MEDIACION Y ARBITRAJE COMERCIAL. Es árbitro y mediador entre otras instituciones de la Cámara de Comercio Internacional, de las Sociedades Rurales del Mercosur, y de la Corte Brasileña de Arbitraje.

en las principales ciudades de Argentina, el BID y el FOMIN, que en el año 2002 deberá entregar la red operando "on line" y 620 neutrals capacitados para obtener de la Red, los mejores resultados en la solución de los conflictos que se presenten.

Esta repentina y generalizada expansión de los llamados métodos alternativos, mas la sostenida evolución del Mercosur y la ratificación general de las Convenciones de Panamá, Nueva York y Viena, nos están demostrando algo que deberíamos tratar de entender y de esa realizar un ensayo prospectivo de cual será la dirección final de las transformaciones que estamos augurando, en lo que hace a los métodos enunciados y principalmente a la mediación.

No cabe duda alguna que el sistema jurídico en general sufre hoy alteraciones impredecibles que escapan al manejo de sus operadores:

El derecho acumula complejidad, como respuesta a una conflictividad en aumento con espigas de gran violencia y no resuelta por el poder político ni judicial.

La tecnología saca de contexto a cualquier estudio de los avatares del proceso, cuando no se alcanza a sedimentar las consecuencias jurídicas de los contratos por fax, dicha máquina ha sido desterrada por el correo electrónico.

Los interrogantes jurídicos que se plantea son infinitos por lo que en consecuencia es necesario que reflexionemos como se insertara el instituto en las nuevas formas del derecho, de la administración de Justicia y de la función del abogado en el futuro.

Las circunstancias cambiantes relatadas, incidirán con mas virulencia en el cumplimiento de contratos con plazos largos, porque serán afectados por la variabilidad del contexto percibido en su génesis. Ello producirá litigios contractuales frecuentes. Y como consecuencia se comenzará a hablar de la inseguridad jurídica. Pero si como sostuvimos la Mediación y otros Métodos se expanden súbitamente es que preanuncian una mejor adaptación a las nuevos desafíos.

Es que podemos decir sin temor a equivocarnos que una características de las nuevas polis occidentales, es que carecerán de la perspectivas de perdurar por ciclos grandes, que conllevan los modelos anteriores. Sostiene Alejandro Poniaman, una sorprendente visión de la mediación que comparto, cuando asevera que "(...) parece que en el futuro de la solución de controversias no presenta solamente un menú fijo heteronómico sino que en su lugar aparecen las opciones que privilegian la autonomía. Soluciones "a la carte". Las ecuaciones son: Mayor cambio = más conflictos. Nuevas tecnologías = más conflictos. Nuevos servicios públicos, nuevos monopolios, nuevos entes reguladores = más y más conflictos. Las negociaciones extra fronteras sacan a relucir las diferencias culturales y normativas; génesis de nuevos diferendos. Pero, he aquí un dato significativo: más conflictos significan mayores costos empresarios, menor eficiencia individual y colectiva y por ende menos competitividad. Y por ello la demanda de métodos aptos para prevenir solucionar controversias será en consecuencia cada vez mayor, como necesidad social y empresarial. Y así se explica el porqué de la rentree de la Mediación en especial y del arbitraje En primer lugar por ser más rápidas y efectivos, lo que apareja beneficios micro y macroeconómicos. Pero, además porque conllevan alguno de los valores más preciados en esta época –la autonomía de la voluntad, y contribuyen al aligeramiento del intervencionismo estatal (...).<sup>3</sup>

Las reacciones de la comunidad frente a esos cambios mostraron desinformación sobre las características y ventajas que les acarrearía el uso de los métodos alternativos y los abogados, en su mayoría se resisten a ellos, para poder conservar ese valor llave del manejo del proceso tradicional que han ejercido hasta la fecha.

Frente a lo dicho la forma de instaurar la mediación ha permitido en la Argentina superar paulatinamente los rechazos que provenían de un sistema que se resiste a cambiar.

Tras un estudio previo realizado por especialistas, se instauró a principio de los años 90 una experiencia piloto con la participación del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia .

Esta experiencia permitió, entre otras cosas, explica con claridad meridiana Luis Ahumada Herrera, no sólo introducir la idea de la mediación en el ámbito judicial (los juzgados que participaron lo hicieron voluntariamente), sino además fundar un ámbito para la formación a través de la práctica y su posterior transmisión, lo que tuvo por protagonistas a los profesionales que luego constituyeron el Cuerpo de Mediadores del Ministerio de Justicia<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> El Impacto De Los Métodos Alternativos De Resolución De Controversias En Los Sistemas Jurídicos Sudamericanos Y Su Incidencia En Los Acuerdos De Integración Alejandro Poniaman Argentina

<sup>4</sup> Evolución de las Políticas Públicas en Mediación en Argentina, Luis Ahumada Herrera, Argentina.

Mientras se desarrollaba la experiencia piloto, los mediadores elegidos para ello transmitían como docentes el producto de su práctica, en actividades de formación básica a sus colegas de profesión

La Mediación en la Argentina entró en vigencia mediante la Ley N° 24.573. La ley se reglamentó por un primer decreto, el N° 1021/96 reemplazado por el actualmente vigente, el N° 91/98.

La primera reacción se advirtió entre la comunidad de los abogados y fue su deseo por acceder a la formación básica en Mediación, originando una gran cantidad de instituciones formadoras.

En muy interesante trabajo Luis Ahumada Herrera señala que la inevitable falta de control de calidad de la formación y el monitoreo de la idoneidad del mediador para ejercitar las facultades que la ley le confiere, impidió conseguir un profesional mediador con un manejo de conocimientos teóricos, habilidades y destrezas para el procedimiento y manejo del marco legal de su práctica<sup>5</sup>.

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 24573 y su decreto reglamentario N° 91/98, todos los profesionales inscriptos en el Registro de Mediadores, ya sea que se desempeñen en el ámbito de las mediaciones privadas o en el de las judiciales, deben sujetarse al régimen de capacitación continua establecido por el Ministerio de Justicia.

Con fecha 6 de noviembre de 1998 fue dictada la resolución ministerial N° 762/98 por la que se determinan los cursos de actualización que el Ministerio de Justicia reconoce como válidos a estos fines.

El régimen de capacitación continua exigido a los mediadores, consiste en la realización de veinte (20) horas anuales en temas de resolución alternativa de conflictos que deberán ser acreditados hasta el 31 de marzo de cada año.

La falta de acreditación del cumplimiento del régimen en el plazo establecido constituye una causal de suspensión en la matrícula. Actualmente 1072 profesionales están en condiciones de ser suspendidos por esta causa.

Para asegurar la continuidad del sistema de mediación, de modo de favorecer y estimular diversas y nuevas acciones, públicas y privadas, tendientes a ampliar el campo de aplicación de este método de resolución de conflictos, profundizar y especializar la capacitación de mediadores, y mejorar el sistema de resolución de conflictos en general.

En este momento se ha propuesto un proyecto de ley de mediación obligatoria para conflictos familiares, y se encuentra en etapa de investigación la implementación de una experiencia piloto para casos penales, en el ámbito escolar y la difusión y capacitación en mediación de operadores dentro del sistema penitenciario.

Asimismo, se encuentra en estudio un nuevo diseño de capacitación continua en mediación (Ley N° 24.573 y Decreto N° 91/98) y la implementación de capacitación en materia de conciliación laboral. (Res. M.J. N° 241/99).

La ley -como se dijo- pensando en forzar un cambio de conducta es que instituye la Mediación obligatoria pre judicial. Es útil mencionar que si bien muchos fueron contrarios a que el procedimiento de mediación fuese obligatorio como previo a la iniciación de demandas judiciales por considerarlo contrario al principio de voluntariedad, no es menos cierto que en la actualidad que si no se fuese adoptado por vía legislativa la obligatoriedad de la mediación previa, ésta no habría llegado al nivel que mencionamos.

Dicha obligatoriedad pre judicial excluyó las causas penales, los juicios universales (concurros y quiebras, sucesiones) y en general todos aquellos donde el litigio que versan sobre derechos no disponibles, al igual que las cuestiones laborales que se ventilaban en la Justicia del Trabajo pero -como se expresara- una ley especial introdujo la mediación con el nombre de conciliación en los conflictos suscitados en las relaciones del trabajo.

La Mediación denominada pre judicial, también llamada oficial o de sorteo en contraposición a la privada (denominada privada del decreto), se desarrolla con la petición a la oficina pertinente del Poder Judicial del fuero.

En la ley que regula el instituto, se indica que la petición no debe contener la demanda, sino solo los datos de requirente y requerido, motivo y monto, que permitan su posterior comparecencia ante el mediador que sortea la oficina, para cada caso que se le presenta, de una lista de mediadores habilitados que le suministra la Secretaría de Justicia. En este proceso las citaciones aludidas a las partes por cédulas que diligencian los órganos judiciales.

Comenta acertadamente Pedro Zuanich<sup>6</sup>, que la ley se apoya en tres principios básicos, el de la confidencialidad de lo ventilado en las audiencias ante el mediador, el de la exigencia de que concurra en forma personal (no por apoderado) las personas físicas y el de la asistencia letrada obligatoria.

Las audiencias o reuniones de mediación, tanto las conjuntas como las privadas, se celebran en la oficina particular del mediador.

En caso de llegarse a un acuerdo, éste tiene los efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y puede ejecutarse ante el tribunal designado para intervenir mediante el procedimiento de ejecución de sentencia.

<sup>5</sup> Ahumada Herrera, Luis. Ver Trabajo citado.

<sup>6</sup> La Mediación en la Argentina, Pedro Zuanich, Argentina.

Si durante el procedimiento de mediación no se llega a acuerdo, el reclamante con la sola presentación del acta que indica la finalización de la mediación queda habilitado para iniciar la vía judicial correspondiente.

Las retribuciones fijadas para el mediador fueron delegadas al decreto reglamentario, que estableció un régimen muy moderado de honorarios.

La ley estableció que la mediación suspende el plazo de prescripción de la acción.

En una primera instancia en diciembre de 1995, fue reglamentada por el Poder Ejecutivo por el decreto 1021/95 con los requisitos del formulario de presentación y estableció como una de las formas de notificación fehaciente la carta documento, documento postal que en la Argentina hace fe de su contenido, de la firma y de la constancia de recepción por parte del destinatario.

Se contempla la posibilidad que los mediadores integrantes de la lista pidan su exclusión de la lista de sorteo pero conservando su condición de mediador para actuar en mediaciones privadas.

Este decreto previó que los colegios profesionales y las entidades especializadas en mediación debidamente autorizadas por la Secretaría de Justicia podrían confeccionar listas de mediadores para proponerlos a las partes.

En enero de 1998 se dictó el decreto 91/98 que mantuvo los lineamientos del anterior pero se ocupó de lo que se llamó elección privada del mediador.

Recogiendo la facultad de la ley de desarrollar las mediaciones sin sorteo por parte de la justicia, estableció un sistema en el cual básicamente el requirente debía ofrecer al requerido una lista de por lo menos ocho mediadores entre los cuales debía obligatoriamente elegir el requerido.

En caso de silencio o de falta de acuerdo entre varios requeridos, es el requirente quien tiene la facultad de elegir el mediador de la misma lista propuesta.

La notificación se la estableció en forma genérica como en forma personal o por cualquier medio fehaciente sin indicarse cuales eran considerados como tales y sin repetir el art. 11 del decreto 1021/95 que mencionó como idóneos la carta documento y el telegrama colacionado, ambos de características similares pero el segundo telegráfico.

En la práctica no se conocen antecedentes que se haya negado efectos notificadorios a la carta documento recibida.

Para finalizar la mediación como forma de negociación asistida aún no arraigó en las costumbres argentinas, si bien existe un marcado ascenso de aceptación, producto en alguna manera de un cierto desconocimiento de sus beneficios entre los particulares.

Pese a ello, encontramos diversos indicios que nos permiten alentar la idea y por ello la línea de trabajo sostenida, que en la medida que las personas se vean involucradas en un procedimiento de mediación comienzan por sí mismas a encontrar sus beneficios y a resultar adherentes al mismo.

Esta catarsis ocurrió con los abogados cuya actitud ha evolucionado y ya es común observar que la primera reacción del abogado frente al conflicto es recurrir a la mediación y proclives a encontrar soluciones en su ámbito.

Es dable como colofón citar el caso de la Cámara Argentina de Comercio, cuyo centro de mediación se encuentra avalado por la existencia de mediadores que, por su conocimientos y especialidad en la mediación configurando listados por materias, aunado a los valores éticos y al código de ética que gobierna al centro, califica actualmente para ser reconocido bajo los estándares de calidad que estatuyen las Normas IRAM 9000.

Creemos que la evolución hacia centro de excelencia es sólo cuestión de tiempo.

# LA MEDIACIÓN: MECANISMO ALTERNATIVO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS LA ÉTICA Y LA MEDIACIÓN

Por : Lic. Antonio M. Prida Peón del Valle<sup>7</sup>

## 1. Principios Éticos del Mediador<sup>8</sup>

Cualquier ejercicio profesional relacionado con la solución de controversias entre particulares debe ser realizado conforme a normas éticas y jurídicas basadas en principios morales, pero fundamentalmente con base en el concepto del honor y de la dignidad profesionales, así como en el sincero deseo de cooperar a la buena administración de la justicia<sup>9</sup>.

El tema de la ética del Mediador está íntimamente relacionado con el de los profesionistas que pueden realizar tal mediación. Sobre este particular la polémica, tanto nacional como internacional, se ha centrado en definir si profesionistas ajenos a la profesión de abogado pueden actuar como Mediadores. De la posición que se adopte al respecto tendrán aplicación las normas de ética particulares de cada profesión, en adición a las normas de ética particulares del Mediador. Relevancia particular tiene en esta definición el “secreto profesional” característico de la profesión de abogado, pero no común a todas las profesiones. Sin poder entrar ahora al análisis de esta polémica, nos declaramos favorables a la opinión de que el Mediador debe ser abogado de profesión para que pueda conocer los alcances jurídicos de la controversia surgida entre las partes, así como de las reglas que rigen el proceso de mediación y los alcances jurídicos del convenio de transacción que se logre para solucionar la controversia. Más aún, como se verá más adelante, el principio de Calidad del Proceso a que se refiere el artículo 6 del Código de Ética para Mediadores del Instituto Mexicano de la Mediación, exige que el Mediador tome en cuenta los Principios Generales del Derecho, los cuales sólo son conocidos a cabalidad precisamente por los profesionistas del Derecho. No obstante lo anterior, profesionistas de cualquier otra disciplina pueden tener intervención en el proceso de mediación en calidad de peritos, estando sujetos a sus respectivos códigos de ética profesional.

En cuanto a la figura del Mediador, la característica central del papel que desarrolla en el proceso de mediación es la que define los elementos éticos fundamentales de su actuación. En efecto, la actuación del Mediador debe ser fundamentalmente neutral. Así, la primera obligación ética del Mediador es ser neutral respecto de las partes en conflicto y comportarse neutralmente en el proceso de mediación. Para ello debe lograr que las partes tengan confianza en él, tanto por lo que se refiere a su actuación neutral durante el proceso como en cuanto al manejo confidencial de la información y documentación que le sea revelada por las partes. Para ser neutral el Mediador requiere hacer caso omiso de la nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otro rasgo personal de las partes en conflicto. Asimismo, el Mediador debe carecer de todo lazo de parentesco, amistad o de negocios con las partes en conflicto.

La imparcialidad del Mediador abarca tanto el contenido de la controversia, como el proceso de mediación y el convenio de transacción que sea adoptado por las partes. Así, el Mediador requiere absoluta independencia respecto de cualquiera de los puntos controvertidos. En cuanto al proceso, el Mediador debe asegurarse de proporcionar igualdad de oportunidades a las partes para participar en el mismo, así como de evaluar las posiciones de las partes con imparcialidad y consistencia.

En cuanto al convenio de transacción que pone fin a la controversia, el Mediador debe abstenerse de tener cualquier interés personal o financiero en el mismo. Es por ésta última razón que el Mediador está impedido -como se verá más adelante- de fijar sus honorarios con base en un Pacto de Cuota-litis. También es fundamental que el Mediador renuncie a su interés personal en alcanzar un arreglo exitoso de la controversia, respetando la libertad de las partes de terminar el proceso de mediación sin un arreglo satisfactorio; lo que le impide realizar cualquier intento de convencer a cualquiera de las partes de contar con una posición jurídica precaria en caso de acudir a litigio.

<sup>7</sup> Socio fundador del despacho de abogados Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle S.C., y miembro del Instituto Mexicano de la Mediación, A.C.

<sup>8</sup> Esta sección contiene ideas de David Richbell, contenidas en The CEDR Mediator Handbook.

<sup>9</sup> Código de ética de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.



La neutralidad del Mediador puede ser puesta a prueba en caso de que una de la partes esté mal asesorada o carezca de asesoría adecuada. Al respecto hay que subrayar el hecho de que el papel del Mediador es asistir a las partes para encontrar una solución adecuada para resolver sus disputas, en forma satisfactoria para todas las partes involucradas, pero no incluye la asesoría a las mismas, ni la sugerencia del ejercicio de acciones legales fuera del proceso de mediación. En caso de que una de las partes no cuente con asesoría, el Mediador deberá sugerirle que la obtenga y alertarla de los riesgos de no hacerlo, pero en caso de que el Mediador considere que una de las partes está mal asesorada, no podrá sugerirle que obtenga un asesor distinto al que lo esté asesorando. El Mediador que se convierte en asesor de una de las partes viola la neutralidad a que está obligado. En caso de que el Mediador se percate de un error en que se encuentra alguna de las partes debido a la falta de asesoría adecuada, está impedido de corregirlo, pero puede hacer notar a la parte que se beneficie de dicho error, instándolo a que lo corrija y alertándolo de las consecuencias legales de no hacerlo, ya que dicho error pudiere ser corregido en un litigio posterior al proceso de mediación. En caso de que el Mediador tenga preocupación fundada de que un convenio de transacción es claramente inequitativo para una de las partes, debido a la falta de asesoría o a una mala asesoría, puede determinar un período de “cooling-off”, antes de la formalización de dicho convenio, a efecto de que dicha parte afectada cuente con una última oportunidad de obtener asesoría adecuada.

La neutralidad e imparcialidad del Mediador, indispensable en el proceso de mediación, exige que el mismo no tenga conflicto de intereses con las partes. En caso de que exista la más remota posibilidad del surgimiento de un conflicto de intereses durante el proceso de mediación, el Mediador está obligado a revelarlo a las partes y, en su caso, al organismo que administre la mediación, y deberá excusarse de actuar como Mediador en caso de que cualquiera de las partes así lo desee o de que el mismo Mediador prevea el surgimiento real de dicho conflicto. El hecho de que el Mediador conozca a alguna de las partes o a alguno o a algunos de sus representantes o asesores no representa necesariamente un conflicto de intereses para el Mediador, pero de cualquier manera está obligado a declararlo abiertamente a las partes. El Mediador deberá en conciencia excusarse de actuar como Mediador, en caso de que tenga prejuicios en contra o a favor de alguna de las partes por sus características personales, incluyendo sin limitar, su género, raza, nacionalidad, religión o cualquier otra.

En adición a la neutralidad del Mediador y a su obligación de confidencialidad, el Mediador debe gozar de prestigio en materia de integridad y de honestidad y actuar en consecuencia durante el proceso de mediación. Conviene hacer notar que dichas características de la personalidad son aspectos que se relacionan con el carácter y con el estilo de vida del Mediador, lo que le exige un comportamiento ejemplar a lo largo de los años que le permita brindar confianza a las partes. Si bien los conceptos de integridad y honestidad son difíciles de definir en un concepto abstracto, para las partes en un proceso de mediación es relativamente fácil determinar si el Mediador actúa o no con integridad y honestidad. Por ejemplo, la honestidad del Mediador puede ponerse a prueba durante el proceso de mediación si éste conoce la posición mínima aceptable de una de las partes para resolver la controversia y es consultado por otra de las partes en conflicto a ese respecto. En ese caso el Mediador está impedido de revelar esa posición mínima aceptable de una de las partes, pero tampoco puede mentir, ya que ello redundaría en la pérdida de confianza de la(s) otra(s) parte(s). En un caso como éste es aconsejable que el Mediador se abstenga de contestar apelando a su deber de confidencialidad.

En caso de que durante el proceso de mediación el Mediador sospeche de cualquier ilegalidad, incluso de tipo penal, tendrá el derecho de excusarse de su actuación y en casos extremos a dar por terminada su obligación de confidencialidad, aún sin la autorización de las partes, a efecto de proteger el interés público y evitar riesgos graves para las partes o para terceros.

Debido a que el papel que desempeña el Mediador en el proceso de mediación no incluye la asesoría a las partes, la actuación negligente del Mediador en raras ocasiones daña a las partes. Sin embargo, su actuación negligente en el manejo de la información confidencial puede afectar los intereses de alguna de las partes en conflicto, lo mismo en el caso de que el Mediador indebidamente asesore equivocadamente a alguna de las partes y que en consecuencia ésta se vea afectada. En todo caso, para ejercer cualquier acción de responsabilidad en contra del Mediador, dicha parte afectada está obligada a probar en juicio no sólo la actuación negligente del Mediador, sino también los daños sufridos por ella a causa de dicha negligencia.

## **2. Análisis del Código de Ética para Mediadores del Instituto Mexicano de la Mediación**

Una vez analizados los principio éticos que rigen la actuación del Mediador y algunos problemas prácticos relacionados con su actuación, toca ahora analizar las principales normas éticas contenidas en el Código de Ética para Mediadores (en lo sucesivo el “Código”) del Instituto Mexicano de la Mediación (en lo sucesivo el “Instituto”).

El Código está dividido en tres secciones. La primera contiene disposiciones generales, la segunda se refiere a la relación del Mediador con las partes, y la tercera contiene disposiciones adicionales.

En el artículo 1 de las disposiciones generales se determina que el Código rige la actuación de los Mediadores acreditados ante el Instituto, incluyendo la relación entre el Mediador y las partes. Aún cuando el Código no lo dice expresamente, somos de la opinión de que debe entenderse que el propio Instituto y sus funcionarios y empleados están sujetos a las normas éticas contenidas en el Código.

Como primer norma ética del Mediador, el Código señala en su artículo 2 que para poder actuar éste debe considerarse capacitado para llevar a cabo un proceso de mediación y para entender la materia sustantiva de la controversia. Esto implica contar con preparación académica y con experiencia profesional tanto respecto del proceso de mediación como de la materia sustantiva de la controversia. Sería deseable que el Instituto realizara exámenes de conocimientos sobre el proceso de mediación para la acreditación de los Mediadores a efecto de garantizar esta norma ética. Conforme a esta primera norma, es obligación del Mediador que no cuente con dichos conocimientos y experiencia excusarse de su actuación y solicitar su sustitución a las partes en la controversia y al Instituto. Aún cuando ésta norma ética no lo consigne expresamente, la misma obliga al Mediador a hacerse asistir de peritos especializados en la materia sustantiva de la controversia, cuando la especialización de dicha materia exija conocimientos técnicos con los que el Mediador no cuente. Aún cuando el Código no lo establece expresamente, es un requisito fundamental del proceso de mediación que el Mediador actúe en forma personal y no a través de socios o asistentes suyos, ya que el nombramiento del Mediador es una actividad personalísima.

El principio de la autodeterminación que debe regir el proceso de mediación está consignado en el artículo 3 del Código. Conforme a este principio, la voluntad de las partes para alcanzar una solución negociada de su controversia es la base de la mediación. Por ello, es obligación ética del Mediador respetar la decisión de las partes, si deciden suspender temporal o definitivamente la mediación.

Conforme al principio de imparcialidad consignado en el artículo 4 del Código, el Mediador debe conducirse en forma imparcial, esto es, en forma neutral. Por ello, el Mediador debe abstenerse de actuar en asuntos en los que tenga conflicto de intereses. En caso de que dicho conflicto de intereses se presente una vez iniciado el proceso de mediación, el Mediador está obligado a retirarse del caso solicitando su sustitución al Instituto. Un profesionista estará impedido de actuar como Mediador si ha tenido lazos profesionales o de negocios con alguna de las partes, o si ha tenido relaciones de amistad o familiares con las mismas, ya que de haberlas se podría afectar su objetividad. Esta obligación ética de imparcialidad implica el que el Mediador evite conductas que tengan la apariencia de parcialidad hacia alguna de las partes. Para mantener su neutralidad, el Mediador está obligado a abstenerse de ofrecer asesoría profesional a las partes y en caso de que lo considere conveniente o necesario deberá recomendar a las partes a que reciban dicha asesoría profesional del Instituto o de terceros.

Esta obligación impide también que el Mediador preste asesoría profesional, directa o indirectamente, a cualquiera de las partes, durante un tiempo razonablemente largo posterior a la terminación de la mediación. De ésta forma la norma ética analizada obliga al Mediador a llevar a cabo, en relación con las partes en conflicto, exclusivamente los actos necesarios para llevar a cabo la mediación, estándole prohibida la realización de cualquier acto distinto.

El principio de confidencialidad que rige la actuación del Mediador está consignado en el artículo 5 del Código, conforme al cual éste está impedido de divulgar la información y documentación recibida de una de las partes, tanto a las otras partes como a cualquier tercero. Para ello, el Mediador debe discutir con cada una de las partes en conflicto cual es la información que está protegida por este principio. Desde luego, están protegidas por el principio de confidencialidad todas las propuestas de solución analizadas por las partes, así como los acuerdos logrados durante la mediación. En caso de que las partes decidan que la propia existencia del proceso de mediación esté sujeta a la confidencialidad del Mediador, éste deberá guardarla. No viola el principio de confidencialidad el Mediador que revele información confidencial del proceso de mediación al Instituto, ya que el mismo está también sujeto al deber de confidencialidad.

El artículo 6 del Código establece que el proceso de mediación debe llevarse a cabo conforme a los principios de autodeterminación, imparcialidad, equidad y justicia. El principio de Calidad del Proceso contenido en este artículo obliga también al Mediador a tomar en cuenta en sus gestiones los principios Generales del Derecho y los usos y costumbres en el ramo de actividad en que surge la controversia, siempre que dichos usos y costumbres no contravengan disposiciones de orden público o de interés general. El principio de Calidad del Proceso implica la obligación ética del Mediador para llevar el proceso en forma eficiente y expedita evitando que el mismo sea prolongado intencionalmente por cualquiera de las partes. Este mismo principio obliga al Mediador a fomentar el

respeto mutuo entre las partes, y a suspender o posponer el proceso de mediación cuando considere que el mismo está siendo utilizado para fomentar una conducta ilegal o contraria a la ética.

El último artículo de la sección primera del Código obliga al Mediador a comportarse en forma objetiva y con honradez frente a las partes, especialmente en lo que se refiere a sus conocimientos y experiencia en la materia sustantiva de la controversia, y prohíbe al Mediador garantizar a las partes un resultado exitoso del proceso de mediación.

La sección segunda del Código que contiene las normas éticas que rigen las relaciones del Mediador con las partes en conflicto comienza con el artículo 8 que obliga al Mediador a comunicar al Instituto y a las partes cualquier conflicto de intereses actual o potencial del que tenga conocimiento. El Código reconoce la posibilidad de que las partes y el Mediador acuerden continuar la mediación, a pesar de la existencia de dicho conflicto de intereses. Somos de la opinión de que ésta excepción contenida en el Código no debiera existir ya que pone en riesgo la neutralidad e imparcialidad del Mediador, elemento fundamental del proceso de mediación.

En materia de honorarios, el artículo 9 obliga al Mediador a informar a las partes por escrito, antes de iniciar el proceso de mediación, la forma en que se determinarán sus honorarios, precisando de ser posible el monto de su compensación y forma de pago. . Aunque el Código no lo exija, es aconsejable que el pacto de honorarios sea también firmado por las partes. Para la determinación de los honorarios, el Código señala que el Mediador deberá tomar en cuenta las tarifas establecidas por el Instituto, el tipo y la complejidad de la controversia y el conocimiento y la experiencia del Mediador.

El Código contiene una referencia al artículo 35 de Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados que se refiere a las bases para la estimación de honorarios, el cual incluye los siguientes elementos adicionales que deben ser tomados en cuenta para la estimación del monto de los honorarios: importancia de los servicios, cuantía del asunto, éxito obtenido y su trascendencia, novedad o dificultad de las cuestiones jurídicas debatidas, capacidad económica del cliente, costumbre del foro del lugar, responsabilidad que se derive para el abogado, tiempo empleado, grado de participación del abogado en el estudio, planteamiento y desarrollo del proceso, y la posibilidad de resultar impedido de intervenir en otros asuntos o de desavenirse con terceros. Aún cuando el Código, en su artículo 10, no lo establece con la claridad que sería deseable, de su primer párrafo se desprende que en atención al compromiso social de los profesionistas de hacer accesible el proceso de mediación como un medio extrajudicial eficaz para la solución de controversias, es obligación del Mediador sacrificar sus honorarios a efecto de que el proceso de mediación sea accesible a las personas de escasos recursos. En cuanto a la forma de pago, es aceptable que el Mediador requiera de las partes la entrega al Instituto de un depósito razonable que cubran sus honorarios. El Código dispone que al Mediador no le está permitido aceptar ni pagar ningún tipo de honorario por recibir o referir a otro Mediador un caso de mediación.

El Código en una nota de pie de página establece que “El Mediador no deberá acordar honorarios con las partes que puedan representar una carga o contingencia sobre el resultado de la mediación o sobre el monto del acuerdo de transacción...”, lo cual prohíbe el establecimiento de un Pacto de Cuota-litis, ya que ello crearía un interés ilegítimo del Mediador en la solución de la controversia por la vía de la mediación.

El artículo 10 del Código consigna la obligación para el Mediador de conocer con exactitud las etapas procesales de la mediación y los objetivos y principios que rigen dicho proceso. En este mismo artículo se establece la obligación del Mediador de acotar los puntos controvertidos entre las partes, entender sus pretensiones e incentivar actitudes propocitivas que permitan analizar distintas opciones de solución de dichas controversias. Es responsabilidad ética del Mediador evitar el abuso de una de las partes sobre las otras.

En la Tercera y última sección del Código relativa a Disposiciones Adicionales se incluyen los artículos 11 y 12 que establecen, respectivamente, la posibilidad de que las partes se hagan representar o asesorar por personas legalmente autorizadas y la obligación a cargo del Mediador de reconocer la libertad de las partes para establecer las reglas del proceso, incluyendo su modificación o derogación, mediante la simple notificación al Mediador y al Instituto.

## NUEVAS “REGLAS ADR ICC”\*

Por: Lic. Fernando Estavillo C.\*\*<sup>10</sup>

### Antecedentes

Mucho ha cambiado el campo de la solución de controversias desde que Etienne Clementel fundó formalmente, el 19 de enero de 1923, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce, “ICC”). Así como en aquel tiempo el procedimiento de arbitraje puesto en marcha por la ICC pronto empezó a representar una verdadera alternativa frente al litigio judicial tradicional –y es por ello que hasta tiempos recientes se clasificaba doctrinalmente al arbitraje dentro de los medios alternativos de solución de controversias- otros medios de solución de controversias, cuyo antecedente remoto es la conciliación, se desarrollaron paralelamente hasta abrirse paso con una “personalidad” propia como una alternativa no sólo frente al litigio judicial sino frente al arbitraje mismo, perfilándose en el medio empresarial y jurídico como “el futuro de la solución de las controversias”, para finalmente -no sin sorpresa para muchos- formar parte del presente.

En los primeros treinta y tantos años de existencia de la Corte de Arbitraje, ésta manejó un poco menos de 1,000 casos, que con frecuencia se resolvieron por conciliación, ya que la Corte, desde el inicio de sus actividades, estuvo siempre involucrada en procedimientos de conciliación. Al celebrar la Corte su 60 aniversario en 1983, el volumen de nuevas demandas de arbitraje llegaba ya a cerca de 300 por año y se esperaba que el número total de casos recibidos en su historia, pronto llegaría a 5,000.

La Corte celebró su 75 aniversario en 1998 y muy poco después, al hacer un recuento de sus actividades de 1999, pudo informar que, por primera vez en su historia, superó el número de 500 demandas de arbitraje durante un año, al recibir 529 durante 1999.

El desarrollo creciente del arbitraje, sin embargo, no ha sido óbice para que la ICC, en sintonía con las necesidades de los tiempos actuales, dirija su atención a otros medios de solución de controversias. La Conferencia con que la Corte celebró su 75 aniversario el 25 de septiembre de 1998, se efectuó en Ginebra en torno al tema “Arbitraje en la Próxima Década” y en ella el Presidente de la Corte, Robert Briner, expresó que paralelamente al crecimiento del arbitraje comercial internacional se dio mucha atención a la conciliación y a la mediación de controversias comerciales internacionales, por lo cual las cifras en cuanto al número de casos que se someten al Reglamento de Conciliación de 1988 resultan engañosas, en virtud de que muchos casos sometidos a arbitraje acaban siendo transigidos de hecho con la ayuda del propio tribunal arbitral, que aún cuando no actúa formalmente como conciliador o mediador, a menudo intenta explorar con las partes la posibilidad de una transacción mutuamente aceptable.

Efectivamente, como lo señaló el propio doctor Briner las cifras en cuanto al número de casos sometidos al Reglamento de Conciliación Facultativa de 1988 resultan engañosas y no muestran, ni siquiera lejanamente, el recurso de las partes a la conciliación, como a continuación se muestra con cifras a partir de 1991.

Año	Peticiones de Conciliación	Pendientes	Conciliación Fallida	Conciliación Exitosa	Sometidas a Arbitraje	Peticiones de Arbitraje	Laudo por Acuerdo
1991	9	4	3	1	1	333	41
1992	8	3	3	1	1	337	22
1993	13	5	7	1		352	18
1994	6	2	4			384	20
1995	10	4	5		1	427	20
1996	11	2	8	1		433	19

<sup>10</sup> Si bien en este documento se hace referencia a ciertas fuentes de la propia International Chamber of Commerce, los comentarios que aquí aparecen son emitidos por su autor a título personal y en forma alguna pretenden reflejar el punto de vista de dicha institución o del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.

\*\* Miranda, Estavillo, Staines y Pizarro-Suárez, S.C.

1997	8	4	4			452	33
1998	7	3	3		1	466	31
1999	5	3	2			529	38
2000	9	5	3	1		541	30

Mientras que en el Informe Estadístico de la Corte correspondiente al año 1999 se señaló expresamente que la utilización del Reglamento de Conciliación Facultativa de 1988 fue declinando en los últimos años, hasta llegar a la cifra más baja de la década, puede advertirse en paralelo un incremento en el número de casos que, habiendo sido sometidos a arbitraje, concluyeron por consenso de las partes. Al respecto cabe hacer notar que el número de casos concluidos por transacción fue presumiblemente mayor, ya que en esos casos las partes no siempre solicitan al tribunal arbitral que se dicte un laudo por acuerdo entre ellas. Por otra parte el año 2000 marcó un sorprendente incremento en las solicitudes de conciliación recibidas por la ICC, que revirtió el aparente desinterés advertido durante los últimos años.

Las cifras de la Corte en materia de conciliación, señaladas arriba, tampoco reflejan el interés que crecientemente se suscitó en la misma década por los diversos medios alternativos de solución de controversias –en especial la mediación– y, desde luego, la ICC y su Corte Internacional de Arbitraje no permanecieron ajenas a ese interés.

Es interesante advertir que en la Conferencia con la que la Corte celebró su 75 aniversario, en los comentarios de cierre expresó Gerald Aksen que el título del programa de la Conferencia debió haber sido “solución de controversias en la próxima década” y no “arbitraje en la próxima década”, ya que fue claro, por los expositores en el evento, que existió una interesante tensión entre los tópicos de arbitraje y los de medios alternativos de solución de controversias (ADR); expresando además, enfáticamente, que el procedimiento de mediación ya no es el futuro sino el presente y no desaparecerá, sino que, por lo contrario, tratándose del método pactado por las partes para resolver eventuales controversias, cada contrato que él ve ahora, dice: “primero altos directivos, luego mediación y luego arbitraje”.

No menos interesantes resultan los comentarios de Lord Mustill, destacadísima figura del arbitraje y Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, quien en la misma Conferencia se hizo eco de los comentarios de Gerald Aksen y, en lo relativo a procedimientos para la solución de las controversias, enfatizó que una solución efectiva de las controversias se debe construir primero en el contrato respectivo y, dado que la vida comercial es infinitamente variada, no es útil presentar a las partes un método monolítico llamado arbitraje, sobre la base de “tómelo o déjelo”, ya que ahora las partes lo están dejando crecientemente y, por tanto, debemos ofrecerles un repertorio de métodos para la solución de controversias y asegurarnos de que sepan que éstos existen, y debemos también ayudarlas a escoger el método más idóneo para el tipo de operación de que se trate, con miras a una controversia presente o futura, ya que los llamados medios alternativos de solución de controversias (“ADR”) no son un enemigo del arbitraje, sino un amigo al que debiéramos abrazar con calidez.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “CNUDMI” (United Nations Commission on International Trade Law, “UNCITRAL”), a raíz del Día de la Convención de Nueva York, celebrado en dicha ciudad el 10 de junio de 1998 para conmemorar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, decidió que había llegado el momento de evaluar los efectos positivos de la aplicación de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL (1976) y de las Reglas de Conciliación de UNCITRAL (1980), así como de la adopción de la llamada Ley Modelo de UNCITRAL (Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional) por diversos países, que la incorporaron a su derecho positivo, para preparar propuestas capaces de mejorar las leyes, reglas y prácticas en materia de arbitraje.

En relación con esto, UNCITRAL decidió que su trabajo futuro debería incluir la preparación de propuestas de textos legislativos o de disposiciones modelo y encomendó esa tarea a un Grupo de Trabajo sobre Arbitraje –para el cual fue designado Presidente José María Abascal Zamora– cuyas prioridades deberían incluir la conciliación, entre otros tópicos.

En su Informe respecto de la trigésima tercera sesión, efectuada en Viena del 20 de noviembre al 1 de diciembre de 2000, el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de UNCITRAL ratificó su reconocimiento de la creciente utilización de la conciliación como método para la solución de controversias comerciales y discutió diversos textos, destinados a convertirse –según se defina en su oportunidad una vez que éstos estén concluidos– en modelos de disposiciones legislativas o en una ley modelo. Se menciona todo esto, con el objeto de proporcionar una idea somera del entorno existente en la materia, en el que la Cámara Internacional de Comercio emite sus nuevas Reglas.



## Las nuevas “Reglas de ADR ICC”

Las nuevas “Reglas de ADR ICC” (en lo sucesivo referidas como “Reglas”) serán publicadas el 1 de julio de 2001 para entrar en vigor de inmediato y están destinadas a sustituir al Reglamento de Conciliación Facultativa de 1 de enero de 1988, actualmente vigente aunque no utilizado con frecuencia, como antes se dijo.

Con las nuevas Reglas se cierra la última época de la ICC en materia de conciliación, iniciada con el Reglamento de Conciliación Facultativa de 1 de enero de 1988, cuya vigencia habrá de concluir el 30 de junio de 2001 en virtud de la ya inminente publicación de las Reglas.

Según la estadística de la propia Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, publicada en el Número 1 del Volumen 12 de su Boletín (Primavera 2001) se registraron 110 casos de conciliación desde que entró en vigor el Reglamento de Conciliación Facultativa de 1 de enero de 1988 y, al mes de febrero de 2001, 10% de dichos casos culminaron en una transacción, 71% fueron retirados, 18% se convirtieron en arbitrajes y 1% permanece pendiente.

Es válido hablar de la conclusión de toda una época de la conciliación dentro de la ICC, ya que las nuevas Reglas pretenden aportar un nuevo mecanismo de solución de controversias, a tono con los nuevos tiempos y con los diversos mecanismos o técnicas que han sido diseñados durante los años recientes.

Además de las nuevas Reglas, la ICC publicará una “Guía de ADR ICC” que, sin formar parte de las Reglas, proporcionará explicaciones sobre las mismas y sobre algunos medios alternativos de solución de controversias que podrían ser utilizados al amparo de las Reglas.

El nombre de las nuevas Reglas fue ampliamente discutido tanto por el Grupo de Trabajo que las redactó como por la Comisión de Arbitraje Internacional de la ICC y por los propios Comités Nacionales.

Si bien en los primeros proyectos las reglas aparecían denominadas como “ICC ADR (Amicable Dispute Resolution) Rules”, se les aprobó finalmente con el título “ICC ADR Rules”, que por una parte pretende el empleo del término “ADR”, hoy universalmente reconocido en el campo de la solución de las controversias y, por la otra parte, también pretende poner el acento en el carácter amigable de estos métodos de solución de controversias. Hoy –sin serlo realmente- ya parecen lejanos los tiempos en que esta modalidad de “ADR” se confundía con los “ADR’s” de índole financiera (American Depositary Receipts), entonces más conocidos, y también parecen ya lejanas las anécdotas que resultaron de esa confusión de términos.

Así mismo, la terminología empleada en las Reglas deja ya sentado que, aún cuando en fechas relativamente recientes se llegaba a clasificar al arbitraje como una especie más entre los diversos medios alternativos de solución de controversias, en la actualidad es ya un entendimiento generalizado que los medios alternativos de solución de controversias no incluyen al arbitraje y son, precisamente, una alternativa frente a éste y frente al litigio judicial.

Las Reglas fueron diseñadas con el objeto de ser utilizadas por quienes deseen resolver amigablemente sus controversias con la ayuda de un tercero, denominado “Neutral”, dentro de un marco institucional. Si bien aún no se conoce la versión en español de las Reglas, es probable que el tercero de que se trata sea designado como “Tercero Neutral”, ya que la palabra “neutral”, por ser gramaticalmente un adjetivo, no debiera utilizarse sola.

En el proyecto de Guía mencionado, la ICC enfatiza que, precisamente por la naturaleza amigable del método de solución de controversias contemplado por las Reglas, la ICC decidió referirse a su método de “ADR” como “amicable dispute resolution” (solución amigable de controversias) en vez del término “alternative dispute resolution” (solución alternativa de controversias) que ha sido tradicionalmente utilizado; y aclara además la ICC que el término adoptado, en la forma en que lo utiliza la ICC, no incluye el arbitraje sino únicamente aquellos procedimientos que no resultan en una decisión o en un laudo por parte del Tercero Neutral, que sea por sí mismo obligatorio para las partes, como sucede en el caso de los laudos arbitrales.

Dado que como antes se dijo, las nuevas Reglas sustituirán al Reglamento de Conciliación Facultativa de 1 de enero de 1988, en caso de presentarse solicitudes de conciliación conforme al viejo Reglamento, la ICC pedirá a las partes que reformulen su solicitud conforme a las nuevas Reglas.

## Características del método de solución de controversias conforme a las Reglas

Antes de entrar en materia procede hacer la salvedad de que estos comentarios se basan en los últimos proyectos conocidos de las Reglas, cuyos textos deliberadamente no se incluyen en este trabajo por no ser necesariamente definitivos, en virtud de que conforme a la información hasta ahora disponible la versión final –y oficial- de las Reglas habrá de publicarse hasta el 1 de julio de 2001, es decir, después del evento al que están destinados estos comentarios. Así mismo, estos comentarios han sido preparados teniendo en cuenta los últimos proyectos conocidos de las Reglas, así como el proyecto de “Guía de ADR ICC” enviado a los Comités Nacionales y presentado a la Comisión de Arbitraje Internacional en la sesión del 25 de abril de 2001, que tampoco se incluye en este trabajo por tratarse de un documento que, además de no estar aún en forma final, todavía no ha sido puesto en circulación por la ICC.

Conforme a la información hasta ahora conocida, el nuevo procedimiento de ADR de la ICC no contempla un medio específico de solución de las controversias, sino que permitirá a las partes elegir en cada caso la técnica de solución de controversias que mejor se acomode a las necesidades específicas propias de sus respectivas operaciones y del tipo de controversia que enfrenten, para resolver ésta con la ayuda de un Tercero Neutral experimentado. Así mismo, las Reglas serán igualmente aplicables a controversias tradicionales entre dos partes, y a las llamadas controversias multipartes.

Con el objeto de que una eventual falta de acuerdo entre las partes respecto a la técnica de solución de controversias a utilizar, no impida la continuación del procedimiento para intentar una posible solución de la controversia, prevén las Reglas que, a falta de dicho acuerdo entre las partes, se utilizará la mediación. En relación con este último término -no obstante que el predecesor de las Reglas es precisamente el Reglamento de Conciliación Facultativa- la ICC optó después de muchas décadas por el término mediación, que parece más a tono con los tiempos actuales y con los medios alternativos de solución de controversias que han ganado mayor popularidad; a diferencia del caso de UNCITRAL, cuyo Grupo de Trabajo sobre Arbitraje, si bien hace equiparables los términos “conciliación”, “mediación” y “evaluación neutral”, en sus trabajos más recientes ha perseverado en el uso del término “conciliación”, en forma consistente con sus actuales Reglas de Conciliación.

El papel del Tercero Neutral conforme a las Reglas consiste esencialmente en facilitar las discusiones entre las partes pero, como antes se dijo, no dicta una resolución o un laudo que sea por sí mismo obligatorio para las partes. El proceso de ADR puede conducir finalmente a un convenio de transacción entre las partes, que dé por terminada la controversia y sea obligatorio para ellas conforme a la ley aplicable a dicho convenio, independientemente de que el resultado final del proceso puede también consistir en una opinión o evaluación no obligatoria por parte del Tercero Neutral, en caso de que la técnica de solución elegida por las partes sea la evaluación neutral.

Los procedimientos de ADR conforme a las Reglas pretenden ser rápidos y relativamente económicos, ya que permiten a las partes buscar una solución amigable de su controversia, utilizando un mínimo de tiempo y recursos.

Se pretende que los procedimientos de ADR conforme a las Reglas de la ICC sean controlados por las propias partes en la mayor medida posible y el papel del Tercero Neutral es aconsejar y guiar a las partes para facilitar sus discusiones.

Los procedimientos de ADR de la ICC son en principio confidenciales y las Reglas contienen un máximo de salvaguardas con ese fin, mas no puede negarse que, dependiendo de la ley aplicable en cada país y de sus propias prácticas y criterios judiciales, esas garantías de confidencialidad podrían perder eficacia en la vida real.

En ese contexto son particularmente valiosos los esfuerzos del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de UNCITRAL en relación con los modelos de disposiciones legales para regular precisamente esta problemática. Los proyectos de disposiciones redactados por el Grupo de Trabajo de UNCITRAL son sumamente importantes para la regulación de la confidencialidad de procedimientos, información y documentos, así como para regular la eventual intervención ulterior del Tercero Neutral en otros procedimientos arbitrales o judiciales relacionados, y es por demás deseable que dichas disposiciones lleguen a reflejarse pronto en el derecho positivo, para ofrecer certeza y seguridad jurídicas a las partes.

Las Reglas difieren del arbitraje y de los procedimientos judiciales en que el método de ADR de la ICC, como los diversos medios alternativos de solución de controversias, no conducen a una resolución obligatoria para las partes o a la emisión de un laudo; por tanto, las Reglas y el sistema de arbitraje de la ICC pueden ser considerados como complementarios, ya que en caso de que las partes no puedan resolver su controversia mediante el método de ADR elegido, pueden referir la misma a arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio o a otras reglas de arbitraje.

Considerando que las Reglas –como casi sin excepción sucede mundialmente con los diversos medios alternativos de solución de controversias- son incapaces de interrumpir el transcurso del plazo de prescripción, resultan sanas y útiles las disposiciones que permiten la conclusión del proceso de ADR de no llegarse dentro de un plazo perentorio a un resultado exitoso, a fin de que las partes queden en libertad de hacer valer oportunamente sus derechos por la vía procedente. Tratándose de este tema nuevamente son dignos de mención los esfuerzos del Grupo de Trabajo sobre

Arbitraje de UNCITRAL, que ha redactado proyectos de disposiciones modelo encaminadas a resolver el delicado problema de la prescripción en el escenario de los medios alternativos de solución de controversias.

## **Descripción de las Reglas**

El procedimiento de ADR contemplado por las Reglas incluye el proceso completo, comprendido desde la presentación de la Solicitud de ADR, hasta la terminación del procedimiento sea porque las partes hayan logrado una transacción o porque el ADR no hubiese concluido exitosamente.

Para poder someter su controversia al método de ADR de la ICC, las partes deben convenir expresamente, por escrito, en someter su controversia a las Reglas.

Dicho sometimiento puede hacerse mediante un acuerdo previo entre las partes para tal efecto, ya sea en el contrato original de donde surge la controversia o mediante convenio ulterior; o bien, el sometimiento puede hacerse mediante la presentación de una Solicitud de ADR ante la ICC por una de las partes, que sea aceptada por su contraparte.

En todos los casos, el punto de partida en cualquier procedimiento de ADR ICC, es el sometimiento de una Solicitud de ADR a la ICC.

El Tercero Neutral puede ser seleccionado mediante designación por las partes de común acuerdo, o bien mediante nombramiento por la ICC. En este último supuesto, las partes pueden convenir respecto a las capacidades o características deseables en el Tercero Neutral y en tal caso la ICC hará sus mejores esfuerzos para nombrar a alguien que reúna dichas características. La ICC también tomará en consideración las sugerencias de cualquier parte respecto a las capacidades que debiera tener el Tercero Neutral a ser nombrado.

En relación con estas cuestiones, es aconsejable que en cualquier caso las capacidades o características del Tercero Neutral se estipulen únicamente como deseables o recomendables, sin otorgarles un carácter de requisito esencial o sine qua non, para evitar que, en caso de no encontrarse a un tercero que reúna total e indubitablemente dichas características, sea imposible nombrar al Tercero Neutral y llevar a cabo el procedimiento de ADR.

El procedimiento de ADR, como se entiende este término en las Reglas, es una parte de todo el proceso y consiste en la fase operativa del "ADR" durante la cual el Tercero Neutral proporciona su asistencia. Dicho procedimiento comienza con una discusión entre el Tercero Neutral y las partes para determinar la técnica o tipo de ADR que será utilizado y el procedimiento específico a seguir. Las Reglas permiten a las partes elegir la técnica de ADR que consideren más apropiada para su tipo específico de controversia y, como antes se dijo, a falta de acuerdo entre las partes respecto a la técnica de ADR a emplear, se utilizará la mediación.

Las Reglas establecen las diferentes formas en que el proceso de ADR puede terminar. En particular, cualquiera de las partes puede dar por terminado el proceso de ADR en cualquier tiempo, previa discusión de esto con el Tercero Neutral.

El costo del ADR se compone de tres elementos: los gastos administrativos de la ICC, que tienen un límite preestablecido; los honorarios del Tercero Neutral, que se determinan con base en una tarifa por hora a ser establecida por la ICC mediante consulta con el Tercero Neutral y con las partes; y los gastos razonables del Tercero Neutral, que son fijados por la ICC.

Finalmente las Reglas contienen disposiciones que establecen la confidencialidad del proceso de ADR, con la finalidad de crear confianza en las partes para favorecer el recurso a este método de solución amigable de sus controversias, buscando garantizarles dentro de lo posible que, en caso de no llegar a un feliz término el ADR, las actuaciones de las partes y del Tercero Neutral durante el proceso respectivo no podrán ser empleadas en perjuicio de las partes en un litigio subsecuente, sea en la vía arbitral o en la vía judicial.

Después de estos comentarios generales respecto al contenido de las Reglas, se comentan a continuación en cierto detalle sus diversos artículos con base en el último proyecto aprobado por la Comisión de Arbitraje Internacional de la ICC en su sesión de 30 de noviembre de 2000, haciéndose la salvedad de que, conforme a lo discutido por esta Comisión en su sesión de 25 de abril de 2001, la versión final de las Reglas que publicará la ICC el 1 de julio de 2001 podrá contener algunos cambios menores, particularmente a nivel de redacción, para precisar algunos conceptos.

## **Análisis detallado de las Reglas**

### Preámbulo

El preámbulo de las Reglas sintetiza de manera concisa ciertos aspectos de las Reglas que se mencionaron en párrafos anteriores. El preámbulo señala que las Reglas están destinadas a las partes que buscan un arreglo amigable de sus “controversias o diferencias”, lo cual significa que las Reglas no solamente pueden ser utilizadas para el arreglo de controversias que podrían ser litigadas en arbitraje o ante tribunales nacionales, sino también para simples desacuerdos concernientes, por ejemplo, a la interpretación de una disposición contractual; por tanto, a lo largo de todo el cuerpo de las Reglas, se debe entender que el término “controversias” (“disputes”) también incluye “diferencias”. Finalmente, el preámbulo de las Reglas hace referencia a la Guía que será publicada por la ICC para su mejor entendimiento, indicando que dicha Guía no forma parte de las Reglas.

### **Artículo 1**

#### **Alcance de las Reglas de ADR ICC**

Las Reglas se aplican exclusivamente a controversias de negocios. Esto significa, por ejemplo, que no pueden ser utilizadas para la solución de controversias familiares o de índole laboral, o de cualesquiera otras controversias no susceptibles de transacción.

Por otra parte, las Reglas pueden ser utilizadas tanto para la solución de controversias comerciales domésticas, como de controversias de carácter internacional.

En el espíritu del método de ADR de la ICC, que busca maximizar el control de las partes sobre el proceso, el Artículo 1 permite a las partes modificar las Reglas de común acuerdo, sujeto a la aprobación de la ICC, cuyo consentimiento es necesario con el fin de mantener la integridad de las Reglas. Cabe mencionar que esta última cuestión refleja una observación específica del Capítulo Mexicano de la ICC, durante el proceso de redacción de las Reglas, en el que la ICC recogió los comentarios de los diversos Comités Nacionales, como fue el caso de ICC México.

### **Artículo 2**

#### **Inicio del Proceso de ADR**

El acuerdo de las partes para someterse a las Reglas constituye un requisito indispensable para el inicio del proceso de ADR ICC. Dicho acuerdo puede resultar de:

una cláusula de ADR, en el contrato original entre las partes;

a falta de dicha cláusula, un convenio subsecuente entre las partes en cualquier tiempo en que éstas deseen buscar un arreglo amigable de su controversia conforme a las Reglas; o

a falta de cualquier convenio previo, la Solicitud de ADR presentada a la ICC por la parte que desee someter la controversia a las Reglas, seguida del acuerdo de la otra parte para participar en el proceso de ADR ICC.

El proceso de ADR se inicia conforme al Artículo 2.A en los primeros dos casos y comienza conforme al Artículo 2.B en el tercero. En todos los casos, el primer paso en el proceso de ADR ICC es el sometimiento a la ICC, ya sea conjunta o unilateralmente, de una Solicitud de ADR por escrito.

### **Artículo 2.A**

#### **Cuando existe acuerdo para referirse a las Reglas**

Dada la naturaleza amigable del ADR, cuando las partes han convenido en someter su controversia a las Reglas la forma más apropiada de iniciar el proceso es que las partes presenten conjuntamente una Solicitud de ADR; sin embargo, cuando no se haya hecho esa Solicitud conjunta, cualquier parte puede presentar unilateralmente a la ICC una Solicitud de ADR, de la que se deberá dirigir copia a la otra parte.

Cuando exista acuerdo para el sometimiento de la controversia a las Reglas, las partes no podrán retirarse del proceso antes de que se verifique la primera discusión con el Tercero Neutral, conforme a lo dispuesto en el Artículo 5.1. Esta

disposición pretende preservar la intención de las partes de convenir en el ADR, obligándolas a evaluar el potencial del proceso de ADR conjuntamente con el Tercero Neutral.

La Solicitud escrita de ADR debe ser presentada por correo, fax o e-mail, dirigida a quien se indique en las Reglas que serán publicadas por la ICC. Si bien se ha debatido si esta fase del proceso de ADR y la administración de las Reglas debieran ser encomendadas a la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje o debiera ser creada alguna infraestructura adicional para tal efecto, la Comisión de Arbitraje Internacional ha considerado que, por ahora, no debiera crearse algún departamento especial para encomendarle la implementación de los procedimientos de ADR, con la idea de resolver lo conducente en el futuro, con base en la experiencia que se obtenga de la aplicación de las Reglas.

En la Solicitud de ADR se debe describir la controversia que se pretende someter a un procedimiento de ADR.

La descripción de la controversia en la Solicitud de ADR debe ser sucinta y debe limitarse a cuestiones que permitan:

al Tercero Neutral, obtener suficiente información para determinar su propia capacidad de actuar en el proceso específico de ADR y prepararse para la discusión con las partes prevista en el Artículo 5.1;

a la ICC, de ser requerida su intervención para el nombramiento del Tercero Neutral, determinar el perfil apropiado del Tercero Neutral a ser nombrado; y

a la otra parte, cuando la Solicitud de ADR haya sido presentada unilateralmente, entender la naturaleza de la controversia.

Las Reglas no impiden que las partes requieran o propongan la o las técnicas que consideren más apropiadas para la solución de la controversia.

En vista de la naturaleza amigable del proceso, es preferible que las partes designen conjuntamente al Tercero Neutral; sin embargo, en caso de que no puedan o no deseen hacerlo, sigue siendo deseable que ellas mismas convengan respecto a las características o capacidades del Tercero Neutral a ser nombrado por la ICC. En cualquier caso la ICC está a disposición de las partes, de desear éstas que la ICC seleccione al Tercero Neutral.

El Artículo 2.A.2 contiene disposiciones que son aplicables cuando la Solicitud de ADR no ha sido presentada conjuntamente por las partes.

En ese caso, en congruencia con el acuerdo preexistente entre las partes, la parte que presente su Solicitud de ADR a la ICC debe enviar simultáneamente una copia a la otra parte. El Artículo 2.A.2 también permite a las partes designar conjuntamente al Tercero Neutral o convenir respecto a las características o capacidades que deseen tenga el Tercero Neutral que designe la ICC.

## **Artículo 2.B**

### **Cuando no existe acuerdo para referirse a las Reglas**

El Artículo 2.B es una versión modificada del Artículo 2.A, para cubrir la situación en que no existe un acuerdo previo entre las partes para referirse a las Reglas.

En dichos casos, una de las partes presenta unilateralmente una Solicitud de ADR conforme al Artículo 2.B y la ICC la envía a la otra parte, que a su vez puede aceptar o declinar la participación en el proceso de ADR.

En caso de que la otra parte decline participar o no responda a la Solicitud en un plazo de 15 días naturales, el proceso no dará comienzo.

Tan pronto como la otra parte haya aceptado participar en el proceso de ADR, ambas partes quedarán obligadas a participar en el mismo conforme al Artículo 2.A y no podrán retirarse del proceso antes de tener la primera discusión con el Tercero Neutral, prevista en el Artículo 5.1.

El Artículo 2.B dispone un mecanismo que permite a las partes designar conjuntamente al Tercero Neutral o convenir respecto de las características del Tercero Neutral a ser nombrado por la ICC.

### **Artículo 3**

#### **Selección del Tercero Neutral**

El éxito del proceso de ADR depende en gran parte de la capacidad del Tercero Neutral.

Consecuentemente, las partes deben intentar asegurarse de que el Tercero Neutral:

- tenga la capacidad profesional y la experiencia necesarias para comprender los diversos aspectos de la controversia entre las partes;
- tenga las características humanas necesarias para crear una atmósfera de confianza entre las partes y motivar discusiones constructivas.

Conforme al Artículo 3, el Tercero Neutral puede ser seleccionado de las siguientes maneras:

- mediante designación conjunta de todas las partes;
- mediante acuerdo de las partes sobre las capacidades o características del Tercero Neutral y nombramiento del mismo por la ICC;
- mediante nombramiento por la ICC cuando no existe designación conjunta por las partes o acuerdo de las partes respecto a las capacidades o características del Tercero Neutral;
- mediante nombramiento por la ICC, cuando el Tercero Neutral designado por las partes no acepta su misión.

Cualquier prospecto de Tercero Neutral, sea éste designado por las partes o nombrado por la ICC, debe presentar a la ICC, antes de que surta efectos su designación o nombramiento, un curriculum vitae y una declaración de independencia. La ICC debe a su vez transmitir dichos documentos a las partes conforme al Artículo 3.2. Es asimismo deseable que las partes que designen conjuntamente al Tercero Neutral, verifiquen que éste tiene las capacidades necesarias.

La ICC verifica cuidadosamente la independencia de cada Tercero Neutral que aquélla nombra. El Tercero Neutral debe permanecer independiente de las partes desde la fecha de su nombramiento hasta la terminación de sus funciones. No obstante lo anterior las partes pueden designar de común acuerdo a un Tercero Neutral que no sea independiente, a condición de que su elección haya sido realizada con total conocimiento de los hechos y, en particular, a la luz de la declaración presentada por el Tercero Neutral antes de que surta efectos su designación.

Con el fin de asegurar un rápido nombramiento del Tercero Neutral más capacitado, la ICC puede nombrar directamente al Tercero Neutral o puede hacerlo después de consultar con un Comité Nacional.

De conformidad con el Artículo 3.3, cualquier parte puede objetar a un Tercero Neutral nombrado por la ICC dentro de un plazo de 15 días naturales a partir de la recepción de la notificación del nombramiento del Tercero Neutral. La parte que objete dicho nombramiento debe manifestar las razones de su objeción. En caso de que las partes no tengan objeción y deseen acelerar el proceso, es en su propio interés notificar a la ICC la ausencia de cualquier objeción, tan pronto como sea posible. Esto permitirá al Tercero Neutral comenzar rápidamente el procedimiento, a condición de que haya sido pagado el depósito a que se refiere el Artículo 4.2.

El Artículo 3.4 permite a las partes designar más de un Tercero Neutral y permite a la ICC proponer el nombramiento de más de un Tercero Neutral. Dependiendo de la situación concreta, eventualmente puede ser apropiado contar con más de un Tercero Neutral en el proceso de ADR; como ejemplo, existe la posibilidad de que los Terceros Neutrales tengan diferentes características profesionales y, por tanto, se complementen unos a otros, lo que en determinadas circunstancias puede conducir a una solución más rápida y eficiente de la controversia.

Lo antes señalado constituye en alguna medida una novedad aportada por las Reglas (si bien ello existe en las Reglas de Conciliación de UNCITRAL, de 1980), que en el caso de las Reglas es comprensible ante el hecho de que éstas pretenden ser aplicables a una diversidad de técnicas o métodos de ADR; a diferencia del caso del Reglamento de Conciliación Facultativa de 1988, que contempla la intervención de un solo conciliador. Un sistema que a la fecha resulta verdaderamente sorprendente –así como de una gran rigidez– es el que existió conforme al viejo Reglamento



de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio que estuvo en vigor del 1 de junio de 1975 al 31 de diciembre de 1987, que contemplaba un Comité de Conciliación de tres miembros, todos ellos residentes en París, que debía ser constituido ex profeso por el Presidente de la Cámara Internacional de Comercio.

#### **Artículo 4**

##### **Honorarios y Costos**

El costo del proceso de ADR se compone de (i) gastos administrativos de la ICC y (ii) la remuneración del Tercero Neutral.

Los gastos administrativos de la ICC comprenden:

- un honorario de registro no reembolsable, por la cantidad de \$1,500 dólares EUA, que se debe acompañar a la Solicitud de ADR; y
- gastos administrativos, con un tope máximo que habrá de ser señalado en la versión final de las Reglas que está a punto de publicar la ICC.

La remuneración del Tercero Neutral se calcula como sigue:

- honorarios con base en una tarifa por hora, fijada por la ICC mediante consulta con el Tercero Neutral y con las partes; y
- gastos razonables, fijados por la ICC.

Este sistema permite a la ICC controlar el costo del proceso de ADR y asegurar el cumplimiento de los tiempos límite, además de que se evita que las partes tengan que discutir los honorarios directamente con el Tercero Neutral, ya que éste podría comprometer la independencia de éste.

Cabe así mismo hacer notar que, conforme al Artículo 4.2, el proceso de ADR no puede continuar sino hasta que la ICC haya recibido el depósito de los fondos respectivos para cubrir los gastos administrativos de la ICC y los honorarios y gastos del Tercero Neutral.

El Artículo 4.3 de las Reglas, contempla la posibilidad de realizar ajustes al depósito original, en caso de que éste enfrente la posibilidad de no ser suficiente para cubrir los conceptos a que está destinado. Esencialmente, los reajustes se fundarían en el tiempo dedicado por el Tercero Neutral.

Dada la naturaleza consensual de los procedimientos de ADR, la regla general es que las partes en el proceso soportan a partes iguales el costo del mismo, salvo convenio en contrario.

#### **Artículo 5**

##### **Conducción del Procedimiento de ADR**

El Artículo 5.1 dispone que una vez que el Tercero Neutral ha sido seleccionado y las disposiciones del Artículo 4 han sido cumplidas, se debe efectuar rápidamente una primera discusión entre el Tercero Neutral y las partes con el fin de (i) buscar un acuerdo respecto a la técnica que será utilizada para la solución de la controversia; y (ii) definir el procedimiento específico a seguir.

Aunque usualmente es preferible que la discusión mencionada se efectúe mediante una reunión entre las partes y el Tercero Neutral, también puede llevarse a cabo mediante conferencia telefónica, videoconferencia o cualquier otro medio adecuado.

Las técnicas de solución de controversias mediante ADR que pueden ser utilizadas, incluyen las siguientes:

1. Mediación;
2. Evaluación Neutral;
3. Pequeño Juicio (mini-trial);

4. Cualquier otra técnica de solución de controversias; o
5. Una combinación de diversas técnicas de solución de controversias.

La lista anterior no es limitativa o exhaustiva y es importante que las partes tengan un entendimiento común respecto a la técnica que será utilizada para la solución de su controversia.

### Mediación

Para los fines de las Reglas, la mediación es la técnica de solución de controversias en la que el Tercero Neutral interviene para facilitar la solución amigable de la controversia por las propias partes que en ella intervienen, sin que el Tercero Neutral emita cualquier opinión respecto al fondo de la controversia.

Para facilitar un arreglo amigable, el Tercero Neutral tiene por lo general reuniones con cada una de las partes separadamente. Estas reuniones permiten al Tercero Neutral identificar los intereses de cada una de las partes, obtener información útil, crear una atmósfera apropiada para las negociaciones y ayudar a las partes a encontrar puntos en común para la solución de su controversia.

Las reuniones antes mencionadas son confidenciales y el Tercero Neutral no debe revelar cualquier manifestación oral o documento proporcionado en las reuniones, en caso de que la parte respectiva le solicite mantenerlo como confidencial. Mientras que la posibilidad de que el Tercero Neutral tenga reuniones individuales con las partes debiera ser la regla general en la mediación conforme a las Reglas, las partes, mediante consulta con el Tercero Neutral, pueden convenir en que no se celebren dichas reuniones.

### Evaluación Neutral

Conforme a esta técnica para solución de controversias, las partes solicitan al Tercero Neutral que les proporcione una opinión no obligatoria respecto a uno o más asuntos tales como:

- una cuestión de hecho;
- una cuestión técnica de cualquier tipo;
- una cuestión de derecho;
- una cuestión relativa a la aplicación del derecho a los hechos;
- una cuestión relativa a la interpretación de una disposición contractual;
- una cuestión relativa a la modificación de un contrato.

### 3) Pequeño Juicio (mini-trial)

El pequeño juicio (mini-trial) es una técnica de solución de controversias en la que se constituye un panel compuesto de un Tercero Neutral que funge como facilitador y un “gerente” designado por cada una de las partes en la controversia. Cada “gerente” debe en principio tener la facultad de obligar a la parte que lo seleccionó y no debe haber estado involucrado directamente en la controversia. Cada una de las partes presenta su posición al panel de una manera breve y concisa y después de ello, dependiendo de la situación, el panel busca una solución aceptable para todas las partes o expresa una opinión respecto a las posiciones de cada una de las partes.

### 4) Cualquier otra técnica de solución de controversias

Las partes, en consulta con el Tercero Neutral y dentro del marco previsto en el Artículo 5.1, pueden convenir respecto a cualquier técnica de solución de controversias que consideren apropiada y que en su opinión pudieran ayudarlas a resolver amigablemente su controversia.

### 5) Combinación de técnicas de solución de controversias

Eventualmente puede ser útil conducir un proceso de ADR utilizando una combinación de técnicas de solución de controversias; por ejemplo, se puede solicitar al Tercero Neutral que emita su opinión sobre una cuestión específica en el curso de una mediación.

Independientemente de la técnica elegida para la solución de la controversia, el Tercero Neutral no puede obligar a las partes; sin embargo, las partes pueden convenir contractualmente en obligarse conforme a la opinión que emita el Tercero Neutral.

Durante la primera discusión, las partes deben intentar ponerse de acuerdo respecto al procedimiento a seguir que consideren más adecuado. El procedimiento específico puede incluir cualquiera de los siguientes elementos:

- calendario procesal;
- intercambio de documentos;
- producción de memoranda;
- identificación de personas que participen en el proceso;
- reuniones entre las partes y el Tercero Neutral;
- otros medios de asegurar el desarrollo expedito del proceso.

Se debe tener en cuenta que el término “proceso” ampara la totalidad del proceso de ADR, que incluye el procedimiento específico antes descrito.

Como antes se dijo, el Artículo 5.2 dispone que en caso de que las partes no logren ponerse de acuerdo respecto a la técnica de solución de controversias que será empleada, se utilizará la mediación. Mientras que el Artículo 5.1 permite a las propias partes seleccionar la técnica de solución de controversias que estimen más apropiada, el recurso automático a la mediación, previsto en el Artículo 5.2, permite llenar la laguna en caso de que las partes no convengan en otra técnica.

El Artículo 5.3 dispone que, al conducir el proceso, el Tercero Neutral debe tener en cuenta los deseos de las partes – lo cual es de fundamental importancia en virtud de la naturaleza consensual de los ADR- guiándose en todo tiempo por los principios de justicia e imparcialidad.

El Artículo 5.4 dispone que a falta de convenio entre las partes, el Tercero Neutral deberá elegir el idioma o idiomas adecuados y el lugar en que se deban celebrar las reuniones.

Para promover la cooperación y el desarrollo expedito y armónico del proceso, el Artículo 5.5 pone énfasis en la buena fe que debe caracterizar la interacción de las partes con el Tercero Neutral. El principio de buena fe, constituye un presupuesto esencial para la viabilidad y eventual éxito de cualquier medio alternativo de solución de controversias.

## **Artículo 6**

### **Terminación del proceso de ADR**

El Artículo 6 lista los eventos que dan lugar a que termine un procedimiento de ADR que se haya iniciado conforme a las Reglas:

1. La firma de un convenio de transacción por las partes, que ponga fin a su controversia.  
Dicho convenio es obligatorio para las partes conforme a la ley aplicable, que puede ser elegida por las partes en el propio convenio de transacción.
2. Notificación escrita al Tercero Neutral por una o más de las partes, en el sentido de que no desea continuar con el proceso de ADR. Al respecto, se debe tener en cuenta que esta notificación únicamente puede ser efectuada después de efectuarse la primera discusión entre las partes y el Tercero Neutral, conforme al Artículo 5.1.

La obligación de participar en la primera discusión deriva del acuerdo de las partes para someter su controversia a las Reglas. Dado que los procedimientos de ADR son amigables y consensuales, cada una de las partes tiene el derecho de dar por terminado el proceso después de la primera discusión prevista en el Artículo 5.1. La disposición que hace obligatoria dicha discusión, está diseñada para asegurar que el ADR tenga la máxima posibilidad de éxito. Efectivamente, antes de la primera discusión con el Tercero Neutral, resulta difícil que las partes puedan evaluar integralmente todo el potencial del proceso de ADR; y parece implícita en esta disposición, la confianza en que el Tercero Neutral sea capaz de motivar a las partes a intentar una solución amigable de su controversia.

3. Notificación escrita, por el Tercero Neutral a las partes, de que el procedimiento convenido durante la primera discusión o con posterioridad, ha sido efectuado en su totalidad.

Esta disposición se refiere al caso en que el proceso de ADR, sin que por ello se considere fallido, no resulta necesariamente en la firma de un convenio de transacción entre las partes. Un ejemplo de esta posibilidad, existiría en aquellos casos en que las partes simplemente han convenido en obtener una opinión del Tercero Neutral, conforme a una evaluación neutral. En estos casos, el proceso de ADR termina con la presentación de dicha opinión y con la notificación escrita de la misma por parte del Tercero Neutral.

4. Notificación escrita por el Tercero Neutral a las partes en el sentido de que, en opinión de aquél, el proceso de ADR no resultará en una resolución amigable de la controversia entre las partes.

Esta disposición permite al Tercero Neutral dar fin al proceso en cualquier tiempo, en caso de que el Tercero Neutral considere que no es posible que las partes lleguen a una solución amigable de su controversia mediante el proceso de ADR.

5. La expiración de cualquier plazo fijado para el proceso de ADR.

Las partes pueden convenir en el contrato original o en un convenio ulterior que el proceso de ADR terminará al finalizar un cierto plazo. Puede ser muy útil limitar la duración del proceso, ya que esto permite a las partes saber con certeza cuándo finalizará el proceso, lo cual estimula su rapidez. Las partes pueden por supuesto prorrogar la fecha límite en caso de que deseen continuar el proceso y, al final del plazo fijado para la realización del mismo, el proceso llega a su fin y el Tercero Neutral debe notificarlo a las partes.

6. Notificación escrita por la ICC, de que los pagos adeudados por una o más de las partes conforme a las Reglas, no fueron efectuados.

Esta disposición puede ser aplicada cuando las partes no cumplen con sus obligaciones conforme al Artículo 4 de las Reglas. La ICC no puede dar por terminado el proceso conforme a esta disposición, sino hasta después de transcurridos quince días después de la fecha de vencimiento del pago en cuestión.

7. Notificación escrita por la ICC, en el sentido de que en su opinión (i) la designación del Tercero Neutral no fue posible o (ii) no fue razonablemente posible nombrar un Tercero Neutral.

Esta disposición puede ser aplicada, por ejemplo, en caso de que las partes objeten continuamente a los Terceros Neutrales nombrados por la ICC.

El Artículo 6.2 también asegura que la ICC, el Tercero Neutral y las partes, sean efectivamente notificados de la terminación del proceso. Dicha disposición establece que el Tercero Neutral debe informar a la ICC cuando el proceso haya finalizado conforme al Artículo 6.1, incisos a) al e). El Tercero Neutral debe también proporcionar a la ICC copia de las notificaciones efectuadas por el conforme al Artículo 6.1, incisos b) al e). Asimismo, es importante notar que cualquier convenio de transacción entre las partes, referido en el Artículo 6.1, inciso a), nunca se comunica a la ICC con el fin de preservar su confidencialidad.

## **Artículo 7**

### **Disposiciones generales**

La confidencialidad es un aspecto importante, si es que no esencial, en los procesos de ADR, ya que permite a las partes participar en los mismos con plena confianza; por ello, el Artículo 7 contiene la regla general de que tanto el proceso mismo de ADR, como los materiales relacionados con el mismo, son confidenciales.

El Artículo 7.1 dispone que los procedimientos de ADR son privados y confidenciales, comenzando con la presentación de la Solicitud de ADR. Únicamente se prevén dos excepciones; conforme a la primera, las partes pueden convenir que todo el proceso o parte del mismo no serán confidenciales y, conforme a la segunda excepción, las partes pueden revelar cualquier elemento determinado del proceso de ADR, de estar obligadas a hacerlo en virtud de alguna ley aplicable.

Cualquier convenio de transacción entre las partes debe también permanecer como confidencial, sujeto a las mismas dos excepciones antes mencionadas. Las partes pueden también revelar el convenio de transacción, en caso de que dicha revelación sea necesaria para su implementación o para hacer posible su ejecución.

El Artículo 7.2, en aplicación de la regla general establecida en el Artículo 7.1, contiene una lista de todo aquello que las partes no pueden producir en relación con un proceso de ADR, como elementos de prueba en cualesquier procedimientos judiciales, arbitrales o similares. Como en el caso del Artículo 7.1 las partes pueden convenir en renunciar a esta obligación de confidencialidad.

Así mismo, las partes no estarán sujetas a esta obligación de confidencialidad, en la medida en que la ley aplicable las obligue a producir uno o más de los elementos amparados por la obligación de confidencialidad. Estas cuestiones, que en todo el mundo dan lugar a debate y a problemas relevantes, habrán de ser superadas en la medida en que disposiciones modelo como aquellas en que actualmente está trabajando UNCITRAL, se incorporen al derecho positivo en los diversos países y sean observadas en la práctica judicial y arbitral.

Los elementos sujetos a la obligación de confidencialidad a que se refiere el Artículo 7.2 antes mencionado, incluyen:

- cualesquier documentos, manifestaciones o comunicaciones que hayan sido sometidos por una de las partes o por el Tercero Neutral en el proceso de ADR, a menos que puedan haber sido obtenidos independientemente por la parte que intente producirlos como prueba en procedimientos judiciales, arbitrales o similares;
- cualesquier puntos de vista o sugerencias, expresados por cualquiera de las partes dentro del proceso de ADR, respecto a la posible transacción de la controversia;
- cualesquier admisiones expresadas por una de las partes dentro del proceso de ADR;
- cualesquier puntos de vista o propuestas presentados por el Tercero Neutral; o
- el hecho de que cualquier parte haya indicado dentro del proceso de ADR, haber estado dispuesta a aceptar una propuesta de transacción.

El Artículo 7.3 dispone que el Tercero Neutral no podrá actuar como juez, árbitro, perito o representante de parte en otros procedimientos relacionados con la controversia sometida al procedimiento de ADR; sin embargo, ese mismo artículo dispone que será totalmente permisible que el Tercero Neutral actúe en cualquiera de los caracteres antes mencionados, en caso de que las partes en el proceso de ADR convengan por escrito en permitirselo. A falta de dicho convenio escrito, prevalece el impedimento del Tercero Neutral.

El Artículo 7.4 prohíbe al Tercero Neutral actuar como testigo en cualesquier otros procedimientos relacionados con la controversia sometida al proceso de ADR, salvo que todas las partes hayan convenido expresamente lo contrario o la ley aplicable lo obligue a hacerlo. Nuevamente, esta disposición está diseñada para asegurar la confidencialidad de todos los procedimientos de ADR.

El Artículo 7.5 excluye la responsabilidad del Tercero Neutral, de la ICC, de su personal y de los Comités Nacionales de la ICC, por cualquier acto u omisión relacionado con el proceso de ADR. Esta disposición es similar a la contenida en el Artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1 de enero de 1998.

## **Análisis de las cláusulas para sometimiento a ADR, sugeridas por la ICC**

Al publicar las Reglas, la ICC proporcionará como anexo a las mismas el texto de cuatro cláusulas alternativas, que podrán ser incluidas por las partes en sus contratos, para someterse a las Reglas. La ICC hace notar al respecto que dichas cláusulas no constituyen cláusulas modelo, sino simplemente sugerencias que pueden ser adaptadas a las necesidades de las partes. Las propias partes y sus respectivos abogados deberán evaluar la exigibilidad de cada una de dichas cláusulas conforme a la ley aplicable al contrato, así como la idoneidad de cada cláusula en función de las circunstancias y necesidades específicas de cada parte.

La primera de dichas cláusulas simplemente dispone la posibilidad, sin obligación alguna para las partes, de someter su controversia a las Reglas. Esta cláusula es por tanto puramente optativa y está diseñada para motivar el sometimiento al ADR ICC y para proporcionar las bases para que, en caso de controversia, una de las partes proponga a la otra el sometimiento de la controversia al ADR ICC.

La segunda cláusula obliga a las partes a considerar el sometimiento de su controversia a las Reglas; sin embargo, a diferencia de la primera cláusula esta segunda no es puramente opcional, ya que requiere que las partes discutan la posibilidad de iniciar el proceso de ADR, independientemente de que las partes se reservan el derecho de no iniciarlo después de haber discutido la posibilidad de emplearlo.

La tercera cláusula obliga a las partes a someter a las Reglas cualquier controversia que surja en relación con el contrato original. Esta cláusula prevé que después del transcurso de 45 días naturales a partir de la presentación de la Solicitud de ADR, las partes dejarán de estar obligadas a continuar el ADR, salvo que expresamente prorroguen dicho plazo mediante acuerdo escrito.

Al respecto, haciéndose eco de lo que parece ser la opinión generalizada de los expertos en la materia, la ICC ha considerado importante establecer un mecanismo que contemple la expiración automática del proceso de ADR en cláusulas de este tipo, ya que ello permite a las partes saber con precisión cuándo dejarán de estar obligadas a continuar el procedimiento. Obviamente, es esencial que las partes apliquen esta cláusula de buena fe.

Esta cláusula no contempla el acceso automático a otro mecanismo de solución de controversias en caso de que el ADR sea incapaz de resolver la controversia de las partes; en cuyo caso éstas quedan en libertad de convenir el sometimiento de su controversia a arbitraje o a ejercitar su acción ante tribunal judicial competente.

La cuarta cláusula es idéntica a la tercera, con la excepción de que en este último caso sí dispone que la controversia será sometida a arbitraje ICC en caso de que no haya sido resuelta en un plazo de 45 días naturales siguientes a la presentación de la Solicitud de ADR, salvo que las partes prorroguen dicho plazo. En este caso, la parte demandante queda en libertad de presentar una demanda de arbitraje ante la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.



## SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, MEDIOS ALTERNATIVOS.

*Por: Lic. Fernando Estavillo Castro*

(Voz preparada para Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, incluida en Diccionario de Derecho Mercantil, Coordinadora Elvia Arcelia Quintana Adriano, 1ª. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2001)

- I. Introducción. Hacia mediados de los 70's, ante la realidad de ciertos litigios difíciles y prolongados, surgieron como respuesta diversos medios de solución de controversias con un común denominador de celeridad, informalidad y flexibilidad, pretendiendo constituir alternativas ventajosas frente al litigio judicial o administrativo y frente al arbitraje, para la solución de controversias en que intervengan particulares. Estos medios tienen su origen y han logrado su mayor auge en los Estados Unidos de América, donde se originó el término "Alternative Dispute Resolution" ("ADR") y Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern atribuyen su popularidad en ese país, así como su creciente aceptación en otros países, a que son un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los medios tradicionales de solución de controversias. Estos medios empiezan a ser conocidos en México como medios alternativos de solución de controversias y en otros países de habla hispana, como Argentina, se les denomina "resolución alternativa de conflictos" ("RAC") o "resolución alternativa de disputas" ("RAD"), que es una traducción literal del término "Alternative Dispute Resolution", de donde provienen las siglas "ADR" con que se les identifica en los países de habla inglesa y que, para los no familiarizados con el tema de solución de controversias, a menudo resultan equívocas frente a los instrumentos de inversión estadounidenses denominados "American Depositary Receipts" y conocidos como "ADR's". A continuación, por brevedad se refieren los medios alternativos de solución de controversias como "MASC". Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern, como otros autores, atribuyen ventajas a los MASC, en materia de flexibilidad, concentración en los conceptos relevantes de la controversia, prescindiendo de cuestiones secundarias, celeridad, costo, probabilidad de evitar un litigio, confidencialidad y preservación de la relación entre las partes. Asimismo, les atribuyen ciertas desventajas, tales como no ser idóneos en diversos casos, como aquellos en que las partes han adoptado posturas adversariales o están en juego cuestiones no negociables; cuando existe el riesgo de que en caso de no prosperar el MASC, la contraparte podría utilizar en litigio, la información, testigos o documentos a que hubiere tenido acceso mediante el MASC; la circunstancia de que, salvo excepciones, la iniciación de un MASC no suspende el plazo para prescripción; la falta de exigibilidad de los acuerdos de negociar; y, eventuales problemas para ejecutar la resolución.
- II. Concepto. Según Brown y Marriott, la "resolución alternativa de controversias" ("alternative dispute resolution" o "ADR"), "... puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución". En contraste con el litigio judicial y con el arbitraje, que constituyen medios heterocompositivos, adversariales, adjudicatorios y obligatorios de solución de las controversias, los MASC constituyen medios autocompositivos, no adversariales, no adjudicatorios y voluntarios de solución de las controversias, que para su plena eficacia presuponen la buena fe de las partes que los emplean, así como su voluntad para llevar a la práctica la solución propuesta o encontrada en virtud del MASC. Algunos de los MASC que a continuación se describen, pueden verdaderamente ser alternativos al grado de que eventualmente, en algunos casos, pueden llegar a sustituir a ciertos medios tradicionales de solución de controversias (cuando el MASC tiene un resultado exitoso); otros, en cambio, podrían ser considerados como complementarios de medios tradicionales de solución de controversias, cuando constituyen un instrumento de apoyo, respecto de cierta cuestión, dentro del procedimiento principal. Asimismo, algunos MASC pueden eventualmente ser obligatorios, como sucede cuando alguna disposición legal obliga a agotarlos previamente al juicio; o pueden ser voluntarios u optativos, cuando queda al arbitrio de las partes agotarlos o no. Las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote el procedimiento de un cierto MASC, previamente al arbitraje o a la intervención judicial; sin embargo, ésto es a todas luces difícil de

llevar a la práctica, pues como bien refieren Redfern y Hunter "... un convenio para negociar, como un convenio para convenir, no es ejecutable... porque carece de la necesaria certidumbre. Una carga de negociar de buena fe es de hecho impracticable, ya que es inherentemente inconsistente con la posición de la parte negociadora". En cualquier caso, por regla general y contrariamente a lo que sucede tratándose de la jurisdicción ordinaria y del arbitraje, el agotamiento de un MASC no conlleva automáticamente su obligatoriedad y, mucho menos, la posibilidad de ejecutarlo. Entre los autores que tratan el tema de los MASC, parece existir consenso en cuanto a que éstos no deben ser entendidos en el sentido de pretender constituir una alternativa sustitutiva del procedimiento "adjudicatorio", sea éste arbitral o judicial; por lo cual, en aquellos casos en que el empleo de un MASC ha sido estipulado en un contrato, éste debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar el medio alternativo de solución de la controversia. Asimismo, en la doctrina internacional sobre el tema se advierte cierto escepticismo en cuanto a la viabilidad de que un tribunal judicial niegue la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el MASC estipulado contractualmente; contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, donde por disposición expresa del artículo 1424 del CCo. debe prevalecer la jurisdicción arbitral.

- III. Algunas Especies de MASC. Por su frecuente origen anglosajón, se indica el nombre con que se las conoce en inglés.
1. Conciliación (conciliation). La conciliación es una figura antigua en nuestro derecho, sin embargo, el tipo de conciliación que hasta ahora se practica en México, es distinto del concepto moderno de conciliación que se practica como MASC en materia comercial. Gramaticalmente, el vocablo conciliación significa la "acción y efecto de conciliar"; lo cual, a su vez, significa "componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí", "conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias" y "granjear o ganar los ánimos o la benevolencia". En esta misma obra, se define a la conciliación en primer término como "el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos", independientemente de que la conciliación puede tener lugar como un acto preprocesal y no necesariamente endoprosesal. En el campo de los MASC, en la práctica estadounidense algunos postulantes sostienen que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, contrariamente a lo que [supuestamente] sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas y hacer arreglos para negociaciones formales. Mediación (mediation). Tal y como en el caso de la conciliación, la mediación hasta ahora conocida en México ha sido ajena al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias. Aunque gramaticalmente el vocablo mediación significa "acción y efecto de mediar", lo cual, entre otras acepciones, significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad", desde el punto de vista jurídico el Diccionario Jurídico Mexicano, en sus diversas ediciones sólo llegó a definir la mediación desde el enfoque de mediación en derecho internacional público. De Pina y De Pina Vara definen la mediación en primer término como "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio", mientras el CCo. , en la fracción XIII de su artículo 75, alude implícitamente a la mediación en el sentido de la definición de De Pina, al señalar simplemente que "La Ley reputa actos de comercio... XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles". En derecho estadounidense, en cambio, se enfoca la mediación precisamente como medio de solución de controversias, al explicarla el Black's Law Dictionary como "Un método no obligatorio de solución de controversias que involucra a un tercero neutral, que trata de ayudar a las partes en disputa para alcanzar una solución mutuamente aceptable.- También llamada conciliación". Contrariamente a lo que sucede en el caso de México, en que la conciliación es al menos conocida, aunque tenga otro perfil, mientras la mediación es prácticamente desconocida como medio de solución de controversias, en los Estados Unidos de América la mediación es más conocida y utilizada que la conciliación. Por lo que respecta al método, algunos postulantes estadounidenses afirman que la mediación es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada. Otros postulantes estadounidenses, presentan la mediación como un proceso mediante el cual un tercero neutral asiste a las partes en una controversia, para que resuelvan ésta. En este enfoque, en el que parecen coincidir quienes analizan la mediación, está implícita la importancia de que el tercero, para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las

partes, se abstenga de proponer soluciones. En otros países y particularmente en los Estados Unidos de América, el auge de la mediación y de aquellas instituciones que la promueven y practican, ha sido enorme, como lo ha sido el número de instituciones que se han creado -y se siguen creando- para la práctica de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto domésticos como de derecho internacional privado. Asimismo, instituciones domésticas e internacionales, dedicadas tradicionalmente al arbitraje, han expandido el ámbito de su actividad a la mediación.

3. Distinción entre Conciliación y Mediación. La realidad, es que no existen prácticas consistentes, a nivel internacional, que permitan distinguir las facultades del conciliador de las del mediador, o la práctica o usos que ambos siguen. Desde el punto de vista terminológico, tampoco se advierte preferencia por el término conciliación o el término mediación, si bien en los países que practican el common law se usa el término mediación, mientras que en los de tradición de derecho civil se emplea el término conciliación, y un buen ejemplo de ello es Canadá, que cuenta con ambas tradiciones jurídicas, lo que da como resultado que, dentro de un mismo país, se emplea el término conciliación en las provincias de tradición francesa y se utiliza el término mediación en las de tradición inglesa. En México, el empleo de los términos conciliación y mediación ha despertado cierto cuestionamiento desde el punto de vista formal, aunque desde el punto de vista material, considerando conceptualmente ambas figuras en función de su contenido, no existe diferencia de fondo entre ambas. Mientras que una corriente argumenta que en México el término mediación es desconocido como medio de solución de controversias, ya que nuestra legislación sólo lo contempla como forma de intermediación comercial, la otra corriente afirma que el término conciliación cuenta con larga tradición como medio de solución de controversias. La discusión terminológica al respecto se considera a la fecha una cuestión irrelevante a nivel internacional y, por lo que respecta a América del Norte, en el Comité Consultivo de Solución de Controversias Internacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que amalgama ambos sistemas, se ha acuñado el término "conciliación/mediación".

3. Mediación/Arbitraje (Med/Arb). En este procedimiento, se supone la existencia de una fase conciliatoria en la cual, de no llegarse a un acuerdo, el mismo mediador se convierte en árbitro y conduce a partir de entonces un procedimiento arbitral. Este método es cuestionado, ya que la opinión que parece prevalecer, es que por regla general y salvo acuerdo expreso entre las partes, el mediador no debe actuar posteriormente como árbitro.

4. Pequeño juicio (mini trial). Este procedimiento consiste en reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las partes, en las que se simula en forma abreviada una especie de juicio en el que se exponen y debaten los argumentos e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensas de las partes, con el objeto de evaluar sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o un procedimiento arbitral. En ocasiones, este MASC puede dar como resultado una rápida y económica solución de la controversia en forma amistosa, que permita a las partes continuar con su vínculo de negocios.

5. Juicio Privado o "rente un juez" (rent a judge). En este procedimiento, considerado por algunos no sin razón como "denominado irreverentemente" y con cierta semejanza con el pequeño juicio, las partes seleccionan un abogado, generalmente un juez retirado, que resuelve la controversia en forma privada, aunque obligatoria, aplicando la ley estatal. Este MASC, previsto en la ley del Estado de California como un procedimiento "referido", en virtud de que el asunto es remitido por el juez del conocimiento a un tercero privado, implica para el "juez privado" facultades similares a las del juez ordinario y la sentencia, que es obligatoria, es apelable ante los tribunales estatales.

6. Arbitraje Derivado (court annexed arbitration). En el caso de este MASC, cualquiera de las partes puede pedir al juez que esté conociendo de un juicio, que el asunto sea derivado o remitido al arbitraje de un abogado que designe el juez del conocimiento; o bien, éste puede referir el asunto a arbitraje, lo cual hace que se considere a este procedimiento, como arbitraje derivado o administrado judicialmente. La resolución que se dicte es apelable ante los tribunales ordinarios y, conforme a ciertas legislaciones, esta forma de arbitraje puede ser obligatoria.

7. Juicio Sumario ante Jurado (summary jury trial). Este procedimiento, cuya creación se atribuye al Juez Thomas Lambros, consiste en la integración de un jurado que oye los argumentos de las partes, generalmente sin recepción de pruebas y sin el examen de testigos, y emite una resolución no obligatoria. Este MASC, que parece gozar de creciente aceptación en los Estados Unidos de América, es útil en casos en que las partes tienen una gran discrepancia sobre el monto de indemnizaciones o cuando no tienen una percepción realista del asunto controvertido y desean someterlo al examen imparcial de un jurado para evaluar sus posiciones, en anticipación a lo que sería un juicio real.

8. Oyente Neutral (neutral listener). En este procedimiento, las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por ellas, a la que cada una de las partes hace llegar su mejor propuesta, que analiza el oyente neutral, para determinar si ambas propuestas están lo bastante cercanas como para celebrar reuniones de negociación. Como se aprecia, este mecanismo tiene algunas semejanzas con la mediación.

9. Determinación por Experto Neutral (neutral expert fact finding). En casos en que las partes tienen discrepancias sobre cuestiones de índole técnica, pueden acordar la intervención de un experto que emita un dictamen que pueda o no ser obligatorio. Este sistema es útil en conflictos sobre secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual y cuestiones técnicas muy especializadas. El papel del experto, se limita al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico, hasta emitir un fallo que, desde luego, no es obligatorio para las partes, salvo que así lo hubieren acordado.

10. Decisión no Obligatoria (non binding ex-parte adjudication of patent disputes or trade secret misappropriation). Este MASC, con evidente semejanza con el mecanismo para "determinación por experto neutral", consiste en un acuerdo mediante el cual las partes confían la resolución sobre su discrepancia en materia de patentes o secretos industriales o comerciales, a un tercero llamado "adjudicador", quien analiza la información proporcionada por las partes y emite una opinión desde el punto de vista estrictamente técnico, para resolver la cuestión objeto de discrepancia en forma no obligatoria.

11. Aaptación de contratos (adaptation of contracts). Este MASC permite adaptar los términos de un contrato original mediante la intervención de un tercero independiente, actualizándolo para hacerlo operativo en circunstancias actuales o para llenar ciertas lagunas contractuales. El acuerdo para implantar este mecanismo, puede existir en el contrato mismo, o puede ser celebrado con posterioridad. Ante diversas circunstancias cambiantes, particularmente en materia económica y tecnológica, este mecanismo es útil en contratos a largo plazo y en aquéllos en que son previsibles cambios drásticos en las circunstancias preexistentes en el momento de la celebración. Considerando que en derecho mexicano la teoría de la imprevisión (cláusula rebus sic stantibus) no es aplicable automáticamente, este MASC puede proveer el mecanismo, con pleno respaldo técnico especializado, para resolver el problema en ciertas circunstancias.

12. Consulta (consultation). Mediante este procedimiento, usual en derecho internacional público, las partes consultan entre sí ante un amago de conflicto o bien al surgir cualquier evento o circunstancia, urgente o relevante que pueda afectar las relaciones entre ellas, para la adopción de las medidas pertinentes. Las partes pueden también convenir en un calendario de consultas periódicas, así como en el objeto habitual o permanente de las mismas, dejando abierta la posibilidad de incluir temas eventuales. Un mecanismo similar, es también aplicable a relaciones privadas. Asimismo, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contempla, en su Capítulo XI (Inversión), diversos procedimientos arbitrales para la solución de controversias en materia de inversión, que impone la obligación de intentar dirimir la controversia por vía de consulta o negociación, antes de acudir al arbitraje.

13. Negociación (negotiation). En ocasiones existe la obligación contractual de emprender negociaciones de buena fe en caso de discrepancia, antes de intentar una vía contenciosa, estipulando un período de "enfriamiento" antes de intentar el litigio. Dado que éste no es susceptible de interrumpir la prescripción, el período de negociación debe ser breve y debe prever el recurso automático al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, después de cierto plazo.

14. Buenos Oficios (good offices). Mediante este procedimiento, también usual en derecho internacional público, ante una controversia entre las partes un tercero ofrece su intervención amistosa para evitar un deterioro de la situación y persuadirlas para que acepten un medio pacífico de solución. Una figura equivalente, en el campo de la solución de controversias privadas, sería la del amigable componedor.

15. Investigación (survey). En virtud de que con frecuencia las controversias se originan en un desacuerdo sobre un hecho determinado, de autenticidad incluso no comprobada, las partes pueden reducir sus desavenencias mediante la aclaración del hecho o en cuestión, encomendando su investigación a un tercero independiente ("surveyor"), que puede ser una persona física, una institución o una comisión. Aún cuando por lo general el resultado de la investigación no es obligatorio para las partes, que pueden o no conformarse con el mismo, con este medio las partes pueden llegar a una valoración objetiva del hecho que ocasiona su discrepancia.

16. Medios Intermedios de Solución de Controversias (Intermediate Dispute Resolution). La doctrina considera ahora por separado estos medios, de popularidad creciente en proyectos de especial envergadura o complejidad y de largo plazo, que consisten en la implementación de procedimientos simultáneos o sucesivos (tales como los medios antes enunciados u otros) para la solución de ciertas controversias incidentales que surjan durante el desarrollo del proyecto y que, por su naturaleza, deben ser resueltas por separado, sin interrumpir el curso del proyecto y sin necesidad de acudir al mecanismo principal de solución de controversias (vgr. arbitraje o tribunales ordinarios). En

tiempos recientes, este tipo complejo de medios ha sido utilizado en proyectos tales como el Eurotúnel Francia/Inglaterra (dos etapas: paneles de expertos/arbitraje); el Proyecto de Arteria/Túnel Central de Boston (cuatro procedimientos "filtro"): (i) preventivo, educación contratistas; (ii) sometimiento de la reclamación a un representante, encargado de investigar y resolver; (iii) revisión de la resolución, por un Consejo de Revisión de Controversias, designado desde celebración del contrato; y (iv) mediación o equivalente); el Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong (sistema mixto, consistente en (i) sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero; (ii) mediación; (iii) adjudicación; y (iv) arbitraje).

III. Transacción. Al concluir un MASC, es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado entre las partes o de la resolución del tercero que condujo el MASC. Cuando el MASC ha sido implementado de manera previa a un procedimiento de arbitraje o como parte de éste, es aconsejable elevar la resolución del MASC a la categoría de laudo transaccional, para hacerla ejecutable al amparo del Título Cuarto del Libro Quinto del CCo. y diversas convenciones internacionales aplicables. Cuando se ha implementado un MASC de manera independiente, es aconsejable la celebración de un convenio de transacción, mediante escritura pública, para darle fuerza de instrumento ejecutivo en los términos del CC y jurisprudencia existente al respecto.

IV. AMIGABLE COMPOSICIÓN, ARBITRAJE, CONCILIACIÓN, CONTRATO DE MEDIACIÓN, MEDIACIÓN, MEDIACION INTERNACIONAL, TRANSACCIÓN.

V. BIBLIOGRAFÍA: Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991; Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*. 2a. ed., Porrúa, México, 1985, t.I; Alvarez Gladys S., Elena I. Highton y Elías Jassan, *Mediación y Justicia*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996; Barajas Montes de Oca Santiago y Ricardo Méndez Silva, "Conciliación", en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1998, t. I; Black's Law Dictionary. 7a. ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1999; Bourton Steven J., "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1995, Vol. 18:637; Brown, Henry J. y Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practice*. 2a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999; Campbell Dennis (General Editor), "Dispute Resolution Methods", en *The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue*, 1994, Center for International Legal Studies. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1994; Connerty Anthony, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1996, vol. 12, No. 1; Craig, W. Laurence, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*. 2a. ed., Oceana Publications, Inc., N. York/ICC Publishing, S.A., Paris, 1990; Díaz Luis Miguel y Nancy A. Oretskin (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*. JurisNet, Yonkers, N.Y., 1999; Estavillo C. Fernando, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 1996, No. 26; Fairén Guillén Víctor, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994; Folberg Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de Conflictos Sin Litigio*. Trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Ascencio, 1a. ed., Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992; Goldberg Stephen B., Frank E. A. Sander y Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*. Little, Brown and Company, Boston, 1992; Gozaíni Osvaldo Alfredo, "Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176; Gozaíni Osvaldo Alfredo, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995; Hunter Martin, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. 2a. ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Holanda, 1999; Lovenheim Peter, *How To Mediate Your Dispute*. Nolo Press, Berkeley, 1996; Marriott Arthur, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must': The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration. 1996, v. 12, No. 1; Milia Fernando A., *El Conflicto Extrajudicial*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997; Monroy Cabra Marco Gerardo, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford University Press-Harla de Colombia, Santafé de Bogotá, 1997; Ovalle Favela José, "Instituciones No Jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, No. 176; Pina Rafael de y Rafael de Pina Vara, "Conciliación" y "Mediación", en *Diccionario de Derecho*. 21a. ed., Porrúa, México, 1995; Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill, 1997; Redfern Alan y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 3a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999; Wilde Zulema D. y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot,



Buenos Aires, 1994; Wilde Zulema D., "Mediación", en Enciclopedia Jurídica Omeba. Driskill, Buenos Aires, 1996, Apéndice VII.

Fernando ESTAVILLO CASTRO

SOLUCIONCONTROVERSIAS,UNAM,2

13 marzo 2000



## MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Por: Lic. Fernando Estavillo Castro\*

(Publicado en JURIDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., No. 26, 1996)

SUMARIO I. Introducción. II. Principales Medios Alternativos de Solución de Controversias. A. Concepto. B. Panorama Mundial. C. Especies de Medios Alternativos de Solución de Controversias. 1. Pequeño juicio o "mini trial". 2. Juicio Privado o "rente un juez". 3. Arbitraje Derivado o "court annexed arbitration". 4. Juicio Sumario ante Jurado o "summary jury trial". 5. Oyente Neutral o "neutral listener". 6. Determinaciones por Experto Neutral o "neutral expert fact finding". 7. Decisión no Obligatoria o "non binding ex-parte adjudication". 8. Adaptación de Contratos o "adaptation of contracts". 9. Consulta o "consultation". 10. Buenos Oficios. 11. Investigación o "survey". 12. Conciliación. 13. Mediación. III. Distinción entre Conciliación y Mediación en México. IV. Transacción. V. Los Medios Alternativos de Solución de Controversias, llevados a la Práctica. 1. Ventajas y Desventajas. 2. Comentarios Adicionales.

A Jaime Álvarez Soberanis, abogado, amigo querido.  
A Armando De Lille Villegas, abogado, querido amigo.  
Siempre presentes, siempre entrañables, siempre cercanos  
y, ahora, dolorosamente más presentes, entrañables y cercanos que nunca.

### I. Introducción

Dentro del antiguo pero siempre renovado campo de las controversias entre los seres humanos, cuya historia exhibe la evolución de diversos esquemas para armonizar intereses opuestos o para resolver los litigios derivados de ellos - siendo quizá los esquemas más comunes el litigio ante órgano jurisdiccional y el arbitraje privado- surgen recientemente otros medios, que pretenden constituir alternativas ventajosas frente al litigio jurisdiccional y frente al arbitraje, para la solución de controversias entre particulares.

Estos medios, son los que en México estamos llamando medios alternativos de solución de controversias y en otros países de habla hispana, como es el caso de Argentina, se les denomina "resolución alternativa de conflictos",<sup>11</sup> que son los medios conocidos en el derecho anglosajón como "Alternative Dispute Resolution" - denominación que, literalmente, en realidad corresponde a la empleada en Argentina- y, generalmente, en países de habla inglesa son identificados sólo por sus siglas -"ADR"- que, para los no familiarizados con el tema de solución de controversias, a menudo resultan equívocas frente a los instrumentos de inversión estadounidenses denominados "American Depositary Receipts" y conocidos como "ADR's". De desear usar siglas en este trabajo por brevedad, podríamos referirnos a los medios alternativos de solución de controversias como "MASC".

El término actual medios alternativos de solución de controversias, bajo su nombre en inglés "Alternative Dispute Resolution" -"ADR"- se originó en los Estados Unidos de América y su popularidad en ese país, así como su creciente aceptación en otros países, se consideran un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los medios tradicionales de solución de controversias.<sup>12</sup>

---

\* Abogado, Universidad Iberoamericana, 1967-1971. Socio de la firma Miranda, Estavillo y Hernández; consejero y miembro de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio; miembro del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; miembro del Consejo Consultivo del Institute for Transnational Arbitration; miembro del Consejo Consultivo del International Mediation Center.

<sup>11</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pag. 11.

<sup>12</sup> Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding, Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. Kluwer

Entre los muy diversos problemas que demandan una solución jurídica y medios eficaces para resolver las controversias, se encuentran:

- (a) las relaciones jurídicas caracterizadas por una complejidad cada vez mayor, derivada de situaciones tales como la intervención de partes de nacionalidades distintas; el papel que desempeñan diversos aspectos tecnológicos dentro del objeto de la relación entre dos más sujetos; la necesidad de tratar con situaciones especialmente dinámicas, como consecuencia de nuevas tecnologías, nuevos campos de actividad y nuevas formas de hacer negocios; la necesidad de responder a ciertas condiciones de urgencia u oportunidad, o de salvaguardar la confidencialidad de cierta información;
- (b) la realidad de órganos jurisdiccionales casi siempre saturados por el número de asuntos pendientes, que por razones de especialización en ocasiones resultan poco idóneos para resolver ciertas controversias, en función de la complejidad o de la naturaleza de la situación jurídica planteada o de las partes que en ella intervienen;
- (c) la necesidad de contar con instrumentos flexibles y creativos, aplicables a la adecuada y oportuna solución de controversias en función de las características de fondo de éstas, de las partes que intervienen, de los valores a tutelar y de los objetivos que se pretenden;
- (d) la necesidad de procedimientos flexibles, que superen problemas inherentes a la jurisdicción ordinaria; de medios e instrumentos capaces de resolver las controversias en forma más creativa e imaginativa, con mayor celeridad y a un costo menor; y,
- (e) la necesidad de instrumentos que permitan a las partes llegar a soluciones funcionales, mutuamente satisfactorias, oportunas, realistas y que hagan factible su pronta implementación, o sea, su ejecución.

En este punto, ha cobrado nueva vigencia la "... controversia entre quienes creen que el derecho debe, esencialmente, seguir y no guiar, y que debe hacerlo con lentitud, en respuesta a un sentimiento social claramente formulado, y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de normas nuevas..."<sup>13</sup>

Situaciones y problemas prácticos como los antes mencionados, han encontrado una respuesta en el campo del Derecho y han llevado a un auge, cada vez más generalizado y creciente, a diversos medios privados de solución de controversias. De manera innegable, el arbitraje privado se muestra, por mucho, como el medio privado de solución de controversias que hasta ahora ha mostrado mayor desarrollo y en torno al cual existen ya un sólido derecho internacional con amplio consenso; una extensa doctrina; una práctica regulada, sistematizada, dotada de usos propios y ampliamente difundida; y, finalmente, una extensa experiencia judicial en torno a la institución del arbitraje, cuya tendencia moderna y civilizada crecientemente contribuye a la autonomía, estabilidad y consolidación de éste, con la seguridad jurídica que ello trae consigo.

Paralelamente, la evolución de los mismos problemas que ya hemos mencionado y el surgimiento de nuevos problemas o la aparición de formas modernas de manifestación de viejos problemas, han generado la necesidad de crear otros medios, o sea medios alternativos, para la solución de las controversias, orientándose el llamado de quienes se ven involucrados en controversias, específicamente hacia la búsqueda de medios no adversariales, algunos de ellos de antigua raigambre, pero adaptados a las formas y necesidades de la vida moderna.

El arbitraje privado mismo, no obstante su acreditada bondad como medio privado de solución de controversias -y en torno al cual como antes se dijo han florecido una profusa práctica, doctrina, derecho internacional, precedentes y aún ciertos usos e instituciones que le son propios- es en ciertos casos cuestionado como el medio más idóneo para resolver algunas controversias, considerando las características específicas de éstas o de las partes que en ellas intervienen.

Los requisitos mínimos a que debe estar sujeto todo procedimiento arbitral, por escasos, flexibles y poco rigoristas que sean; las fases propias de todo procedimiento contencioso heterocompositivo; la frecuente contaminación del procedimiento arbitral con prácticas y formalismos propios del procedimiento judicial; la duración

---

Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1993, pag. 63.

<sup>13</sup> W. Friedmann, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*. Traducción castellana de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pag. 21.

y costo propios del procedimiento contencioso; y, los frecuentes obstáculos procesales para la ejecución del laudo arbitral, después de un largo, costoso y frecuentemente agresivo litigio, inducen a las partes involucradas a buscar formas no adversariales, en las que de manera autocompositiva, es decir de común acuerdo, puedan resolver sus controversias de manera mutuamente satisfactoria o, al menos, aceptable.

En el campo de la deontología jurídica, encontramos el principio del servicio al derecho y a la justicia, conforme al cual, el abogado tiene la función de servir a la justicia por medio del derecho. Como parte de este deber ético, está el de huir de la litigiosidad, entendida ésta como "... la afición a mover pleitos, a llevar a tribunales la solución de todos los casos, a prolongar los litigios innecesariamente."<sup>14</sup> Obviamente, lo que se critica no es en sí el recurso a los tribunales, que por sí mismos constituyen por excelencia el medio jurídico de impartición de justicia, sino esa litigiosidad que "... ignora los auténticos intereses del cliente y de la justicia y hace del derecho un fin en sí mismo cuando no es más que un instrumento para obtener justicia."<sup>15</sup>

Haremos a continuación una breve exposición de los medios alternativos de solución de controversias más conocidos, con algunas consideraciones especiales sobre conciliación y mediación, por ser éstos los dos conceptos más desarrollados doctrinalmente en México.

## II. Principales medios alternativos de solución de controversias

### A. Concepto

La "resolución alternativa de controversias" ("alternative dispute resolution" o "ADR"), respecto a la cual en este trabajo se emplea el concepto medios alternativos de solución de controversias, "... puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución."<sup>16</sup>

Algunos de los medios alternativos de solución de controversias ("MASC") que a continuación se describen, pueden verdaderamente ser alternativos al grado de que eventualmente, en algunos casos, pueden llegar a sustituir, por hacerlos innecesarios, a ciertos medios ortodoxos o al menos ya conocidos y utilizados en la solución de controversias; otros, en cambio, podrían ser considerados como complementarios de medios tradicionales de solución de controversias. Asimismo, algunos "MASC" pueden ser obligatorios, como sucedería en el caso de que alguna disposición legal obligue a agotarlos previamente al juicio; o pueden ser voluntarios u optativos, cuando quede al arbitrio de las partes agotarlos o no. En este último caso, las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote el procedimiento de un cierto "MASC" previamente al arbitraje o a la intervención judicial.

En cualquier caso, por regla general y contrariamente a lo que sucede tratándose de la jurisdicción ordinaria y del arbitraje, el agotamiento de un "MASC" no conlleva automáticamente su obligatoriedad y, mucho menos, la posibilidad de ejecutarlo. Entre los autores que tratan el tema de los medios alternativos de solución de controversias, parece existir consenso en cuanto a que estos medios no deben ser entendidos en el sentido de pretender constituir una alternativa sustitutiva del procedimiento "adjudicatorio", sea éste arbitral o judicial; por lo cual, en aquellos casos en que el empleo de un MASC ha sido estipulado en un contrato, éste debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar el medio alternativo de solución de la controversia.<sup>17</sup> Asimismo, se advierte cierto

---

<sup>14</sup> Miguel Villoro Toranzo, *Deontología Jurídica*. Textos Universitarios, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1987, pag. 181.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Brown y Marriott, *ADR Principles and Practice* (1993), p. 9, cit. por Arthur Marriott, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must": *The 1995 Freshfields Lecture*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996. La traducción es nuestra.

<sup>17</sup> Entre otros autores al respecto, Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The*

escepticismo en cuanto a la viabilidad de que un tribunal judicial negase la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el MASC estipulado contractualmente.

Situaciones como las antes mencionadas, resultan cruciales, pues así como es evidente el efecto catastrófico que tendría el empleo abusivo de un medio alternativo de solución de controversias por una de las partes, sin más objetivo que el de diferir la solución de fondo en perjuicio de su contraparte, para terminar litigando ante la jurisdicción ordinaria y, quizá, enfrentando la pérdida irreparable de derechos o de oportunidades, también es evidente el efecto nocivo que derivaría de un escenario en el que las disposiciones contractuales que obligasen a agotar en forma previa un medio alternativo de solución de controversias fuesen letra muerta, ante órganos jurisdiccionales que pasasen por alto las mismas y diesen entrada a las demandas de quienes acudiesen a ellos en abierta violación a dichos compromisos contractuales.

El daño, en situaciones como las mencionadas, no sólo lo sufrirían las partes involucradas en las mismas, sino que además, como ya ha sucedido en otras jurisdicciones, lo resentirían el país mismo y su comunidad de negocios, en deterioro de su prestigio internacional. Al respecto, es trascendente la tarea que pueden desempeñar y mucho lo que pueden contribuir, el legislador y los órganos jurisdiccionales y, desde luego, los propios contratantes y sus abogados.

Como en el caso del arbitraje, cuya consolidación y desarrollo como medio privado para la solución de controversias dependen en gran medida del respeto y apoyo que le brinden los órganos jurisdiccionales -y gracias a la participación del derecho internacional, a los cambios en la legislación interna y al apoyo de los tribunales ordinarios el arbitraje está progresando en México y el país gana respeto como una sede viable- la viabilidad de los medios alternativos de solución de controversias como instrumentos capaces de evitar litigios y restablecer relaciones armónicas entre partes con intereses opuestos, depende también del respeto a los compromisos de las partes para agotar un MASC y al apoyo de los tribunales ordinarios frente a intentos unilaterales de violar dichos compromisos.

En Inglaterra, por ejemplo, en cierto contrato relativo a obras de construcción del túnel submarino Inglaterra/Francia en el Canal de la Mancha, se estipuló que en caso de controversia ésta se sometería primeramente a un panel de tres peritos, que actuarían como tales y no como árbitros, sin suspender el curso de las obras y, en caso de inconformidad con un dictamen unánime de los peritos, la controversia se resolvería definitivamente conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Al revisar la procedencia del intento de una de las partes, de obtener una medida precautoria ("injunction") de un tribunal inglés en contra de la otra parte, la Cámara de los Lores resolvió (*Channel Tunnel Group Limited v. Balfour Beatty Construction Limited and others* [1993] 2 WLR 262, HL), que los tribunales ingleses tenían la facultad de abstenerse de aplicar las medidas precautorias, por ser éstas violatorias de un convenio entre las partes para resolver sus controversias por un medio distinto del litigio, independientemente de que dicho medio no constituyese arbitraje.<sup>18</sup>

El ejemplo anterior es sobradamente representativo y es evidente el impacto positivo que puede tener, no solo a nivel doméstico sino internacional, de cundir tal ejemplo de sana práctica judicial en forma generalizada, como un instrumento que coadyuve al desarrollo de vías eficaces y eficientes para la solución de controversias a través de medios alternativos a los tradicionalmente empleados por las partes con intereses opuestos.

#### B. Panorama Mundial

Los ejemplos que a continuación se mencionan brevemente, son algunos de los que existen a nivel mundial en materia de medios alternativos de solución de controversias.<sup>19</sup>

---

*Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, cit., pp. 63 y 64.

<sup>18</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996.

<sup>19</sup> Entre otras obras al respecto, Paul Davidson y Luis Perret (editores), *Université D'Ottawa, Commercial Arbitration in the Americas/El Arbitraje Comercial en las Américas*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992; Isaak I. Dore, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1993; Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, cit., pp. 63 y 64; Arthur Marriott, " *Tell it to the judge ... but only if you feel you must': The 1995 Freshfields*

En el ámbito internacional, la UNCITRAL o CNUDMI (United Nations Commission on International Trade Law o "Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional"), adoptó reglas de conciliación desde 1980. La Cámara Internacional de Comercio (ICC o CIC), por su parte, cuenta con un Reglamento de Conciliación Facultativa que, por cierto, hasta ahora ha resultado de muy limitada utilización en la práctica. El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones (International Centre for Settlement of Investment Disputes), conocido por sus siglas ICSID, cuenta también con reglas de procedimiento para la conciliación de controversias en materia de inversiones.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN o NAFTA), contempla en su Capítulo XX, Artículo 2022, el compromiso de los tres países de promover y facilitar "el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio."

Un común denominador en las diversas reglas de conciliación, como las mencionadas anteriormente, es el establecimiento de mecanismos conforme a los cuales las partes con intereses en conflicto pueden intentar una posible solución amistosa antes de someterse a arbitraje o a una solución judicial, sobre la premisa de que, en caso de fallar dicho intento, lo actuado no podrá ser hecho valer en litigio en perjuicio de cualquiera de las partes y, salvo acuerdo expreso de éstas, las personas que hayan intervenido en el procedimiento queden impedidas de fungir como árbitros o como testigos en el mismo asunto.

Los ejemplos de aplicación de diversos MASC son numerosos e ilustrativos de su utilidad práctica. En primer término, destaca el caso antes mencionado del contrato relativo a obras de construcción del túnel submarino Inglaterra/Francia en el Canal de la Mancha.

Otro ejemplo importante,<sup>20</sup> lo constituye el Proyecto de Arteria/Túnel Central de Boston, con un costo superior a 6 billones de dólares y duración superior a 10 años, para involucrar aproximadamente 100 grandes contratos de construcción. Dada la interdependencia de dichos contratos se diseñó un complejo sistema de "MASC", compuesto de cuatro tipos de procedimientos para fungir como "filtros" que evitasen llegar a litigio.

Dicho sistema, consistió de (1) la invitación a los contratistas para unirse participando en un programa educativo respecto de sus objetivos comunes en torno al proyecto, mediante reuniones periódicas, lo cual, sin ser propiamente un MASC, cumplió una finalidad preventiva; (2) la presentación de la reclamación objeto de controversia, a un representante autorizado encargado de estudiarla y tomar una decisión; (3) la designación de un Consejo de Revisión de Controversias cada vez que se adjudicase un contrato, compuesto por tres técnicos como panelistas, para resolver las controversias con un enfoque técnico, distinto al de las audiencias y prácticas propios de los procedimientos contenciosos; y (4) la mediación o mecanismo de ADR equivalente, susceptible de ser aplicado incluso durante las reuniones del Consejo de Revisión de Controversias. Para febrero de 1994, el 90% de las controversias habían sido resueltas mediante dicho sistema.

Algo equiparable se diseñó para el Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong, una de las mayores obras de ingeniería civil en el mundo, en el que se implantó un sistema mixto de solución de controversias consistente en (1) el sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero; (2) mediación; (3)

---

*Lecture*", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996; Jorge Alberto Silva, *Arbitraje Comercial Internacional en México*. Prenzniato Editores, México, 1994; José Luis Siqueiros, *Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Interamericanos de Integración y Libre Comercio*, en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 25, t. II (1995), México, pp. 335-349.

<sup>20</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996, pp. 51-55.

adjudicación; y (4) arbitraje, estipulándose que no se podría instituir acción judicial alguna, sino hasta que fuesen agotadas las fases anteriores.<sup>21</sup>

Para hacer notar la creciente aceptación de los MASC, es importante mencionar que, en los Estados Unidos de América, dos ordenamientos legales fueron promulgados durante la administración del Presidente George Bush, el primero, la Judicial Improvement Act of 1990 (Acta de Mejora Judicial de 1990), promueve y en ocasiones hace obligatorio el empleo de "solución alternativa de controversias" (ADR) por tribunales federales; y el segundo, la Administrative Dispute Resolution Act of 1990 (Acta de Solución de Controversias Administrativas de 1990), promueve la utilización de "ADR" por dependencias federales.<sup>22</sup>

En el campo de las empresas privadas, las industrias de seguros, publicidad y valores de los Estados Unidos de América han adoptado reglas uniformes para el arbitraje de ciertos tipos de controversias y la industria de la publicidad ha formado una entidad auto regulada denominada National Advertising Review Board ("NARB"), para realizar ciertas investigaciones sobre publicidad engañosa o fraudulenta y resolver ciertos asuntos mediante un panel de tipo arbitral, con resoluciones no obligatorias. La industria de valores, mediante la National Association of Security Dealers cuenta con un procedimiento arbitral para resolver controversias entre corredores y clientes y entre corredores.

Ford Motor Company, por su parte, cuenta con un procedimiento de solución de controversias, que incluye un órgano privado de "apelación" (Ford Consumer Appeals Board) para resolver sobre las quejas de sus clientes; y TRW Electronics Corporation -que, como adelante se verá, participó exitosamente en un "pequeño juicio"- implementa ahora un novedoso mecanismo interno para prevención de controversias, con nuevos enfoques para su manejo en caso de surgir éstas.<sup>23</sup>

Finalmente, es digna de mención la política de prevención de controversias promovida por el "Center for Public Resources", de los Estados Unidos de América, consistente en la suscripción de una declaración -no obligatoria- por parte de sus adherentes, en virtud de la cual, en caso de enfrentar situaciones controversiales se comprometen a explorar vías de resolución de las mismas por medios distintos al litigio, tales como la mediación y el pequeño juicio.

#### C. Especies de Medios Alternativos de Solución de Controversias

##### 1. Pequeño juicio o "mini trial".

Este procedimiento consiste en reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las partes, en las que se simula en forma abreviada una especie de juicio en el que se exponen y debaten los argumentos e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensas de las partes, con el objeto de evaluar sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o un procedimiento arbitral. En ocasiones, este MASC puede dar como resultado una rápida y económica solución de la controversia en forma amistosa, que permita a las partes continuar con su vínculo de negocios.

Casos de aplicación de este tipo de MASC, incluyen tales como el llevado a cabo en 1977 -al que se atribuye el origen del "mini trial"- para resolver un complejo problema de infracción de patente entre TRW y Telecredit. Después de más de tres años de diligencias probatorias ("discovery"), mediante las cuales se habían exhibido más de 100,000 documentos y cada parte había gastado más de 500,000 dólares en honorarios, las partes acordaron este procedimiento, que implementaron mediante el intercambio de escritos y una presentación de argumentos por los abogados de cada parte, durante dos días, ante un panel compuesto por un alto ejecutivo de cada empresa, con

---

<sup>21</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996, pp. 51-55.

<sup>22</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "*Alternative Dispute Resolution*". Documento presentado en México, D.F., el 9 de noviembre de 1995, en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados.

<sup>23</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "*Alternative Dispute Resolution*", op. cit.



facultades para transigir, y un tercero neutral designado de común acuerdo. Después de las presentaciones del caso por los abogados, los ejecutivos se reunieron a solas durante media hora; posteriormente siguieron negociando y el asunto se resolvió por transacción en un total de 11 semanas.<sup>24</sup>

Otro caso, frecuentemente citado por diversos autores tanto como ejemplo de "pequeño juicio" o de "juicio privado", como de la virtud de los MASC como medio para lograr soluciones imaginativas que pongan fin a los conflictos, es el de cierta controversia entre Texaco y Borden con una cuantía superior a \$200 millones de dólares, consistente en una reclamación antimonopólica y de incumplimiento de contrato, transigida exitosamente entre ambas partes sin intervención de tercero neutral, mediante un acuerdo de suministro de gas a la segunda, mutuamente satisfactorio.<sup>25</sup> Virtudes semejantes se atribuyen a la solución de ciertas controversias entre IBM y Fujitsu (\$1833 millones de dólares), NASA vs. Spacecom y TRW, y otras.<sup>26</sup>

## 2. Juicio Privado o "rente un juez" (rent a judge).

En este procedimiento, considerado por algunos no sin razón como "denominado irreverentemente"<sup>27</sup> y con cierta semejanza con el pequeño juicio, las partes seleccionan un abogado, generalmente un juez retirado, que resuelve la controversia en forma privada, aunque obligatoria, aplicando la ley estatal. Este MASC, previsto en la ley del Estado de California como un procedimiento "referido", en el que el asunto es remitido por el juez del conocimiento a un tercero privado, implica para el "juez privado" facultades similares a las del juez ordinario y la sentencia, que es obligatoria, es apelable ante los tribunales estatales. Uno de los casos resueltos con la utilización de este MASC, fue cierta controversia entre Johnny Carson y la cadena NBC.<sup>28</sup>

## 3. Arbitraje Derivado o "court annexed arbitration".

En el caso de este MASC, cualquiera de las partes puede pedir al juez que esté conociendo de un juicio, que el asunto sea derivado o remitido al arbitraje de un abogado que designe el juez del conocimiento; o bien, éste puede referir el asunto a arbitraje, lo cual hace que se considere a este procedimiento, como arbitraje derivado o administrado judicialmente. La resolución que se dicte es apelable ante los tribunales ordinarios y, conforme a ciertas legislaciones, esta forma de arbitraje puede ser obligatoria.<sup>29</sup>

## 4. Juicio Sumario ante Jurado o "summary jury trial".

Este procedimiento, cuya creación se atribuye al Juez Thomas Lambros, quien a lo largo de 5 años lo empleó en 200 casos, en los que solamente se llegó a litigio en 7 ocasiones, consiste en la integración de un jurado que oye los argumentos de las partes, generalmente sin recepción de pruebas y sin el examen de testigos, y emite un veredicto no obligatorio, aún cuando al ser designados, los miembros del jurado ignoran que así será. Este MASC, que según información de que se dispone muestra creciente aceptación, es útil en casos en que las partes tienen una gran discrepancia sobre el monto de indemnizaciones o cuando no tienen una percepción realista del asunto controvertido, y desean someterlo al examen imparcial de un jurado para evaluar sus posiciones, en anticipación a lo que sería un juicio real.

---

<sup>24</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "Alternative Dispute Resolution", cit.

<sup>25</sup> Ibidem y, además, Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, antes citada, pag. 73.

<sup>26</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, op. cit.

<sup>27</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996, pag. 51.

<sup>28</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, op. cit.

<sup>29</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*, cit., pag. 16.

El caso más conocido resuelto bajo este procedimiento, es el de una reclamación de los propietarios de una planta nuclear contra General Electric, por \$360 millones de dólares de indemnización por daños ("compensatory damages"<sup>30</sup>) y más de \$1 billón de dólares por daños punitivos ("punitive damages"<sup>31</sup>). En dos semanas, el jurado absolvió a General Electric por todas las reclamaciones, y la parte actora convino en transigir el caso por "sólo" 78.3 millones de dólares.<sup>32</sup>

5. Oyente Neutral (neutral listener).

En este procedimiento, las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por ellas, a la que cada una de las partes hace llegar su mejor propuesta, que analiza el oyente neutral, para determinar si ambas propuestas están lo bastante cercanas como para celebrar reuniones de negociación. Como se verá adelante, este mecanismo tiene algunas semejanzas con la mediación.<sup>33</sup>

6. Determinaciones por Experto Neutral o "neutral expert fact finding".

En casos en que las partes tienen discrepancias sobre cuestiones de índole técnica, pueden acordar la intervención de un experto que emita un dictamen que pueda o no ser obligatorio. Este sistema es útil en conflictos sobre secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual y cuestiones técnicas muy especializadas. El papel del experto, se limita al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico, hasta emitir un fallo que, desde luego, no es obligatorio para las partes, salvo que así lo hubieren acordado.<sup>34</sup> La Cámara Internacional de Comercio cuenta con un Centro Internacional de Peritaje Técnico, para prestar servicios en esta materia.<sup>35</sup>

7. Decisión no Obligatoria o "non binding ex-parte adjudication of patent disputes or trade secret misappropriation".

Este MASC, con evidente semejanza con el mecanismo para "determinación por experto neutral", consiste en un acuerdo mediante el cual las partes confían la resolución sobre su discrepancia en materia de patentes o secretos industriales o comerciales, a un tercero llamado "adjudicador", quien analiza la información proporcionada por las partes y emite una opinión desde el punto de vista estrictamente técnico, para resolver la cuestión objeto de discrepancia en forma no obligatoria.<sup>36</sup>

8. Adaptación de contratos (adaptation of contracts).

---

<sup>30</sup> Este tipo de daños, consiste en la indemnización que, como su nombre lo indica, se paga a quien sufrió el daño para *compensarlo* por ello.

<sup>31</sup> Este tipo de daños, conocidos literalmente como "*daños ejemplares*" o "*daños punitivos*", suele representar una cantidad sustancialmente mayor a la pérdida o daño sufrido por la víctima y tiene como finalidad castigar una conducta especialmente maliciosa o deliberadamente negativa por parte del ofensor.

<sup>32</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, op. cit.

<sup>33</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, op. cit., pag. 17.

<sup>34</sup> cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, op. cit., pag. 17; y Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, op. cit., pag. 66.

<sup>35</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, "*Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias*". Documento presentado en México, D.F., el 9 de noviembre de 1995, en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados.

<sup>36</sup> cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, op. cit., pag. 18.

Ante las circunstancias cambiantes de la vida moderna, particularmente en materia económica, este mecanismo es útil en contratos a largo plazo y en aquéllos en que son previsibles cambios drásticos en las circunstancias prevalecientes en el momento de la celebración. Este MASC permite adaptar los términos de un contrato original mediante la intervención de un tercero independiente, actualizándolo para hacerlo operativo en circunstancias actuales o para llenar ciertas lagunas contractuales.

El acuerdo para implantar este mecanismo, puede existir en el contrato mismo, o puede ser celebrado con posterioridad. Considerando que en derecho mexicano la teoría de la imprevisión (cláusula rebus sic stantibus) no es aplicable automáticamente, este MASC puede proveer el mecanismo, con pleno respaldo técnico especializado, para resolver el problema. La Cámara Internacional de Comercio ha desarrollado ciertos procedimientos para prestar el servicio de adaptación de contratos.<sup>37</sup>

9. Consulta (consultation).

Mediante este procedimiento, usual en el campo del derecho internacional público, las partes consultan entre sí ante un amago de conflicto o bien al surgir cualquier evento o circunstancia, urgente o relevante que pueda afectar las relaciones entre ellas, para la adopción de las medidas pertinentes. Las partes pueden también convenir en un calendario de consultas periódicas, así como en el objeto habitual o permanente de las mismas, dejando abierta la posibilidad de incluir temas eventuales. Un mecanismo similar, es también aplicable a relaciones privadas.<sup>38</sup>

10. Buenos Oficios.

Mediante este procedimiento, también usual en el campo del derecho internacional público, ante una controversia entre las partes un tercero ofrece su intervención amistosa para evitar un deterioro de la situación y persuadirlas para que acepten un medio pacífico de solución. Ejemplos de esta figura, se incluyen en la Primera Convención de La Haya de 29 de julio de 1899,<sup>39</sup> en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945<sup>40</sup> y, en el ámbito americano, en el Tratado de Arbitraje Obligatorio, de 29 de enero de 1902,<sup>41</sup> en el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, de 23 de diciembre de 1936<sup>42</sup> y en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948.<sup>43</sup>

11. Investigación (survey).

En virtud de que con frecuencia las controversias se originan en un desacuerdo sobre un hecho determinado, de autenticidad incluso no comprobada, las partes pueden reducir sus desavenencias mediante la aclaración del hecho en cuestión, encomendando su investigación a un tercero independiente ("surveyor"), que puede ser una persona física, una institución o una comisión. Aún cuando por lo general el resultado de la investigación no es obligatorio para las partes, que pueden o no conformarse con el mismo, con este medio, las partes pueden llegar a una valoración objetiva del hecho que ocasione su discrepancia.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, "*Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias*", cit.

<sup>38</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, op. cit.

<sup>39</sup> México se adhirió el 17 de abril de 1901.

<sup>40</sup> México se adhirió el 7 de noviembre de 1945.

<sup>41</sup> México se adhirió el 18 de abril de 1903.

<sup>42</sup> Ratificado por México el 23 de diciembre de 1937.

<sup>43</sup> Ratificado por México el 23 de noviembre de 1948.

<sup>44</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, op. cit.

## 12. Conciliación.

La conciliación es una figura antigua -y ya con larga existencia aunque no necesariamente con gran relevancia en nuestro derecho- cuyos antecedentes históricos no comentaremos en detalle por limitaciones de espacio. Sólo mencionaremos que la conciliación fue una institución reconocida en la antigua Grecia y en Roma, que recibió un nuevo impulso con el advenimiento del cristianismo. Por lo que respecta a España, se discute si la conciliación tuvo o no su origen en el Fuero Juzgo y aparece en las Siete Partidas mediante la institución de los amigables componedores, consolidándose en Francia y España en los siglos XVIII y XIX, hasta hacerse obligatorio intentarla como requisito previo a un juicio declarativo.

La figura de la conciliación se introdujo en forma permanente en España -y con ello en México- como requisito previo para entablar cualquier juicio, por la Constitución de Cádiz, de 1812; y posteriormente en México, la Ley para el arreglo de los procedimientos judiciales ante los tribunales y juzgados de Distrito y Territorios, de 4 de mayo de 1857, incluyó un juicio verbal con la obligación (Art. 10) de exhortar a las partes a una "composición amigable" y, además (Art. 26) estableció una instancia de conciliación obligatoria, al disponer que ninguna demanda, fuese civil o criminal sobre injurias puramente personales, sería admitida sin que se acreditase haberse intentado antes el medio de conciliación; lo cual, tenía algunas excepciones, reguladas en los tres artículos siguientes.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932, actualmente en vigor, al regular la justicia de paz obliga al juez (Art. 20, fracción VI<sup>45</sup>) a exhortar a las partes, antes de pronunciar el fallo, a una "composición amigable"<sup>46</sup>; y en 1986, se reforma dicho Código siguiendo modelos extranjeros, para introducir (Art. 272-A<sup>47</sup>) una "audiencia previa y de conciliación" que no ha dado resultado en la práctica.

Como se verá a continuación, no obstante no ser nueva en México, el tipo de conciliación que hasta ahora se conoce y practica en el país, tiene una naturaleza distinta y es ajeno al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias que hemos venido comentando.

Gramaticalmente,<sup>48</sup> el vocablo conciliación significa la "acción y efecto de conciliar"; lo cual, a su vez, significa "componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí", "conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias" y "granjear o ganar los ánimos o la benevolencia".

Jurídicamente, en el Diccionario Jurídico Mexicano<sup>49</sup> se define la conciliación como "... el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso"; y, además, se dice que "... es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deberá regular sus relaciones jurídicas".

Otro acercamiento al tema por Rodolfo A. Nápoli, autor argentino,<sup>50</sup> señala que la conciliación "... puede ser intentada por espontanea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las

---

<sup>45</sup> Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996.

<sup>46</sup> Término que Alcalá-Zamora considera *inadecuado nombre*, por ser "propenso a ser confundido con la *amigable composición*, o sea el arbitraje de equidad". (Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*. Porrúa, México, 2a. ed., 1985, t. I, pag. 453.).

<sup>47</sup> Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996.

<sup>48</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, pag. 374.

<sup>49</sup> Santiago Barajas Montes de Oca y Ricardo Méndez Silva, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1987, 2a. ed., t. I, pp. 568-572.

<sup>50</sup> Rodolfo A. Nápoli, "Conciliación y Arbitraje", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, t. III, 1992, pp. 592-595.

diferencias no hace otra cosa que ponerlos en presencia para que antes de que accionen busquen la coincidencia" y, al respecto, el mismo autor señala<sup>51</sup> que "... ese tercero puede ser un particular o un funcionario; en este último caso forma parte del mecanismo procesal y lleva la impronta del Estado, que tiene un interés permanente en lograr la paz social" y agrega que, "... si la conciliación ha dado resultado, el arbitraje no tiene razón de ser. Pero si la conciliación falla, no quedan sino dos caminos: dejar que los acontecimientos se precipiten o recurrir al arbitraje, es decir, que por un camino se impone en el hecho el más fuerte y por el otro camino, que es el del derecho, se impone el más justo."

En derecho estadounidense, se explica la conciliación<sup>52</sup> como "... el ajuste y finiquito de una disputa de una manera amigable y no antagonística. Utilizada en juzgados antes de la instrucción de la causa, con miras a evitar ésta; y, en disputas laborales, antes del arbitraje."

También en la práctica estadounidense, algunos postulantes sostienen que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, contrariamente a lo que [supuestamente] sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas y hacer arreglos para negociaciones formales.<sup>53</sup>

Según De Pina y De Pina Vara,<sup>54</sup> la conciliación es un "... acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo)." En sentido semejante se pronuncia Couture,<sup>55</sup> al definir la conciliación como "acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual."

Hablando de la conciliación, Eduardo Pallares señala<sup>56</sup> que "... importa señalar la diferencia que la distingue de la transacción. Para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio. Tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesidad de intervención jurisdiccional del conciliador."

Como se advierte con la lectura de lo anterior, Pallares parece estar considerando a la conciliación como el género y a la transacción como la especie, ya que si bien ambas resultan aplicables a la solución de controversias tanto presentes como futuras, por voluntad de las partes, sólo en la transacción aparecería como indispensable el elemento de que hubiese "sacrificios recíprocos de las dos partes".

---

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Black's Law Dictionary, West Publishing, St. Paul, Minn., 5a. ed., 1979, pag. 262. La traducción es nuestra.

<sup>53</sup> Linda C. Reif, "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes", según cita de Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, en su artículo "*Alternative Dispute Resolution*", antes citado.

<sup>54</sup> Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, vigesimoprimer ed., 1995, pag. 178.

<sup>55</sup> Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 5a. reimpresión, 1993, pag. 159.

<sup>56</sup> Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Porrúa, México, 5a. ed., 1966, pp. 154-155. La utilización de negrilla es nuestra.

Siguiendo la terminología de Carnelutti, Alcalá-Zamora<sup>57</sup> se refiere al proceso, la autocomposición y la autodefensa como "las tres posibles desembocaduras del litigio" y clasifica la conciliación como un medio autocompositivo, sosteniendo que "... la autocomposición, tenga lugar antes o después de surgido el proceso, parece a primera vista, si no la mejor de las tres [proceso, autocomposición y autodefensa], sí una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo ..."

En su Derecho Procesal Mexicano, Alcalá-Zamora<sup>58</sup> ubica la conciliación -si bien sin definirla- dentro de un capítulo que tituló "solución de litigios por órganos no judiciales ni arbitrales en el derecho mexicano"<sup>59</sup> y, después de afirmar que "... la autocomposición constituye, desde luego, el más característico de los 'modos no jurisdiccionales' [...] de solución de los litigios",<sup>60</sup> fiel al criterio expresado desde 1947 en su célebre "Proceso, Autocomposición y Autodefensa", señala a la conciliación como medio autocompositivo.

En esta nueva obra,<sup>61</sup> Alcalá-Zamora se refiere a la conciliación como a una de las "... figuras que se parecen, confunden o entrecruzan con las genuinas figuras autocompositivas, o sea... [desistimiento, allanamiento y transacción]... [y] ... la semejanza obedece a que son también actos de parte y a que repercuten sobre el destino y término del proceso en que se producen o con el que entroncan".<sup>62</sup>

Es también interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora<sup>63</sup> de que la conciliación "... no es una forma distinta de autocomposición y sí únicamente un medio especial predispuesto para intentar lograrla, ya sea en virtud de desistimiento del atacante, de allanamiento del atacado o de transacción entre ambos..."

Fairén Guillén<sup>64</sup> considera que "... ontológicamente [la conciliación] constituye un acto (o serie de actos) de autocomposición de conflictos o de heterocomposición de los mismos. De autocomposición, si en ella no intervienen sino los interesados, que podrían llamarse conciliandos; ... De heterocomposición, si interviniera una tercera persona -en muchas ocasiones, aparece el mediador-, sea para ayudar a conjugar y acordar voluntades, sea para garantizar con su presencia, el acto, bien para su protocolización, bien para su puesta en práctica -ejecución."

No compartimos la opinión del maestro Fairén Guillén en el sentido de que la conciliación pueda constituir un acto de heterocomposición por el hecho de que intervenga una tercera persona -que según él mismo pudiera ser el propio mediador- ya que la intervención del tercero, sin impartir jurisdicción -con el simple carácter de facilitador, protocolizador o ulterior ejecutor, que le atribuye el propio Fairén Guillén- no privaría a la conciliación, producto de la sola voluntad de las partes con intereses opuestos, del carácter autocompositivo de la solución de su controversia, ya

---

<sup>57</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 3a. ed., 1991, pag. 13.

<sup>58</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit., pp. 430 et seq.

<sup>59</sup> En realidad, según refiere el propio Alcalá Zamora (idem, pag. 430), este capítulo constituye una ponencia publicada por él en el "volumen *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970) -México, 1971-, pp. 159-95".

<sup>60</sup> Idem, pp. 447 y 448 .

<sup>61</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit.

<sup>62</sup> Idem, p. 452.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Víctor Fairén Guillén, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1a. ed., 1994, pp. 859 y 860 .



que aún en los casos en que el juez mismo llega a tener intervención, "pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdicente",<sup>65</sup> la conciliación sigue teniendo un carácter autocompositivo.

Alcalá-Zamora<sup>66</sup> y Fairén Guillén<sup>67</sup> hacen referencia a las diversas modalidades que puede adoptar la autocomposición, tales como: unilateral, cuando deriva de la voluntad de una sola de las partes, como es el caso del allanamiento y del desistimiento; bilateral, cuando interviene la voluntad de ambos contendientes, como en el caso de la transacción; pre-procesal, cuando se efectúa con anterioridad al juicio; endo-procesal, cuando se efectúa dentro del juicio; y post-procesal, cuando se efectúa después de concluido el juicio; onerosa, cuando implica concesiones o sacrificios recíprocos, como es el caso de la transacción; altruista, cuando implica una renuncia o reconocimiento a favor del adversario, como en el allanamiento y en el desistimiento; autónoma, cuando únicamente intervienen las partes contendientes; con intervención de tercero, que puede ser un juez, autoridad, institución o particular; en cuyo caso, se considera pública cuando el tercero que interviene es un juez o autoridad o, privada, cuando el tercero es un particular o una institución privada; y, finalmente, la autocomposición privada puede ser ad hoc cuando quien interviene es un tercero independiente que se registrará por normas individualizadas aplicables exclusivamente al caso, o institucional, cuando quien interviene es una institución privada especializada, cuyas normas registrarán el procedimiento autocompositivo.

Los criterios de clasificación doctrinal antes expuestos, son también aplicables a la mediación y a la transacción, que más adelante se tratan. Por otra parte, si se quisiese analizar la conciliación desde la óptica de los modernos medios alternativos de solución de controversias, cabría hacerlo desde la óptica de la mediación, aplicándole además los comentarios que se formulan en el capítulo V de este trabajo.

Sin pretensiones de generalizar, nos parece que los ejemplos clásicos de conciliación conocidos en México, desde el punto de vista doctrinal y atendiendo a las diversas modalidades autocompositivas, se podrían clasificar como bilaterales, pre-procesales o endo-procesales, onerosos, con intervención de tercero, públicos e institucionales, como se aprecia de los ejemplos de conciliación que abajo se mencionan.

- juicios laborales, artículos 873, 875, 876 de la Ley Federal del Trabajo;
- conflictos colectivos laborales de naturaleza económica, artículo 901 de la Ley Federal del Trabajo;
- procedimientos de huelga, artículos 926 y 927 de la Ley Federal del Trabajo;
- juicio ordinario civil, artículo 272-A del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
- divorcio por mutuo consentimiento, artículos 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;
- controversias entre consumidores y proveedores, artículo 111 de la Ley Federal de Protección al Consumidor;
- conflictos entre casas de bolsa y corredores y clientes, artículo 87 de la Ley del Mercado de Valores;
- conflictos relacionados con comercio exterior y su financiamiento, artículo 34 del Reglamento Orgánico del Banco Nacional de Comercio Exterior;
- conflictos autorales, artículo 133 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

En el campo de los medios alternativos de solución de controversias a nivel internacional, existen diversas instituciones -particularmente aquellas dedicadas al arbitraje- que contemplan y manejan instancias conciliatorias previas o complementarias del arbitraje. Entre otros casos, está el Reglamento de Conciliación Facultativa -instancia optativa, previa al arbitraje- de la Cámara Internacional de Comercio.

### 13. Mediación.

Como se verá a continuación, tal y como sucedió en el caso de la conciliación, la mediación hasta ahora conocida en México ha sido ajena al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias que

---

<sup>65</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pp. 73 y 74. La adición de cursiva en la cita en el cuerpo del escrito, es nuestra.

<sup>66</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pp. 78 et seq.; y *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit., pp. 430-461.

<sup>67</sup> Víctor Fairén Guillén, op. cit., pp. 860 et seq.

hemos venido comentando y, prueba de ello, es que aunque gramaticalmente<sup>68</sup> el vocablo mediación significa "acción y efecto de mediar", lo cual, entre otras acepciones, significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad", desde el punto de vista jurídico el Diccionario Jurídico Mexicano<sup>69</sup> - para nuestra sorpresa y como sucede con la Enciclopedia Jurídica Omeba- sólo define la mediación desde el enfoque de mediación en derecho internacional público, describiéndola como "... uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo."

De Pina y De Pina Vara -quienes también analizan la mediación desde el punto de vista del derecho internacional público, como segunda acepción- la definen en primer término como "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio."<sup>70</sup>

El Código de Comercio, en la fracción XIII de su artículo 75, alude implícitamente a la mediación en el sentido de la definición de De Pina, al señalar simplemente que "La Ley reputa actos de comercio... XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles" y, en sentido análogo se le encuentra, en forma ocasional y siempre breve, en la doctrina mercantil mexicana, equiparando la mediación mercantil a la correduría, como se advierte en autores como Mantilla Molina<sup>71</sup> Rodríguez y Rodríguez.<sup>72</sup> Y un ejemplo más, en derecho positivo, habría sido posible encontrarlo en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, cuyo artículo 7, después de referirse a la comisión mercantil, se refería a la "mediación mercantil" definiéndola como "la actividad que desarrolla el mediador para relacionar a los contratantes".

En derecho estadounidense, en cambio, se enfoca la mediación precisamente como medio de solución de controversias, al explicarla como "Intervención; interposición; el acto de una tercera persona en intermediar entre dos partes contendientes con miras a persuadirlas de ajustar o transigir su disputa. Transacción de una disputa por la acción de un intermediario (parte neutral). Ver también Arbitraje; Conciliación."<sup>73</sup>

Contrariamente a lo que sucede en el caso de México, en que la conciliación es al menos conocida, aunque tenga otro perfil, mientras la mediación es prácticamente desconocida como medio de solución de controversias, en los Estados Unidos de América la mediación es más conocida y utilizada que la conciliación.

Algunos postulantes estadounidenses afirman que la mediación es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.<sup>74</sup> Otros postulantes estadounidenses, presentan la mediación como un proceso mediante el cual un

---

<sup>68</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, vigésimo primera ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 951 y 952.

<sup>69</sup> Ricardo Méndez Silva, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1988, 2a. ed., t. III, pp. 2089 y 2090.

<sup>70</sup> Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, vigesimoprimera ed., 1995, pag. 369 .

<sup>71</sup> Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 10a. ed., 1968, pp. 68, 149 y 150.

<sup>72</sup> Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 10a. ed., 1972, t. I, pag. 42; y t. II, pp. 41-46.

<sup>73</sup> *Black's Law Dictionary*, West Publishing, St. Paul, Minn., 5a. ed., 1979, pag. 885. La traducción es nuestra.

<sup>74</sup> Michael F. Hoellering, "World Trade to Arbitrate or Mediate -- That Is the Question", según cita de Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, en su trabajo *Alternative Dispute Resolution*, antes citado.

tercero neutral asiste a las partes en una controversia, para que resuelvan ésta.<sup>75</sup> En este enfoque, en el que parecen coincidir quienes analizan la mediación, está implícita la importancia de que el tercero, para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las partes, se abstenga de proponer soluciones.

En otros países y particularmente en los Estados Unidos de América, el auge de la mediación y de aquellas instituciones que la promueven y practican, ha sido enorme, como lo ha sido el número de instituciones que se han creado -y se siguen creando- para la práctica de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto domésticos como de derecho internacional privado. Asimismo, instituciones domésticas e internacionales, dedicadas tradicionalmente al arbitraje, han expandido el ámbito de su actividad a la mediación. Como ejemplos, se pueden mencionar el International Mediation Center, con sede en Dallas, Texas, en el que participan nacionales de Canadá, Estados Unidos de América y México; NAFTA Arbitration & Mediation (NAFTARB) de Tucson, Arizona, dirigida a los tres países del "NAFTA", que ofrece arbitraje, mediación y otros MASC; y la American Arbitration Association (AAA) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual/OMPI (World Intellectual Property Organization/WIPO), que por ser ampliamente conocidas no requieren de mayor presentación.

Al hacer referencia a la práctica de la mediación en otros países, no podríamos dejar de mencionar el caso de Argentina, que al estar preparando el trabajo que en otro lugar citamos llamó nuestra atención con motivo del libro sobre el tema publicado por Wilde y Gaibrois,<sup>76</sup> ya que constituye toda una innovación en la materia, cuya evolución seguramente será observada con interés.<sup>77</sup>

El primer paso, en Argentina, fue la publicación del Decreto 1480/92, de 19 de agosto de 1992,<sup>78</sup> publicado en el Boletín Oficial Nro. 27.456, de 24 de agosto de 1992, que declaró de interés nacional la institución de la mediación "como método no adversarial de solución de conflictos". Dicho Decreto, encomendó al Ministerio de Justicia "la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario, para la puesta en marcha de dicha institución", señalando como lineamientos (a) procedimiento voluntario para las partes; (b) procedimiento informal; (c) plazos prorrogables a juicio de las partes; (d) comparecencia personal de las partes a actos de procedimiento de mediación; (e) actuaciones confidenciales, aún para los jueces de la causa; (f) actividad de los mediadores, a desarrollar respecto de conflictos judiciales y extrajudiciales; (g) papel del mediador, proponer soluciones a las partes; (h) cuestiones penales, excluidas; (i) acuerdos obtenidos, respetarán limitaciones que establezca ley de fondo.

Además, se creó un Cuerpo de Mediadores; se creó una Comisión "ad honorem" para formular el proyecto de Ley Nacional de Mediación; y, se facultó al Ministerio de Justicia para solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la designación de tribunales en los que se llevase a cabo la experiencia piloto de mediación. Con la disidencia del Ministro Dr. Carlos Santiago Fayt, la Corte Suprema de la Nación [de Argentina] expidió la Resolución No. 62/94, de 11 de febrero de 1994, mediante la cual declara "de interés la experiencia piloto de creación de un Centro Judicial de Mediación."<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Sidney Stahl, "An Introduction to Mediation/Conciliation". Documento presentado en México, D.F., el 6 de septiembre de 1996, a los miembros del Consejo Directivo y del Consejo Consultivo del International Mediation Center.

<sup>76</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994. (El Dr. Gaibrois fue designado miembro de la Comisión creada mediante el decreto 1480/92, para formular el proyecto de Ley Nacional de Mediación).

<sup>77</sup> Al respecto, agradecemos la legislación y material complementario que bondadosamente nos proporcionó en mayo de 1996 el maestro José Luis Siqueiros, amigo siempre generoso, para participar con el tema de MASC -incluido por primera vez- en el cuarto diplomado sobre arbitraje comercial internacional, impartido bajo los auspicios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio y la Escuela Libre de Derecho.

<sup>78</sup> Cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, op. cit., pp. 109-116, en la cual se transcribe dicho decreto.

<sup>79</sup> Cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, op. cit., pp. 117-119.

Posteriormente se publicó la Ley de Mediación y Conciliación, No. 24.573, aprobada el 4 de octubre de 1995, conforme a la cual: (a) se instituye, con carácter obligatorio, la mediación previa a todo juicio; (b) el plazo para el procedimiento de mediación, será de 60 días; (c) el mediador queda dotado de amplias facultades, incluyendo la de convocar a audiencias (d) habiendo comparecido personalmente y con intervención del mediador, las partes pueden dar por terminada la mediación; (e) las actuaciones serán confidenciales; (f) el mediador, facultado para sesionar con las partes conjuntamente o por separado; (g) las partes deberán asistir personalmente, y la asistencia de abogados será obligatoria; (h) se crea el Registro de Mediadores y, para ser mediador, se requerirá título de abogado y cierta capacitación especial; (i) la mediación suspende el plazo de la prescripción; (j) se reforma el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a consecuencia de lo cual, la etapa de mediación será obligatoria por plazo de 5 años; el juez deberá invitar a las partes a una conciliación; el juez y las partes, podrán proponer fórmulas conciliatorias.

El Decreto 1021/95, publicado en el Boletín Oficial de 29 de diciembre de 1995, reglamenta la citada Ley de Mediación y Conciliación.

Aún cuando existen ejemplos de la práctica de la mediación en otros países, que por razones de espacio no podemos reseñar aquí,<sup>80</sup> son diferentes y es evidente que difícilmente se podrían encontrar ejemplos de novedad normativa, de importancia de asuntos, de trascendencia práctica o de utilización de nuevos esquemas de procedimiento, como los que muestran Argentina y los Estados Unidos de América y brevemente hemos reseñado.

### **III. Distinción entre conciliación y mediación en México**

El empleo de los términos conciliación y mediación, ha despertado inquietud en México desde el punto de vista formal, aunque desde el punto de vista material -considerando conceptualmente ambas figuras en función de su contenido y de lo que ofrecen a sus usuarios, así como cuestionándolas frente a las definiciones de ambas y analizándolas a la luz de lo que exponen al respecto los diversos autores- no parece existir diferencia de fondo entre ambas figuras.

Por una parte, algunos abogados argumentan que en México el término mediación es desconocido jurídicamente como medio de solución de controversias, ya que nuestra legislación sólo lo contempla como forma de intermediación comercial -como anteriormente se mencionó- mientras que el término conciliación es de antiguo cuño y cuenta con larga tradición de utilización como medio de solución de controversias.

Por otra parte, también hay abogados que argumentan que, si bien en México la figura de la conciliación cuenta con tradición y práctica como medio de solución de controversias, hasta ahora no se le utiliza en forma privada y sólo se le aplica con la intervención de la autoridad gubernamental en controversias laborales y de protección al consumidor -y escasamente en otras distintas, con menor o cuestionable eficacia- y es totalmente ajena al novedoso sistema de medios alternativos de solución de controversias comerciales. Tratándose de la mediación, si bien hasta ahora ésta no es utilizada en México como medio privado de solución de controversias, es claro que empieza a ser conocida precisamente como tal y, por tanto, si se empieza a acreditar y a ganar aceptación como una figura nueva, nada obsta para que también en México se identifique este medio privado de solución controversias como mediación, que es el nombre con que se le conoce mundialmente y empieza a volverse unívoco.

Nos inclinamos por la segunda postura, por parecernos más acorde con el desarrollo actual de medios modernos, de naturaleza privada, de solución de controversias.

Por lo que respecta a las diferencias que pudieran existir entre la conciliación y la mediación, atendiendo al órgano encargado de llevar al cabo una y otra, así como a la naturaleza de las actividades a desempeñar por dicho órgano, tampoco encontramos una distinción clara -y mucho menos consenso- en las diversas fuentes extranjeras que hemos consultado.

Según hemos advertido, en la práctica existente en diversos países tanto la conciliación como la mediación puede ser empleada como medio privado de solución de controversias y, asimismo, los ejemplos de intervención de autoridades como órganos encargados de conducir el procedimiento tampoco se revelan como privativos de la conciliación o de la mediación, incluyendo el caso de México, en donde nada impide que particulares conduzcan

---

<sup>80</sup> entre otras fuentes, Víctor Fairén Guillén, op. cit., pp. 865 et seq.

procedimientos conciliatorios, como tampoco existe impedimento para que autoridades gubernamentales lleven a cabo procedimientos o utilicen métodos de mediación, suponiendo que ambos términos fuesen distintos.

En lo relativo al órgano que pueda o no intervenir en la conciliación y en la mediación, podríamos advertir, quizá como único rasgo distintivo entre ambas figuras, que en el caso de la conciliación, por definición, no resulta necesaria la intervención de un tercero para que las partes opuestas puedan llegar a una avenencia, ya que en forma independiente pueden conciliar sus intereses y llegar a una transacción; mientras que en el caso de la mediación, también por definición, aparece como esencial la presencia de un tercero, que intervenga ante las partes interponiéndose entre ellas para lograr su avenencia.

Igualmente, por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a desempeñar por el órgano encargado de conducir la conciliación o la mediación, tampoco encontramos una distinción clara y mucho menos consenso en las diversas fuentes consultadas, ya que mientras ciertos autores afirman que el conciliador propone soluciones y el mediador no, otros sostienen exactamente lo contrario. Y lo mismo sucede tratándose de la posibilidad de que el conciliador o el mediador tenga reuniones con las partes, ya que mientras ciertos autores se pronuncian a favor de que el conciliador o el mediador tenga reuniones privadas ("caucuses") con cada una de las partes, otros las desaconsejan. Algo similar sucede respecto a la postura frente a la celebración de reuniones con ambas partes contendientes simultáneamente, o respecto a la presencia o no, en las mismas, de abogados de las partes.

Por último, fuera del caso de Argentina, que hemos reportado, tampoco parecen existir usos -y mucho menos reglas- respecto a la profesión o área de especialidad de los conciliadores o de los mediadores. Mientras en países como México quizá la totalidad de los árbitros -no sería factible hablar de conciliadores o mediadores en el sentido moderno, por tratarse de algo nuevo en México- son abogados, hemos notado que en otros países un gran número de árbitros, mediadores y conciliadores -si no es que en ocasiones la mayoría- tienen profesiones distintas.

Desde el punto de vista estrictamente académico, en lo referente a las relaciones entre jurisdicción, conciliación, mediación, autocomposición y arbitraje, señala Alcalá-Zamora que las tres primeras y el arbitraje, que desde su punto de vista -que compartimos- se reabsorbe en la jurisdicción, coinciden en que "persiguen la solución de litigios inminentes o presentes [y] funcionan a tal fin a base de dos partes y un tercero imparcial ... pero discrepan en que mientras el juzgador se encuentra supra partes y, por tanto, impone una solución, el conciliador, que formalmente se halla inter partes, aunque materialmente esté infra partes, lo mismo que el mediador, se limita a proponer una o más soluciones." Al respecto, aclara este autor que, en la figura del mediador, refunde la del conciliador.<sup>81</sup>

Considerando todo lo comentado en este inciso, somos de la opinión de que, por lo que respecta a México, en virtud de que existen diversas disposiciones legales que expresamente regulan ciertos procedimientos de conciliación y facultan a ciertos órganos gubernamentales para conducirlos, pudiera reservarse el término "mediación" para la solución pacífica de controversias en forma privada, con carácter no obligatorio, con la intervención de un tercero que conduzca el procedimiento para acercar a las partes con el fin de lograr una avenencia entre ellas que pueda culminar en una transacción. En consecuencia, el término "conciliación" permanecería como aplicable únicamente a (1) aquellas instancias de conciliación o "composición amigable", obligatorias o no, previstas por los diversos ordenamientos legales que, a su vez, facultan órganos para tal efecto; y (2) aquellos casos en que las partes en conflicto, sin intervención de tercero, concilien espontáneamente sus diferencias hasta llegar a una avenencia.

#### **IV. Transacción**

Como ejemplo de las tres más típicas figuras autocompositivas, Alcalá-Zamora<sup>82</sup> señala el desistimiento, el allanamiento y la transacción; y clasifica la transacción como "equivalente jurisdiccional", sosteniendo que la conciliación "... o desemboca en fracaso, y no puede reputarse 'equivalente jurisdiccional', o conduce a una avenencia, y entonces ... se reducirá a cualquiera de las mencionadas formas de autocomposición ..." que, como se dijo, son el desistimiento, el allanamiento y la transacción; y, "... la nota común a todas las figuras enunciadas es la de que en ellas la decisión del conflicto se obtiene sin la participación del juez nacional público, o bien con su presencia, pero sin que

---

<sup>81</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., p. p76 y 77.

<sup>82</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pp. 14 y 15.

intervenga concretamente como funcionario jurisdicente..."<sup>83</sup> es decir, que no imparte jurisdicción, al no ser quien diga el derecho o resuelva la cuestión controvertida.

La transacción, que autores como Alcalá-Zamora consideran como un medio autocompositivo por excelencia, constituye la culminación del procedimiento de autocomposición. En el moderno concepto de medios alternativos de solución de controversias, la transacción viene a representar la culminación -y, en nuestro sistema jurídico la formalización- de lo acordado por las partes como resultado de la conciliación, de la mediación o de aquel otro tipo de "MASC" con el que hubiesen logrado dirimir sus discrepancias de manera mutuamente satisfactoria.

Al respecto, es interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora<sup>84</sup> y que antes comentamos, de que la conciliación "... no es una forma distinta de autocomposición y si únicamente un medio especial predispuesto para intentar lograrla, ya sea en virtud de desistimiento del atacante, de allanamiento del atacado o de transacción entre ambos..."

La importancia jurídica de la transacción, una vez formalizada, la pone en relieve el propio Alcalá-Zamora<sup>85</sup> al afirmar que "... la autocomposición puede asimismo funcionar una vez concluida la fase de conocimiento del proceso, a saber: durante la ejecución de la sentencia firme" y, como apoyo, cita el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que entre otras admite la excepción de transacción para oponerse a la ejecución de sentencias y convenios judiciales, así como el compromiso en árbitros; mismos que deben constar por instrumento público, por documento privado judicialmente reconocido o por confesión judicial.<sup>86</sup>

Desde el punto de vista gramatical, se entiende por transigir "...consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia.", así como "...ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa."<sup>87</sup>

En el derecho estadounidense, se describe la transacción ("settlement"), como "...acto o proceso de ajustar o determinar; un ajuste entre personas, concerniente a sus tratos o dificultades; un convenio mediante el cual, las partes que tienen asuntos controvertidos entre ellas, logran o averiguan lo que viene de una a la otra; arreglo de dificultades; composición de dudas o diferencias; determinación por convenio; y, liquidación."<sup>88</sup>

En derecho argentino, el tratadista Carlos A. R. Lagomarsino<sup>89</sup> afirma que "...uno de los medios de extinguir las obligaciones que enuncia el artículo 724 del Código civil [argentino] es la transacción", a la cual atribuye una naturaleza jurídica contractual, con base en el artículo 832 del Código Civil [argentino], que señala que "la transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas."

---

<sup>83</sup> Idem, pp. 73 y 74.

<sup>84</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit., pag. 452. La utilización de negrilla, es nuestra.

<sup>85</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pag. 16.

<sup>86</sup> La reforma al artículo 531 del Código Civil del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996, no afecta lo arriba señalado al respecto.

<sup>87</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, vigésimo primera ed.

<sup>88</sup> *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1979, 5a. ed., pag. 1231. La traducción es nuestra.

<sup>89</sup> Carlos A. R. Lagomarsino, "Transacción", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1986, t. XXVI, pp. 342-344.



En el derecho positivo mexicano, el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal señala que "la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura."

Como antes se indicó, Eduardo Pallares, al hablar de la conciliación, señala que "... la diferencia que la distingue de la transacción ... [es que] ... para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe."<sup>90</sup>

No obstante que conforme al artículo 2945 del Código Civil para el Distrito Federal, la transacción preventiva de controversias futuras debiera constar por escrito sólo en aquéllos casos en los que el interés del negocio excediese de \$200.00, por las razones que adelante se comentan y en atención a la interpretación del Poder Judicial Federal, se debe entender que, en la práctica, debe constar por escrito en todos los casos.

También es importante que el convenio sea sancionado por el juez en el caso de la transacción judicial y es necesario elevar el convenio transaccional a la categoría de laudo, en aquéllos casos en que la transacción se celebra dentro de un procedimiento arbitral. En el caso de la transacción extrajudicial, es necesario elevar a escritura pública el contrato que la contenga, para lograr su eficacia plena y la posibilidad de hacer exigible lo convenido en la transacción, en la vía ejecutiva.

Por lo que respecta a la materia de la transacción, debe tenerse presente que, conforme a las diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, no se puede transigir respecto de los conceptos que a continuación se señalan, o es nula la transacción que se celebre respecto de los mismos.

- acción penal proveniente de delito perseguible de oficio (Art. 2947);
- estado civil de las personas o validez del matrimonio (Art. 2948);
- delito, dolo y culpa futuros (Art. 2950, fracción I);
- acción civil que nazca de delito o culpa futuros (Art. 2950, fracción II);
- sucesión futura (Art. 2950, fracción III);
- sobre una herencia, antes de visto el testamento en caso de haberlo (Art. 2950, fracción IV);
- derecho de recibir alimentos (Art. 2950, fracción V);
- sobre título nulo, salvo pacto en contrario (Art. 2954);
- la celebrada teniendo en cuenta documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial (Art. 2956);
- sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados (Art. 2958);

Conforme al artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, "la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquélla en los casos autorizados por la ley."

No obstante lo dispuesto por dicho artículo, la posibilidad de hacer valer la transacción como si fuera cosa juzgada, así como de hacerla exigible en la vía ejecutiva, representa problemas en la práctica. Al respecto, el Poder Judicial Federal ha resuelto que, para alcanzar la categoría de cosa juzgada, la transacción requiere, en forma expresa, de aprobación judicial;<sup>91</sup> es improcedente la ejecución de la transacción en la vía de apremio, cuando ha sido celebrada en contrato privado;<sup>92</sup> y ha resuelto también, que los contratos de transacción celebrados en forma judicial o extrajudicial, tienen calidad de cosa juzgada y es procedente su ejecución en la vía de apremio.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 154-155.

<sup>91</sup> Amparo en revisión 312/93, Samuel Marmorí Reyes, 20 de enero de 1994. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. XIII, marzo, p. 511, 2o. Trib. Col. 1er. Circ.

<sup>92</sup> Amparo en revisión 1722/93, Inmobiliaria Cuemanco, S.A., 29 de octubre de 1993. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. XII, diciembre, p. 984, 2o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

<sup>93</sup> Amparo en revisión 149/91, María del Carmen Pardo de Candia, 25 de abril de 1991. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. VII, junio, p. 453, 5o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

Conforme al artículo 2962 del Código Civil para el Distrito Federal, "las transacciones deben interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, a menos que otra cosa convengan las partes" y, conforme al artículo 2963 del mismo Código, "no podrá intentarse demanda contra el valor o subsistencia de una transacción, sin que previamente se haya asegurado la devolución de todo lo recibido, a virtud del convenio que se quiera impugnar."

Conforme a todo lo señalado en párrafos anteriores, se puede resumir la naturaleza de la transacción considerándola como un contrato bilateral, formal, oneroso, de interpretación estricta e indivisible, que produce título ejecutivo y tiene naturaleza judicial cuando se celebra dentro de juicio y extrajudicial cuando se celebra fuera de juicio, caso en el cual, debe elevarse a escritura pública, con excepción del caso en que se celebra dentro de juicio arbitral, en cuyo caso, para su eficacia y fuerza ejecutiva, deberá elevarse a la categoría de laudo transaccional.

## **V. Los Medios Alternativos De Solución De Controversias, Llevados A La Práctica**

No obstante los datos ya conocidos en relación con el desarrollo de los MASC hasta la fecha en diferentes jurisdicciones, se dispone de relativamente poca información respecto a su comportamiento en la práctica, a los logros obtenidos y a los problemas enfrentados en los diversos sistemas jurídicos. Con esta salvedad, nos referiremos a continuación a observaciones derivadas de experiencias en otros países respecto a ventajas y desventajas atribuidas a los MASC, así como a algunas sugerencias u observaciones de postulantes de otros países con una vasta experiencia en su utilización, respecto a algunos de los conceptos que se deben tener en cuenta al emplear MASC.<sup>94</sup>

### **1. Ventajas y Desventajas de los MASC**

#### **a. Ventajas**

**Flexibilidad.** Los MASC ofrecen una enorme flexibilidad, que permite optar por el método de solución de controversias más idóneo para la naturaleza del asunto y las características de las partes, y ofrece una amplia gama de soluciones imaginativas que no necesariamente se limitan al pago de cierta cantidad o a la ejecución de ciertas obligaciones, sino a toda una diversidad de combinaciones de obligaciones recíprocas, como sucedió en el caso Texaco-Borden, que es clásico al respecto y se cita con frecuencia como ejemplo.

**Concentración en los problemas principales.** La intervención de terceros neutrales que son peritos en la materia, permite concentrarse en los puntos que constituyen el meollo de la controversia, para resolverlos, evitando distraerse en cuestiones meramente procesales, como puede suceder en el caso de juzgadores no familiarizados con las cuestiones técnicas del asunto.

**Celeridad.** Mediante ciertos tipos de MASC, cuando éstos tienen éxito las controversias llegan a ser resueltas en cuestión de días o semanas, contrariamente al caso de la resolución contenciosa, que suele tomar meses y aún años. Además, por tratarse de una solución mutuamente aceptable, que resulta de convenio y no de adjudicación de un fallo con vencedor y vencido, la solución puede con mayor facilidad convertirse en definitiva y ser ejecutada de inmediato.

**Costo.** Según datos proporcionados por diversas fuentes, los medios alternativos de solución de controversias representan para las partes un costo sustancialmente inferior al de los litigios judiciales y aún al del arbitraje comercial.

**Conservación de la relación entre las partes.** Como resultado de la aplicación del sistema conocido como "ganador-ganador", en el que ambas partes obtienen una ganancia, en contraposición al tradicional sistema "ganador-perdedor", propio del litigio, es factible que, después de resolver de común acuerdo su controversia, las partes puedan conservar y hasta acrecentar una relación de negocios, como sucedió en el famoso caso Texaco-Borden.

---

<sup>94</sup> Aún cuando los conceptos que aparecen en este inciso también son tratados por diversos autores que se citan en la bibliografía consultada -y de hecho algunas de sus ideas también se reflejan en este inciso- los siguientes conceptos fueron tomados en su mayoría en forma casi textual, aún cuando no literalmente, del libro de Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, antes citado, pp. 71-77.

Confidencialidad. Contrariamente a lo que sucede en los litigios ante tribunales ordinarios -el arbitraje comercial privado es una afortunada excepción- en que los expedientes pueden llegar a ser públicos una vez concluido el asunto y aún durante el procedimiento, además de estar más expuestos a filtraciones por tener acceso a ellos un mayor número de personas durante más tiempo, existe un mayor control de confidencialidad al dirimir las controversias mediante MASC; lo cual, puede ser esencial en ciertos casos que involucren cuestiones especiales de propiedad intelectual, alta tecnología, información económica o comercial, aspectos familiares o ciertos precedentes.

b. Desventajas

Los MASC no son idóneos en casos en los que, por ejemplo:

- las partes no tengan el ánimo de transigir, por haber adoptado posturas adversariales, por estar en posturas distantes, por estar en juego cuestiones no negociables o por tratarse de acciones o de defensas con una razón estratégica.
- las partes tengan la intención de sentar un precedente obligatorio o público.
- alguna de las partes interprete la aceptación de un MASC, como un signo de debilidad de su parte.
- exista el riesgo o por lo menos un temor fundado, de que en caso de no prosperar el MASC la contraparte podrá utilizar en litigio, en perjuicio de su oponente, la información o documentos a que hubiere tenido acceso mediante el MASC, o el testimonio de alguna persona.

2. Comentarios Adicionales.

Hecha la salvedad de que la esencia de la viabilidad de cualquier medio alternativo de solución de controversias, es la voluntad de las partes de colaborar para resolver amistosamente sus diferencias, la adecuada redacción de la cláusula mediante la cual se convenga en emplear el MASC puede significar el puente para acceder exitosamente al MASC, de lograr cubrir satisfactoriamente cuestiones tan importantes como la adecuada designación de un órgano mutuamente aceptable, que merezca la confianza de ambas partes; un procedimiento sensato, que garantice igualdad de oportunidades, confianza y celeridad; la tranquilidad de que, aún en un escenario pesimista de fracaso en alcanzar un acuerdo, lo hecho durante la implementación del MASC no será capaz de causar daños a las partes.

Entre otras cosas importantes, no se debe perder de vista que, con excepción de casos como el de Argentina, la iniciación de un procedimiento de MASC no suspende el plazo para prescripción; y la eficacia de un pacto privado en contrario, sería por lo menos dudosa en derecho mexicano -salvo quizá en el caso de que se novase expresamente una obligación- y sería invariable problemática, por lo cual, para asegurar la interrupción de la prescripción sería necesario el oportuno sometimiento de la controversia a arbitraje o a jurisdicción ordinaria, de no fructificar el MASC -y formalizarse el acuerdo respectivo- dentro de cierto plazo.

Conforme a muchos sistemas legales, los simples acuerdos de negociar no son por sí mismos exigibles y, por tanto, es necesario incorporar ciertas disposiciones que obliguen a ciertos actos, tales como el nombramiento de un mediador dentro de cierto plazo, para que el MASC sea viable. Además de que la observación anterior es válida por lo que respecta a derecho mexicano, cabe tener en cuenta que, por la naturaleza voluntaria que por definición tienen los MASC, su viabilidad queda en realidad al arbitrio de la voluntad de las partes, por lo que su protección frente a la voluntad unilateral de la contraparte, radicaría en la posibilidad de que, de no fructificar el MASC dentro de cierto plazo, la controversia quedase sometida automáticamente a arbitraje o a la jurisdicción de tribunal ordinario.

Por todo lo comentado en páginas anteriores, el resultado del MASC -o sea el acuerdo entre las partes- no es exigible sino hasta que las partes suscriban formalmente un convenio de transacción. Esta observación es de fundamental importancia en derecho mexicano, conforme al cual, según interpretación del Poder Judicial Federal, que antes se comentó, no basta la simple suscripción del convenio de transacción, sino que para su fuerza ejecutiva es menester que el mismo se formalice mediante escritura pública, siendo también admisibles, desde luego, el convenio ante autoridad judicial y la transacción en procedimiento arbitral, en el que ésta se eleve a la categoría de laudo transaccional.

Preocupaciones como todas las antes mencionadas, y muchas más de naturaleza análoga, son inherentes a la aplicación práctica de los MASC en diversos sistemas jurídicos y, desde luego, su éxito dependerá fundamentalmente

de la seguridad jurídica que derive de la conducta de los tribunales en apoyo de la firmeza de los convenios entre las partes, para evitar que éstas renieguen en forma abyecta de compromisos contractuales previos.

#### BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.

Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*. 2a. ed., Porrúa, México, 1985, t. I.

Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial*. 1a. reimpresión, Librería Carrillo Hermanos e Impresores, Guadalajara, México, 1990, t. I y t. IV.

Barajas Montes de Oca Santiago y Ricardo Méndez Silva, "Conciliación", en *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1987, t. I.

Barrios de Ángelis Dante, *Introducción al Estudio del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.

Black's Law Dictionary. 5a. ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1979.

Bourton Steven J., "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1995, Vol. 18:637.

Campbell Dennis (General Editor), "Dispute Resolution Methods", en *The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue*, 1994, Center for International Legal Studies. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1994.

Capitant Henri, *Vocabulario Jurídico*. Trad. de Aquiles Horacio Guaglianone, 8a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

Connerty Anthony, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1996, vol. 12, No. 1.

Couture Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*. 5a. reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

Chacón Corado Mauro Roderico, "Instituciones No Jurisdiccionales, Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176.

Davidson Paul y Luis Perret (editores), *Université D'Ottawa, Commercial Arbitration in the Americas/El Arbitraje Comercial en las Américas*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.

*Diccionario de la Lengua Española*. 21a. ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992.

Dore Isaak I., *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1993.

Dublán Manuel y José María Lozano, *Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República*. Imprenta del Comercio, de Dublán y Chávez, México, 1877, t. VIII.

Escrache Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. 2a.ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.

Estavillo C. Fernando y Carlos de Hoyos Walther, "Otros Medios Alternativos de Resolución de Controversias". Documento presentado en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling y otros despachos de abogados, México, D.F., 9 de noviembre de 1995.

Fairén Guillén Víctor, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

Folberg Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de Conflictos Sin Litigio*. Trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Ascencio, 1a. ed., Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992.

Fornaciari Mario Alberto, *Modos Anormales de Terminación del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II.

Friedmann W., *El Derecho en una Sociedad en Transformación*. Trad. de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

Gozáni Osvaldo Alfredo, "Instituciones No Jurisdiccionales Para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176.

Guide to ICC Arbitration. International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, Paris, 1994.

Hunter Martin, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Holanda, 1993.

Lagomarsino Carlos A. R., "Transacción", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1986, t. XXVI.

Lovenheim Peter, *How To Mediate Your Dispute*. Nolo Press, Berkeley, 1996.

Manresa y Navarro, José María e Ignacio Miguel y José Reus, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1874.

Mantilla Molina Roberto L., *Derecho Mercantil*. 10a. ed., Porrúa, México, 1968.

Marriott Arthur, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must": The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration. 1996, v. 12, no. 1.

McLaughlin, Joseph T. y Vanessa Beever. "Alternative Dispute Resolution". Documento presentado en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling y otros despachos de abogados, México, D.F., 9 de noviembre de 1995.

Méndez Silva Ricardo, "Mediación Internacional", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1987, t. II.

México: *Relación de Tratados en Vigor, Diciembre-1991*. Secretaría de Relaciones Exteriores. 1a. ed., Editorial Themis, México, 1991.

Nápoli Rodolfo A., "Conciliación y Arbitraje", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1992, t. III.

Ovalle Favela José, "Instituciones No Jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, No. 176.

Pallares Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 5a. ed., Porrúa, México, 1966.

Pina Rafael de y Rafael de Pina Vara, "Conciliación" y "Mediación", en *Diccionario de Derecho*. 21a. ed., Porrúa, México, 1995.

Reuben Richard C., "The Lawyer Turns Piecemaker", en la revista *ABA Journal*, agosto 1996.

Reus Emilio, *Ley del Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881.

Rodríguez y Rodríguez Joaquín, *Derecho Mercantil*. 10a. ed., Porrúa, México, 1972.

Silva Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México. Pereznieta Editores, México, 1994.

Silva Jorge Alberto, Codificación Procesal Civil y Mercantil Internacional. Harla, México, 1995.

Siqueiros José Luis, "Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Interamericanos de Integración y Libre Comercio", en Jurídica, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, 1995, No. 25, t. II.

Stahl Sidney, "An Introduction to Mediation/Conciliation". Documento presentado en conferencia a los miembros del Consejo Directivo y del Consejo Consultivo del International Mediation Center. México, D.F., 6 de septiembre de 1996.

Tena Ramírez Felipe, Leyes Fundamentales de México. 3a. ed. Porrúa, México, 1967.

Villoro Toranzo Miguel, Introducción al Estudio del Derecho. 1a. ed., Porrúa, México, 1966.

Villoro Toranzo Miguel, Las Relaciones Jurídicas. 1a. ed., Jus, México, 1976.

Villoro Toranzo Miguel, Deontología Jurídica. 1a. ed., Textos Universitarios, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1987.

Villoro Toranzo Miguel, Metodología del Trabajo Jurídico. 5a. reimpresión, Textos Universitarios, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, Editorial Limusa, México, 1995.

Wilde Zulema D. y Luis M. Gaibrois, Qué es la Mediación. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.



## MEDIACIÓN.

*Por: Lic. Fernando Estavillo Castro.*

(Voz preparada para Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, incluida en Diccionario de Derecho Mercantil, Coordinadora Elvia Arcelia Quintana Adriano, 1ª. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 2001)

**MEDIACIÓN.** I. Concepto. Gramaticalmente, la voz mediación, que proviene del latín *mediatio*, *mediationis*, significa "acción y efecto de mediar"; lo cual, entre otras acepciones, significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad". Al margen del significado gramatical, el vocablo mediación tiene en Derecho diversos significados. En el primero, la mediación ha sido conocida y existe en nuestro derecho como un medio de intermediación mercantil equiparable al corretaje; en el segundo, se le conoce como un medio de solución de controversias propio del derecho internacional público; y, en un tercer significado, que empezó a ser conocido en México a mediados de la década de los 90's y que a continuación se analiza, la mediación constituye uno de los llamados medios alternativos de solución de controversias.

II. Antecedentes. 1. En México, desde el punto de vista jurídico, la forma más antigua y conocida de mediación, es la que la interpreta como acto de comercio. Conforme al artículo 75, fracción XIII, del CCo., "La Ley reputa actos de comercio... XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles". En este mismo sentido la interpretan De Pina y De Pina Vara, quienes definen la mediación en primer término como "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio", con lo cual coinciden en esencia con autores como Mantilla Molina y Rodríguez y Rodríguez; y es en este sentido que la analiza Fernando Vázquez Pando, bajo la voz Contrato de Mediación. 2. En sentido análogo aparece la mediación en el derecho fiscal mexicano, que equipara la mediación mercantil a la correduría o al corretaje, como sucedía en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles (abrogada por la LIVA), cuyo artículo 7, después de referirse a la comisión mercantil, se refería a la "mediación mercantil" definiéndola como "la actividad que desarrolla el mediador para relacionar a los contratantes"; lo cual se repite en la LIVA, cuyo artículo 14, fracción IV, amalgama dentro del concepto de prestación de servicios a "El mandato, la comisión, la mediación, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución". 3. El Diccionario Jurídico Mexicano, en sus diversas ediciones -como sucedió con la Enciclopedia Jurídica Omeba, que sólo llegó a incluir la mediación moderna como resolución alternativa de conflictos a partir de 1996, en su Apéndice VII- sólo llegó a definir la mediación desde el enfoque de mediación en derecho internacional público, desarrollado por Ricardo Méndez Silva. El cambio en el Apéndice VII de la Enciclopedia Jurídica Omeba, aportado por Zulema D. Wilde, quien define la mediación como "un proceso voluntario informal, confidencial, integrador, a través del cual un tercero imparcial y neutral, interviene para ayudar a las partes a trabajar cooperativamente, intentando lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio, o al menos aceptable para ellas", se originó en la adopción de la mediación por Argentina, como una etapa procesal obligatoria, previa al litigio. 4. En el derecho estadounidense, en cambio, se enfoca la mediación precisamente como medio de solución de controversias, como se advierte en varias ediciones anteriores del Black's Law Dictionary, que en su séptima edición la explica como "Un método no obligatorio de solución de controversias que involucra a un tercero neutral, que trata de ayudar a las partes en disputa para alcanzar una solución mutuamente aceptable. - También llamada conciliación".

III. Concepto actual y naturaleza de la mediación. La mediación, en su acepción más moderna, constituye un medio alternativo de solución de controversias, que como tal representa un medio autocompositivo (en contraposición a la solución jurisdiccional, que es heterocompositiva) que consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario y no adjudicatorio, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional (contrariamente a aquellas reguladas por normas de orden público, que como tales no son susceptibles de arbitraje privado ni de transacción) a un tercero independiente, imparcial y neutral, quien actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes, para lograr que éstas, de común acuerdo, encuentren una solución a su desavenencia. Si bien se pudiera pensar en una analogía entre la mediación y la amigable composición, entre los elementos distintivos de ambas está que, mientras en la primera son las propias partes quienes llegan voluntariamente a su propia solución precisamente de manera autocompositiva, teniendo al mediador como un mero facilitador que no resuelve la controversia, que termina así con una solución hasta entonces no obligatoria, tratándose de la segunda institución el amigable componedor es, precisamente, quien resuelve de manera heterocompositiva la controversia, en forma adjudicatoria y con fuerza vinculativa para las partes. La mediación, como filosofía, tiene la de fungir como un medio que, al no ser adjudicatorio, ofrezca a las partes una posibilidad de

solución de su conflicto con un enfoque “ganador-ganador”, a diferencia de los medios adjudicatorios, como el litigio judicial y el arbitraje mismo, que por definición y por su propia naturaleza ofrecen una solución con un enfoque “ganador-perdedor”. Por su carácter voluntario, la mediación -como otros medios alternativos de solución de controversias- tiene como presupuestos esenciales la verdadera voluntad de las partes de intentar una solución negociada de su desavenencia, y su buena fe para ello. En ese contexto, se considera que la mediación es idónea en aquellos casos en que las partes enfrentan una desavenencia negociable, así como en aquellos en que pudiera interesarles conservar su relación, que en caso de litigio pudiera romperse de manera definitiva. Por lo contrario, la mediación no es idónea tratándose de controversias no negociables o en aquellos casos en que por alguna razón se desee sentar un precedente. Por lo que respecta al procedimiento de mediación y a las facultades del mediador, existen quizá tantos criterios y enfoques como autores que los tratan. Buscando encontrar puntos en común, podría afirmarse que el procedimiento es voluntario, convencional entre partes y mediador, y flexible. En cuanto al mediador, puede decirse que, aún en los casos en que se acude a una institución de mediación, el procedimiento es conducido por una persona física determinada y permanente, que es asignada al caso concreto por las propias partes o por la institución, por gozar de la confianza de las partes o tener como su primera tarea la de ganar esa confianza; así como también puede afirmarse que, a diferencia del arbitraje, en que es frecuente encontrar tribunales de tres miembros, en la mediación prevalece, como una constante si no absoluta sí abiertamente mayoritaria, el concepto de un solo individuo que actúa como mediador entre las partes. En el campo de las facultades del mediador, dentro del común denominador de que el mediador no resuelve la controversia, sino que son las propias partes quienes llegan a una solución, existen dos corrientes opuestas, en las que una considera que el mediador debe proponer a las partes proyectos de solución, mientras que la otra sostiene que no debe hacerlo, para evitar que alguna propuesta pudiera ser interpretada por alguna de las partes como un signo de parcialidad de parte del mediador, que perdería con ello la confianza de las partes y su efectividad como mediador. Aparentemente predomina este último criterio. En cuanto al papel del mediador frente a las partes en caso de que éstas no hayan logrado alcanzar una solución y por tanto deban recurrir al litigio, independientemente de que existe el procedimiento conocido “Mediación/Arbitraje” (Med/Arb), que supone la existencia de una fase conciliatoria en la cual, de no llegarse a un acuerdo, el mismo mediador se convierte en árbitro y conduce a partir de entonces un procedimiento arbitral, este método es cuestionado y prevalece el criterio -tanto en doctrina como en reglas de mediación- de que el mediador no deberá fungir a continuación como árbitro, salvo acuerdo en contrario entre las partes. Así mismo, prevalece el principio -expresamente consignado en las diversas reglas de mediación y recomendado además por la doctrina para su inclusión en los acuerdos de mediación- de que las propuestas y manifestaciones de las partes, los documentos aportados por éstas al mediador o a la contraparte, las declaraciones de testigos y demás actuaciones en la mediación, no podrán ser utilizados ulteriormente como prueba en el juicio arbitral o judicial que se emprenda en caso de no tener éxito la mediación; así como el mediador, no deberá ser citado como testigo en dicho juicio. La mediación puede eventualmente ser obligatoria, como sucede cuando alguna disposición legal obliga a agotarla previamente al juicio, como sucede en Argentina; o puede ser voluntaria u optativa, cuando queda al arbitrio de las partes agotarla o no, como sucede en la mayoría de los países. Las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote un procedimiento de mediación previamente al arbitraje o a la intervención judicial; sin embargo, esto es casi siempre difícil de llevar a la práctica, pues como bien refieren Redfern y Hunter "... un convenio para negociar, como un convenio para convenir, no es ejecutable... porque carece de la necesaria certidumbre. Una carga de negociar de buena fe es de hecho impracticable, ya que es inherentemente inconsistente con la posición de la parte negociadora". Por esto, entre los autores que tratan el tema de la mediación, parece existir consenso en cuanto a que ésta no debe ser entendida como una alternativa sustitutiva del procedimiento "adjudicatorio", sea éste arbitral o judicial; por lo cual, en aquellos casos en que la mediación ha sido estipulada en un contrato, éste debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar la mediación. Asimismo, en la doctrina internacional sobre el tema (y quizá con excepción de Inglaterra, a raíz del caso Channel Tunnel Group Ltd and anor v. Balfour Beatty Construction Ltd [1993], citado por Redfern y Hunter; y subsecuentemente en virtud del Acta de Arbitraje Inglesa de 1996), se advierte cierto escepticismo en cuanto a la posibilidad de que un tribunal judicial niegue la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el procedimiento de mediación estipulado contractualmente; contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, donde por disposición expresa del artículo 1424 del CCo. debe prevalecer la jurisdicción arbitral. Finalmente, en caso de concluir exitosamente un procedimiento de mediación, es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado entre las partes. Cuando la mediación ha sido implementada de manera previa a un procedimiento de arbitraje o como parte de éste, es aconsejable elevar el acuerdo alcanzado a la categoría de laudo transaccional, para hacerlo ejecutable al amparo del Título Cuarto del Libro Quinto del CCo. y de las diversas convenciones internacionales aplicables, como usualmente se hace en los litigios ante tribunales estatales, en el caso de los convenios judiciales que son elevados a la categoría de cosa juzgada. Cuando se ha implementado la mediación de manera independiente, es decir fuera de un procedimiento arbitral o judicial, es aconsejable la celebración de un convenio de transacción, mediante escritura pública, para darle fuerza de instrumento ejecutivo en los términos del CC y de la jurisprudencia existente al respecto.

IV. Distinción entre Conciliación y Mediación. Contrariamente a lo que sucede en el caso de México, en que la conciliación ha sido largamente conocida, aunque tenga otro perfil, mientras la mediación había sido prácticamente desconocida como medio de solución de controversias, en los Estados Unidos de América la mediación es más conocida y utilizada que la conciliación. Por lo que respecta al método, algunos postulantes estadounidenses afirman que la mediación es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada. Otros postulantes, presentan la mediación como un proceso mediante el cual un tercero neutral asiste a las partes en una controversia, para que resuelvan ésta. En este enfoque, en el que parecen coincidir quienes analizan la mediación, está implícita la importancia de que el tercero, para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las partes, se abstenga de proponer soluciones. En México, el empleo de los términos conciliación y mediación ha despertado cierto cuestionamiento, ya que no polémica, equiparándose la mediación a la conciliación; e incluso algunos postulantes consideran que es éste el nombre que debiera llevar la primera, ya que en la tradición jurídica mexicana la mediación no ha sido otra cosa que un acto de comercio equiparable a la correduría o al corretaje, mientras que la conciliación ha sido un medio de solución de controversias, de hondas y viejas raíces. Desde el punto de vista estrictamente gramatical, el vocablo conciliación significa la "acción y efecto de conciliar", lo que a su vez significa "componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí" y "conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias" y es por ello que Barajas Montes de Oca y Méndez Silva definen a la conciliación en primer término como "el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos"; mientras que mediación, gramaticalmente, significa "acción y efecto de mediar", lo que a su vez significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad". Considerando estos significados, desde el punto de vista estrictamente semántico ello implica que, a diferencia de la mediación, que por definición requiere esencialmente de un tercero que se interponga para mediar (y así lo consignan Brown y Marriott), tratándose de la conciliación no se requiere de tercero alguno para que las partes en un proceso (conciliación endoprocesal) o fuera de él (conciliación extraprocesal), lleguen a un acuerdo respecto a su controversia, que pueden conciliar y transigir, sin necesidad de la intervención de un tercero. Fuera de estas diferencias semánticas, se puede decir que no existe diferencia material entre conciliación y mediación. La realidad, comparando diversos países, es que no existen prácticas consistentes, a nivel internacional, que permitan distinguir las facultades del conciliador de las del mediador, o la práctica o usos que uno u otro sigue, ya que contrariamente a la opinión –errónea pero un tanto extendida- de que el mediador no propone soluciones mientras que el conciliador sí, o viceversa, en ambos casos aparecen quienes opinan que el tercero (conciliador o mediador) debe proponer un proyecto de solución, e igualmente aparecen quienes opinan justamente lo opuesto. Desde el punto de vista terminológico, tampoco se advierte preferencia por el término conciliación o el término mediación, si bien es claro que en los países que practican el common law se usa el término mediación, mientras que en los de tradición de derecho civil se emplea el término conciliación (lo cual es particularmente notorio en las provincias inglesas y francesas de Canadá), donde coexisten ambos términos según la región. Actualmente la discusión terminológica al respecto se considera una cuestión irrelevante a nivel internacional y autores como Brown y Marriott, Redfern y Hunter y otros, consideran ambos términos como sinónimos o intercambiables. Por lo que respecta a América del Norte, en el Comité Consultivo de Solución de Controversias Internacionales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que amalgama los sistemas de common law y de derecho civil, se ha acuñado el término "conciliación/mediación".

V. Perspectivas. En otros países y particularmente en los Estados Unidos de América, el auge de la mediación y de aquellas instituciones que la promueven y practican, ha sido enorme, como lo ha sido el número de instituciones que se han creado -y se siguen creando- para la práctica de la mediación en asuntos civiles (incluyendo los familiares y muchos otros) y mercantiles, tanto domésticos como de derecho internacional privado. Un interés similar se advierte y parece acrecentarse en Europa –independientemente de que Asia, por su cultura y tradiciones constituye un terreno fértil para el florecimiento de medios no adversariales de solución de controversias- y, asimismo, instituciones tanto domésticas como internacionales, dedicadas tradicionalmente al arbitraje, están expandiendo el ámbito de su actividad a la mediación. Al hacer referencia a la práctica de la mediación en otros países, el caso de Argentina llama particularmente la atención con motivo de la publicación del Decreto 1480/92, de 19 de agosto de 1992, que declaró de interés nacional la institución de la mediación "como método no adversarial de solución de conflictos", seguido por la Ley de Mediación y Conciliación, No. 24.573, aprobada el 4 de octubre de 1995, conforme a la cual se instituye, con carácter obligatorio, la mediación previa a todo juicio, con un plazo para el procedimiento (60 días) y la modalidad de que la mediación suspende el plazo de la prescripción y tanto el juez como las partes pueden proponer fórmulas conciliatorias.

v. AMIGABLE COMPOSICIÓN, ARBITRAJE, CONCILIACIÓN, CONTRATO DE MEDIACIÓN, MEDIACIÓN INTERNACIONAL, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, MEDIOS ALTERNATIVOS, TRANSACCIÓN.

VI. BIBLIOGRAFÍA: Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991; Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*. 2a. ed., Porrúa, México, 1985, t.I; Alvarez Gladys S., Elena I. Highton y Elías Jassan, *Mediación y Justicia*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996; Barajas Montes de Oca Santiago y Ricardo Méndez Silva, "Conciliación", en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1998, t. I; Black's Law Dictionary. 7a. ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1999; Bourton Steven J., "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1995, Vol. 18:637; Brown, Henry J. y Arthur L. Marriott, *ADR Principles and Practice*. 2a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999; Campbell Dennis (General Editor), "Dispute Resolution Methods", en *The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue*, 1994, Center for International Legal Studies. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1994; Connerty Anthony, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1996, vol. 12, No. 1; Craig, W. Laurence, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*. 2a. ed., Oceana Publications, Inc., N. York/ICC Publishing, S.A., Paris, 1990; Díaz Luis Miguel y Nancy A. Oretskin (editores), *Commercial Mediation and Arbitration in the NAFTA Countries*. JurisNet, Yonkers, N.Y., 1999; Estavillo C. Fernando, "Medios Alternativos de Solución de Controversias", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 1996, No. 26; Fairén Guillén Víctor, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994; Folberg Jay y Alison Taylor, *Mediación, Resolución de Conflictos Sin Litigio*. Trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Asencio, 1a. ed., Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992; Goldberg Stephen B., Frank E. A. Sandery Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*. Little, Brown and Company, Boston, 1992; Gozáini Osvaldo Alfredo, "Instituciones No Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176; Gozáini Osvaldo Alfredo, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995; Gozáini Osvaldo Alfredo, *Mediación y Reforma Procesal*. EDIAR, Buenos Aires, 1996; Hunter Martin, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. 2a. ed., Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Holanda, 1999; Lovenheim Peter, *How To Mediate Your Dispute*. Nolo Press, Berkeley, 1996; Mantilla Molina Roberto L., *Derecho Mercantil*. 10ª. ed., Porrúa, México, 1968; Marriott Arthur, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must": The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration. 1996, v. 12, no. 1; Milia Fernando A., *El Conflicto Extrajudicial*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1977; Monroy Cabra Marco Gerardo, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford University Press-Harla de Colombia, Santafé de Bogotá, 1997; Ovalle Favela José, "Instituciones No Jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, No. 176; Pina Rafael de y Rafael de Pina Vara, "Conciliación" y "Mediación", en *Diccionario de Derecho*. 21a. ed., Porrúa, México, 1995; Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill, 1997; Redfern Alan y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 3a. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999; Rodríguez y Rodríguez Joaquín, *Derecho Mercantil*. 10ª. ed., Porrúa, México, 1972; Vázquez Pando Fernando Alejandro, "Contrato de Mediación", en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. 1ª. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1998; Wilde Zulema D. y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994; Wilde Zulema D., "Mediación", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1996, Apéndice VII.



International Chamber  
of Commerce  
*The world business  
organization*

# Dispute Resolution Services

## *Guide to ICC ADR*

Of the various languages in which the ICC ADR Rules and the Guide to ICC ADR may be published, the English and French versions are the only official texts.

Published in June 2001

**International Chamber of Commerce**

38, Cours Albert 1<sup>er</sup>

75008 Paris - France

Tel.: +33 1 49 53 28 28

Fax: +33 1 49 53 29 29

**Copyright © 2001**

**International Chamber of Commerce**

All rights reserved



## **GUIDE TO ICC ADR**

### **PART 1 INTRODUCTION**

The International Chamber of Commerce has issued the ICC ADR Rules (the “Rules”) for the use of parties who wish to settle their disputes or differences amicably with the assistance of a third party, the Neutral, within an institutional framework. It is because of the amicable nature of ICC ADR that ICC has chosen to refer to “ADR” as “amicable dispute resolution” rather than “alternative dispute resolution”, which has been more commonly used in the past. “ADR”, as used by ICC, therefore does not include arbitration but only proceedings which do not result in a decision or award of the Neutral which can be enforced at law.

The Rules replace the ICC Rules of Optional Conciliation in force as from 1 January 1988. Thus, upon receipt by ICC of any request for conciliation based upon the old Conciliation Rules, ICC will ask the parties to reformulate their Request in accordance with the new Rules.

#### **Characteristics of ICC ADR**

---

The essential characteristics of ICC ADR are the following:

- 1) ICC ADR proceedings are flexible and party-controlled to the greatest extent possible.
- 2) ADR proceedings under the Rules are intended to be rapid and therefore relatively inexpensive. They permit the parties to seek an amicable solution to their disputes using a minimum of time and resources.
- 3) ICC ADR proceedings allow the parties themselves to choose whichever settlement technique is best suited to help them resolve their particular dispute with the assistance of an experienced Neutral. In the absence of an agreement of the parties upon a

settlement technique, mediation will be used. The proceedings can lead to a settlement agreement between the parties which ends their dispute and is binding upon them in accordance with the law that applies to that agreement. The outcome of the ICC ADR proceedings can also be, for example, a non-binding opinion or evaluation of the Neutral, if Neutral evaluation is the chosen settlement technique.

4) ICC ADR proceedings are confidential. The Rules put in place maximum safeguards to that effect.

ICC ADR thus differs from arbitration and judicial proceedings in that ICC ADR does not lead to a decision or award which can be enforced at law. In reality, however, ICC ADR and arbitration are complementary. If the parties do not succeed in resolving their dispute through ICC ADR, they can refer it to arbitration. Moreover, ICC ADR proceedings can occur during the course of an arbitration.

In addition, the parties are free to agree in writing that they will comply with a recommendation or decision of the Neutral, even though it is itself unenforceable. In that case their agreement is binding upon them in accordance with the law applicable to that agreement.

Finally, it should be noted that the Rules also apply to multiparty disputes.

## **Overview of the Rules**

---

ICC ADR proceedings, as that term is used in the Rules, refer to the entire ICC ADR process from the filing of the Request for ADR until the ADR's termination. Before ICC ADR proceedings can take place, the parties must agree to submit their dispute to the Rules. Such agreement can occur:

- in a prior agreement of the parties to submit their disputes to the Rules, either in their underlying contract or in a later agreement; or
- through a Request for ADR submitted by one party to ICC and accepted by the other party.

In all cases, a Request for ADR must be submitted to ICC.

The Neutral is selected, either by designation by all of the parties, or by appointment by ICC. In the latter case, the parties may agree upon any desired qualifications or attributes of the Neutral to be appointed, and ICC will make all reasonable efforts to appoint a Neutral having those characteristics. ICC can also take into consideration the suggestions of any party concerning the qualifications or attributes of the Neutral to be appointed.

The ADR procedure, as that term is used in the Rules, is a part of the proceedings and consists of the operational phase of the ICC ADR during which the Neutral provides his or her assistance. It begins with a discussion among the Neutral and the parties in order to determine the ADR settlement technique to be used and the specific procedure to be followed. The Rules enable the parties to choose the ADR settlement technique which they believe to be the most appropriate for their dispute. In the absence of such a choice, mediation, the most common ADR technique, will be used (see the discussion of Article 5 below).

The Rules provide for the different ways in which the ICC ADR proceedings can terminate (see the discussion of Article 6 below). In particular, any party can terminate the ICC ADR proceedings at any time after the discussion with the Neutral provided for in Article 5(1).

The cost of the ICC ADR is composed of three elements: ICC administrative expenses, which have an established ceiling; the fees of the Neutral, which are fixed on the basis of an hourly rate set by ICC in consultation with the Neutral and the parties; and the reasonable expenses of the Neutral, which are fixed by ICC.

Finally the Rules contain provisions establishing the confidentiality of the ICC ADR proceedings (see the discussion of Article 7 below).

This Guide is intended to be a brief commentary on the Rules, in simple language, for the benefit of users

of ICC ADR. An article-by-article analysis of the Rules is provided below as well as a brief explanation of the four alternative clauses suggested by ICC for inclusion by parties in their contracts.

## PART 2 ANALYSIS OF THE ICC ADR RULES

### **Preamble**

---

The preamble concisely summarizes certain aspects of the Rules discussed above. It provides that the Rules are intended for parties seeking an amicable settlement of their “disputes and differences”. This means that the Rules can be used not only for the settlement of disputes which could be litigated in arbitration or in national courts, but also for simple disagreements concerning, for example, the interpretation of a contractual provision. It should be noted that, throughout the body of the Rules, the term “disputes” should be understood as including “differences” as well. Finally, the preamble makes reference to this Guide, indicating that it does not form a part of the Rules.

### **Article 1 Scope of the ICC ADR Rules**

---

The Rules apply exclusively to business disputes. This means, for example, that they cannot be used for the resolution of family or labour disputes. They can be used for international as well as domestic business disputes.

In the spirit of ICC ADR, which seeks to maximize party control of the proceedings, Article 1 permits the parties to modify the Rules by common agreement subject to the approval of ICC, whose consent is necessary in order to uphold the integrity of the Rules.

### **Article 2 Commencement of the ADR Proceedings**

---

An agreement of the parties to submit to the Rules is a prerequisite to the commencement of ICC ADR

proceedings. Such an agreement can result from:

- an ICC ADR clause in the underlying contract between the parties;
- in the absence of such a clause, a subsequent agreement of the parties in writing, at any time they desire, to seek an amicable settlement of their dispute under the Rules; or
- in the absence of any prior agreement, the Request for ADR filed with ICC by a party who wishes to submit the dispute to the Rules, followed by the agreement of the other party to participate in the ICC ADR proceedings.

The ICC ADR proceedings are commenced pursuant to Article 2.A in the first two cases and pursuant to Article 2.B in the third. In all cases, the first step in ICC ADR proceedings is the submission to ICC, either jointly or unilaterally, of a written Request for ADR.

**Article 2.A** Where there is an agreement to refer to the Rules

Given the amicable nature of ICC ADR, when the parties have agreed to submit their dispute to the Rules, the most appropriate manner to begin the proceedings is for the parties to file a joint Request for ADR. However, when such a joint Request is not made, any party may unilaterally file with ICC a Request for ADR, a copy of which should be addressed to the other party.

When there is an agreement to submit the dispute to the Rules, the parties may not withdraw from the proceedings prior to the first discussion with the Neutral, as provided for in Article 5(1). This provision preserves the parties' intention to agree to ICC ADR, by obligating them to evaluate the potential of the ICC ADR proceedings together with the Neutral.

The written Request for ADR should be filed by mail, fax or e-mail and addressed to:

International Chamber of Commerce  
ICC Dispute Resolution Services - ADR  
38 Cours Albert 1<sup>er</sup>  
75008 Paris - France  
Fax: +33 1 49 53 29 29  
E-mail: [adr@iccwbo.org](mailto:adr@iccwbo.org)

The description of the dispute in the Request should be very succinct and limited to matters allowing:

- (i) the Neutral to obtain sufficient information to determine his or her ability to act in the particular ICC ADR proceedings and usefully to prepare for the discussion with the parties provided for in Article 5(1);
- (ii) ICC, if it is called upon to appoint the Neutral, to determine the appropriate profile of the Neutral to be appointed; and
- (iii) the other party, when the Request for ADR is filed unilaterally, to understand the nature of the dispute.

The Rules do not prevent a party from requesting or proposing the settlement technique which it believes to be the most appropriate for the resolution of the dispute.

In light of the amicable nature of the proceedings, it is preferable that the parties jointly designate the Neutral; however, if they cannot or do not wish to do so, it remains desirable for them to agree upon the qualifications or attributes of the Neutral to be appointed by ICC. In any event, ICC is available to the parties if they desire it to select the Neutral.

Article 2.A(2) contains provisions that are applicable when the Request is not jointly filed by the parties. In that case, and consistent with the pre-existing agreement of the parties, the party filing its Request with ICC must simultaneously send a copy to the other party. Article 2.A(2) also allows the parties jointly to designate the Neutral or agree upon the desired qualifications or attributes of the Neutral to be appointed by ICC.

Article 2.B When there is no agreement to refer to the Rules

Article 2.B is a modified version of Article 2.A to cover the situation in which there is no prior agreement of the parties to refer to the Rules.



In such cases, a party unilaterally files a Request for ADR pursuant to Article 2.B. ICC sends it to the other party, which party can accept or decline to participate in the ICC ADR proceedings. If it declines to participate, or does not respond to the Request within 15 days, the proceedings shall not be commenced. If it accepts to participate in the ICC ADR proceedings, the participation of the parties therein is obligatory, as under Article 2.A, and neither party may withdraw from the proceedings prior to the first discussion with the Neutral provided for in Article 5(1).

Article 2.B provides for a mechanism which allows the parties jointly to designate a Neutral or agree upon the qualifications or attributes of the Neutral to be appointed by ICC.

### **Article 3**

#### **Selection of the Neutral**

---

The success of ICC ADR proceedings depends in large part upon the abilities of the Neutral.

The parties should seek to ensure that the Neutral:

- has the professional capabilities and experience needed to understand the various aspects of the dispute between the parties;
- has the human qualities needed to create an atmosphere of trust between the parties and encourage constructive discussions.

According to Article 3, the Neutral can be selected in the following ways:

- by joint designation by all of the parties;
- by agreement of the parties on the qualifications or attributes of the Neutral and appointment of the Neutral by ICC;
- by appointment by ICC when there is no joint designation by the parties or agreement of the parties concerning the qualifications or attributes of the Neutral;
- by appointment by ICC when the Neutral designated by the parties does not accept his or her mission.

Neutrals designated by the parties are not approved or appointed by ICC. ICC simply takes note of the parties' choice of the Neutral.

Every prospective Neutral, whether designated by the parties or appointed by ICC, must file a *curriculum vitae* and declaration of independence with ICC, prior to the taking effect of his or her designation or appointment. ICC must transmit those documents to the parties in accordance with Article 3(2). It is desirable that parties who jointly designate the Neutral also verify that the Neutral has the necessary qualifications or attributes.

ICC carefully verifies the independence of each Neutral that it appoints. Any such Neutral must remain independent of the parties from the time of the Neutral's appointment until the termination of his or her duties. The parties may designate by common agreement a non-independent Neutral, so long as their choice has been made in full knowledge of the facts and, in particular, in light of the declaration filed by the Neutral before the designation takes effect.

In order to ensure the rapid appointment of the best qualified Neutral, ICC may appoint the Neutral directly or may do so after consulting a National Committee.

In accordance with Article 3(3), any party may object to a Neutral appointed by ICC within 15 days from the date of receipt of the notification of the Neutral's appointment. A party who so objects must state the reason for the objection. If the parties do not have an objection and if they wish to accelerate the process, it is in their interest to notify ICC of the absence of any objection as soon as possible. This will permit the Neutral to commence the procedure rapidly, provided that the deposit referred to in Article 4(2) has been paid.

Article 3(4) allows the parties to designate more than one Neutral and ICC to propose that more than one Neutral be appointed. It may indeed be appropriate, depending upon the situation, to have more than one Neutral in the ICC ADR proceedings. For example, the Neutrals can have different professional backgrounds and thus complement each other, which may lead to a more rapid and effective settlement of the dispute.

## **Article 4**

### **Fees and Costs**

---

The cost of the ICC ADR proceedings comprises (i) ICC administrative expenses and (ii) the remuneration of the Neutral.

ICC administrative expenses comprise the following:

- a non-refundable registration fee accompanying the Request for ADR in the amount of US\$ 1,500 (see Article 4(1) and Appendix, § A);
- administrative expenses capped at a maximum of US\$ 10,000 (see Article 4(2) and Appendix, § B).

The remuneration of the Neutral is calculated as follows:

- fees based upon an hourly rate fixed by ICC in consultation with the Neutral and the parties (see Article 4(2) and Appendix, § C);
- reasonable expenses fixed by ICC (see Article 4(2) and Appendix, § C).

This system permits ICC to control the cost of the ICC ADR proceedings and to ensure compliance with any established deadlines. Moreover, it saves the parties having to discuss fees directly with the Neutral.

It should be noted that, in accordance with Article 4(2), ICC ADR proceedings will not go forward until payment of the deposit has been received.

Article 4(3), which concerns readjustment of the initial deposit, must be read together with the Appendix, § C. Readjustments are typically based on the time spent by the Neutral.

Given the consensual nature of ICC ADR, the parties bear the costs equally, unless they agree otherwise.

## **Article 5**

### **Conduct of the ADR Procedure**

---

Article 5(1) provides that after the Neutral has been selected and the provisions of Article 4 have been complied with, a first discussion must rapidly take place between the Neutral and the parties in order (i) to seek an agreement on the settlement technique to be used

for the resolution of the dispute and (ii) to define the specific procedure to be followed.

While it is usually preferable that the discussion take place via a meeting among the parties and the Neutral, it can also occur via telephone conference, videoconference, or any other suitable means.

A wide range of ADR settlement techniques can be used pursuant to these Rules. It should be noted, however, that Dispute Review Boards (DRBs) and Dispute Adjudication Boards (DABs) are typically established through extensive contractual provisions which contain the rules to be followed for those proceedings. Thus, in principle, the Rules are not conceived for use in connection with DRBs or DABs. The ADR settlement techniques that can be used under the Rules include the following:

- 1) Mediation;
- 2) Neutral evaluation;
- 3) Mini-trial;
- 4) Any other settlement technique; or
- 5) A combination of settlement techniques.

The above list is, by its very nature, neither limiting nor exhaustive. It is important, however, that the parties have the same approach to the settlement technique to be used.

## **MEDIATION**

For purposes of the Rules, mediation is the settlement technique in which the Neutral acts as a facilitator to help the parties try to arrive at a negotiated settlement of their dispute. The Neutral is not requested to provide any opinion as to the merits of the dispute.

To facilitate an amicable settlement, the Neutral generally holds joint meetings with all of the parties present and may also hold separate meetings, often called caucuses, with each of the parties alone. These meetings permit the Neutral to create an atmosphere appropriate for negotiations, obtain useful information, identify the interests of each party and help the parties find common ground for the resolution of their dispute. Any oral statements or written documents

provided to the Neutral by one party during a separate meeting or otherwise will not be conveyed to the other party unless the first party has explicitly authorized the Neutral to do so.

### **NEUTRAL EVALUATION**

In accordance with this settlement technique, the parties ask the Neutral to provide a non-binding opinion or evaluation concerning one or more matters, such as:

- . an issue of fact;
- . a technical issue of any kind;
- . an issue of law;
- . an issue concerning the application of the law to the facts;
- . an issue concerning the interpretation of a contractual provision;
- . an issue concerning the modification of a contract.

### **MINI-TRIAL**

Mini-trial is the settlement technique in which a panel is constituted comprising the Neutral, as a facilitator, and a manager of each of the parties to the dispute. Each manager should in principle have the authority to bind the party which selected him or her and should not have been directly involved in the dispute. Each party presents its position to the panel in a concise and brief manner, after which, depending upon the situation, the panel seeks a solution acceptable to all of the parties or expresses an opinion on the positions of each side.

### **ANY OTHER SETTLEMENT TECHNIQUE**

The parties, in consultation with the Neutral and within the framework of Article 5(1), may agree upon any appropriate ADR settlement technique that would help them resolve their dispute amicably.

### **COMBINATION OF SETTLEMENT TECHNIQUES**

It may be useful to conduct ICC ADR proceedings using a combination of settlement techniques. For example,

the Neutral could be asked to give his or her opinion on a specific issue in the course of a mediation.

Regardless of the settlement technique chosen, the Neutral cannot bind the parties. However, the parties may agree contractually to abide by the Neutral's opinion, evaluation or recommendation.

During the first discussion, the parties should also seek to agree upon the most appropriate procedure to be followed. The specific procedure can include any of the following elements:

- procedural calendar;
- exchange of documents;
- production of memoranda;
- identification of persons taking part in the proceedings;
- meetings between the parties and the Neutral;
- other means to ensure the smooth execution of the procedure.

It should be recalled that the term “proceedings” covers the entire ICC ADR process which includes the specific procedure described above.

Article 5(2) provides that if the parties cannot agree upon an ADR settlement technique, mediation will be used. While Article 5(1) allows the parties themselves to select the most appropriate settlement technique, the mediation fallback provision in Article 5(2) fills the gap when the parties do not agree on another technique.

Article 5(3) provides that the Neutral, in conducting the procedure, must take into account the wishes of the parties – which is of fundamental importance given the consensual nature of ICC ADR – while being guided by principles of fairness and impartiality.

Article 5(4) stipulates that, in the absence of an agreement by the parties, the Neutral chooses the appropriate language(s) and the place of any meetings to be held.

To encourage cooperation and the smooth running of the proceedings, Article 5(5) emphasizes that the



parties must exercise good faith in their interactions with the Neutral.

## **Article 6**

### **Termination of the ADR Proceedings**

---

Article 6 lists the events that terminate ICC ADR proceedings which were commenced in accordance with the Rules:

a) The signing by the parties of a settlement agreement which puts an end to their dispute.

Such an agreement is binding upon the parties in accordance with applicable law, which may be chosen by the parties in the agreement.

b) Written notification to the Neutral by one or more of the parties that it does not wish to pursue the ICC ADR proceedings; it should be noted that this notification can be made only after the first discussion among the parties and the Neutral pursuant to Article 5(1).

The obligation to participate in the first discussion stems from the agreement of the parties to submit their dispute to the Rules. Since ICC ADR proceedings are amicable and consensual, each party has the right to terminate them after the first discussion provided for in Article 5(1). The provision making this discussion obligatory is designed to ensure that the ICC ADR will have the maximum chance of success. Indeed, it is difficult for the parties to evaluate the full potentiality of the procedure, without this first discussion with the Neutral.

c) Written notification by the Neutral to the parties that the procedure which was agreed upon during the first discussion or thereafter has been completed.

This provision deals with the case in which the ICC ADR proceedings do not result in the signature of a settlement agreement between the parties. For example, if the parties have simply agreed to obtain an opinion from the Neutral pursuant to a Neutral

evaluation, the ICC ADR proceedings will end upon the Neutral's presentation of that opinion and the Neutral's written notification thereof.

d) Written notification by the Neutral to the parties that, in his or her opinion, the ICC ADR proceedings will not result in an amicable resolution of the dispute between the parties.

This provision allows the Neutral to end the proceedings at any time, if the Neutral considers that it is not possible for the parties to arrive at an amicable resolution of their dispute within the ICC ADR proceedings.

e) The expiration of any time period set for the ICC ADR proceedings.

The parties can agree in their underlying contract or in a later agreement that the ICC ADR proceedings will terminate at the end of a fixed period of time. It can be very useful to limit the duration of the proceedings. It permits the parties to know with certainty when the proceedings will end and encourages their rapidity. The parties may of course extend the deadline if they wish to continue the procedure. At the end of the time period, the proceedings come to an end, and the Neutral notifies the parties thereof.

f) Written notification by ICC that payments due by one or more parties pursuant to the Rules have not been made.

This provision can be applied when the parties do not comply with their obligations under Article 4 of the Rules. ICC may not terminate the proceedings under this provision until at least 15 days after the due date of the payment in question.

g) Written notification by ICC that, in its opinion, (i) the designation of the Neutral was not possible or (ii) it was not reasonably possible to appoint a Neutral.

This provision can be applied, for example, if one of the parties continually objects to the Neutrals appointed by ICC.

Article 6(2) also assures that ICC, the Neutral and the

parties are effectively notified of the termination of the proceedings. It stipulates that the Neutral must inform ICC when the proceedings have ended pursuant to Article 6(1), (a) to (e). The Neutral must also provide ICC with copies of the notifications made by him or her or by one or more of the parties pursuant to Article 6(1), (b) to (e). It should be noted that any settlement agreement between the parties, as referred to in Article 6(1), (a), is never communicated to ICC, in order to preserve its confidentiality.

## **Article 7**

### **General Provisions**

---

Confidentiality is an important, if not essential, aspect of ICC ADR proceedings and permits the parties to participate therein with complete confidence. Thus, Article 7 sets out the general rule that the ICC ADR proceedings and related materials are confidential.

Article 7(1) provides that ICC ADR proceedings are private and confidential, starting from the filing of the Request for ADR. Only two exceptions are provided. First, the parties may agree that all or part of the proceedings will not be confidential, and, second, a party may disclose any given element of the ICC ADR proceedings if it is required to do so by applicable law. Any settlement agreement between the parties must also remain confidential, subject to the same two exceptions mentioned above. In addition, a party may disclose the settlement agreement if such disclosure is required for its implementation or enforcement.

Article 7(2), in application of the general rule established in Article 7(1), contains a list of what a party may not produce, relative to ICC ADR proceedings, as an element of proof in judicial, arbitral, or similar proceedings. As under Article 7(1), the parties may agree to waive this confidentiality obligation. In addition, a party will not be bound by this obligation insofar as applicable law requires it to produce one or more of the listed elements.

Article 7(3) deals with whether the Neutral may act as a judge, arbitrator, expert or representative of a party

in other proceedings related to the dispute submitted to the ICC ADR proceedings. It provides that it is entirely permissible for a Neutral to act in such capacities if all of the parties to the ICC ADR proceedings agree thereto in writing. However, it is not permissible without such an agreement.

Article 7(4) forbids the Neutral to act as a witness in any other proceedings related to the dispute submitted to the ICC ADR proceedings, unless all of the parties agree otherwise or applicable law requires him or her to do so. This article once again is designed to ensure the confidentiality of the ICC ADR proceedings.

Article 7(5) excludes the liability of ICC, its personnel and the ICC National Committees for any act or omission in connection with the ICC ADR proceedings. This provision is similar to Article 34 of the ICC Rules of Arbitration.

### PART 3 ANALYSIS OF THE SUGGESTED ICC ADR CLAUSES

Four alternative ICC ADR clauses which may be inserted by parties in their contracts are annexed to the Rules. They do not constitute model clauses but simply suggestions that can be adapted to the needs of the parties. The parties and their counsel are invited to evaluate their enforceability under the law applicable to the contract. The four clauses are presented in order of increasing obligations on the parties to submit to ICC ADR.

The first clause provides simply for the possibility, without any obligation, for the parties to submit their dispute to the Rules. It is therefore purely optional. It is designed to encourage submission to ICC ADR and to provide a basis for one party to propose ICC ADR to the other.

The second clause obligates the parties to consider submitting their dispute to the Rules. This clause is therefore not purely optional. It requires the parties

to discuss the possibility of commencing ICC ADR proceedings. However, the parties retain the right not to do so after their discussion.

The third clause obligates the parties to submit to the Rules any dispute arising in connection with their underlying contract. The clause further provides that after 45 days from the filing of the Request for ADR the parties are no longer obligated to continue the ICC ADR. This time period can be extended by the written agreement of the parties. It is indeed important to provide an automatic expiration mechanism for ADR proceedings in an ADR clause of this type. It allows the parties to know precisely when they are no longer obligated to continue the proceedings. The parties are of course expected to apply this clause in good faith. The clause does not provide for another dispute resolution mechanism in case the ICC ADR fails to resolve the dispute. In that case, the parties are free to agree to submit their dispute to arbitration, or a party may bring an action before a competent court.

The fourth clause is identical to the third, except that it expressly provides that the dispute will be submitted to ICC arbitration if it has not been resolved within 45 days after the filing of the Request for ADR, unless such time period has been extended. In that case, it is up to the claimant to file a Request for Arbitration with the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration in accordance with the ICC Rules of Arbitration.



International Chamber  
of Commerce  
*The world business  
organization*

# Dispute Resolution Services

## *ADR Rules*

*in force as from 1 July 2001*



Of the various languages in which the ICC ADR Rules and the Guide to ICC ADR may be published, the English and French versions are the only official texts.

Published in June 2001

**International Chamber of Commerce**

38, Cours Albert 1<sup>er</sup>

75008 Paris - France

Tel.: +33 1 49 53 28 28

Fax: +33 1 49 53 29 29

**Copyright © 2001**

**International Chamber of Commerce**

All rights reserved

## FOREWORD

ICC has almost eight decades of experience in devising rules to govern and facilitate the conduct of international business. These include those designed to resolve the conflicts that inevitably arise in trading relations. The present ADR Rules represent ICC's most recent initiative in this field.

The ICC ADR Rules are the result of discussions between dispute resolution experts and representatives of the business community from 75 countries. Their purpose is to offer business partners a means of resolving disputes amicably, in the way best suited to their needs. A distinctive feature of the Rules is the freedom the parties are given to choose the technique they consider most conducive to settlement. Failing agreement on the method to be adopted, the fallback shall be mediation.

As an amicable method of dispute resolution, ICC ADR should be distinguished from ICC arbitration. They are two alternative means of resolving disputes, although in certain circumstances they may be complementary. For instance, it is possible for parties to provide for arbitration in the event of failure to reach an amicable settlement. Similarly, parties engaged in an ICC arbitration may turn to ICC ADR if their dispute seems to warrant a different, more consensual approach. The two services remain distinct, however, each administered by a separate secretariat based at ICC headquarters in Paris.

The ICC ADR Rules replace the 1988 ICC Rules of Optional Conciliation and join the Rules of Arbitration, the Rules for Expertise and the Docdex Rules as an important component in ICC's range of dispute resolution services.

The ICC ADR Rules, which are effective as of 1 July 2001, may be used in domestic as well as international contexts.

June 2001

## **SUGGESTED ICC ADR CLAUSES**

### **OPTIONAL ADR**

“The parties may at any time, without prejudice to any other proceedings, seek to settle any dispute arising out of or in connection with the present contract in accordance with the ICC ADR Rules.”

### **OBLIGATION TO CONSIDER ADR**

“In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree in the first instance to discuss and consider submitting the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules.”

### **OBLIGATION TO SUBMIT DISPUTE TO ADR WITH AN AUTOMATIC EXPIRATION MECHANISM**

“In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, the parties shall have no further obligations under this paragraph.”

### **OBLIGATION TO SUBMIT DISPUTE TO ADR, FOLLOWED BY ICC ARBITRATION AS REQUIRED**

“In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, such dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.”

## **ADR RULES OF THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE**

### **Preamble**

---

Amicable settlement is a desirable solution for business disputes and differences. It can occur before or during the litigation or arbitration of a dispute and can often be facilitated through the aid of a third party (the “Neutral”) acting in accordance with simple rules. The parties can agree to submit to such rules in their underlying contract or at any other time.

The International Chamber of Commerce (“ICC”) sets out these amicable dispute resolution rules, entitled the ICC ADR Rules (the “Rules”), which permit the parties to agree upon whatever settlement technique they believe to be appropriate to help them settle their dispute. In the absence of an agreement of the parties on a settlement technique, mediation shall be the settlement technique used under the Rules. The Guide to ICC ADR, which does not form part of the Rules, provides an explanation of the Rules and of various settlement techniques which can be used pursuant to the Rules.

### **Article 1 Scope of the ICC ADR Rules**

---

All business disputes, whether or not of an international character, may be referred to ADR proceedings pursuant to these Rules. The provisions of these Rules may be modified by agreement of all of the parties, subject to the approval of ICC.

### **Article 2 Commencement of the ADR Proceedings**

---

A Where there is an agreement to refer to the Rules

1

Where there is an agreement between the parties to refer their dispute to the ICC ADR Rules, any party or

parties wishing to commence ADR proceedings pursuant to the Rules shall send to ICC a written Request for ADR, which shall include:

- a) the names, addresses, telephone and facsimile numbers and e-mail addresses of the parties to the dispute and their authorized representatives, if any;
- b) a description of the dispute including, if possible, an assessment of its value;
- c) any joint designation by all of the parties of a Neutral or any agreement of all of the parties upon the qualifications of a Neutral to be appointed by ICC where no joint designation has been made;
- d) a copy of any written agreement under which the Request for ADR is made; and
- e) the registration fee of the ADR proceedings, as set out in the Appendix hereto.

2

Where the Request for ADR is not filed jointly by all of the parties, the party or parties filing the Request shall simultaneously send the Request to the other party or parties. Such Request may include any proposal regarding the qualifications of a Neutral or any proposal of one or more Neutrals to be designated by all of the parties. Thereafter, all of the parties may jointly designate a Neutral or may agree upon the qualifications of a Neutral to be appointed by ICC. In either case, the parties shall promptly notify ICC thereof.

3

ICC shall promptly acknowledge receipt of the Request for ADR in writing to the parties.

B Where there is no agreement to refer to the Rules

1

Where there is no agreement between the parties to refer their dispute to the ICC ADR Rules, any party or parties wishing to commence ADR proceedings

pursuant to the Rules shall send to ICC a written Request for ADR, which shall include:

- a) the names, addresses, telephone and facsimile numbers and e-mail addresses of the parties to the dispute and their authorized representatives, if any;
- b) a description of the dispute including, if possible, an assessment of its value; and
- c) the registration fee of the ADR proceedings, as set out in the Appendix hereto.

The Request for ADR may also include any proposal regarding the qualifications of a Neutral or any proposal of one or more Neutrals to be designated by all of the parties.

2

ICC shall promptly inform the other party or parties in writing of the Request for ADR. Such party or parties shall be asked to inform ICC in writing, within 15 days of receipt of the Request for ADR, as to whether they agree or decline to participate in the ADR proceedings. In the former case, they may provide any proposal regarding the qualifications of a Neutral and may propose one or more Neutrals to be designated by the parties. Thereafter, all of the parties may jointly designate a Neutral or may agree upon the qualifications of a Neutral to be appointed by ICC. In either case, the parties shall promptly notify ICC thereof.

In the absence of any reply within such 15-day period, or in the case of a negative reply, the Request for ADR shall be deemed to have been declined and ADR proceedings shall not be commenced. ICC shall promptly so inform in writing the party or parties which filed the Request for ADR.

### **Article 3**

#### **Selection of the Neutral**

---

1

Where all of the parties have jointly designated a Neutral, ICC shall take note of that designation, and



such person, upon notifying ICC of his or her agreement to serve, shall act as the Neutral in the ADR proceedings. Where a Neutral has not been designated by all of the parties, or where the designated Neutral does not agree to serve, ICC shall promptly appoint a Neutral, either through an ICC National Committee or otherwise, and notify the parties thereof. ICC shall make all reasonable efforts to appoint a Neutral having the qualifications, if any, which have been agreed upon by all of the parties.

2

Every prospective Neutral shall promptly provide ICC with a *curriculum vitae* and a statement of independence, both duly signed and dated. The prospective Neutral shall disclose to ICC in the statement of independence any facts or circumstances which might be of such nature as to call into question his or her independence in the eyes of the parties. ICC shall provide such information to the parties in writing.

3

If any party objects to the Neutral appointed by ICC and notifies ICC and the other party or parties thereof in writing, stating the reasons for such objection, within 15 days of receipt of notification of the appointment, ICC shall promptly appoint another Neutral.

4

Upon agreement of all of the parties, the parties may designate more than one Neutral or request ICC to appoint more than one Neutral, in accordance with the provisions of these Rules. In appropriate circumstances, ICC may propose the appointment of more than one Neutral to the parties.

## **Article 4**

### **Fees and Costs**

---

1

The party or parties filing a Request for ADR shall include with the Request a non-refundable registration

fee, as set out in the Appendix hereto. No Request for ADR shall be processed unless accompanied by the requisite payment.

2

Following the receipt of a Request for ADR, ICC shall request the parties to pay a deposit in an amount likely to cover the administrative expenses of ICC and the fees and expenses of the Neutral for the ADR proceedings, as set out in the Appendix hereto. The ADR proceedings shall not go forward until payment of such deposit has been received by ICC.

3

In any case where ICC considers that the deposit is not likely to cover the total costs of the ADR proceedings, the amount of such deposit may be subject to readjustment. ICC may stay the ADR proceedings until the corresponding payments are made by the parties.

4

Upon termination of the ADR proceedings, ICC shall settle the total costs of the proceedings and shall, as the case may be, reimburse the parties for any excess payment or bill the parties for any balance required pursuant to these Rules.

5

All above deposits and costs shall be borne in equal shares by the parties, unless they agree otherwise in writing. However, any party shall be free to pay the unpaid balance of such deposits and costs should another party fail to pay its share.

6

A party's other expenditure shall remain the responsibility of that party.

## **Article 5**

### **Conduct of the ADR Procedure**

---

1

The Neutral and the parties shall promptly discuss, and

seek to reach agreement upon, the settlement technique to be used, and shall discuss the specific ADR procedure to be followed.

2

In the absence of an agreement of the parties on the settlement technique to be used, mediation shall be used.

3

The Neutral shall conduct the procedure in such manner as the Neutral sees fit. In all cases the Neutral shall be guided by the principles of fairness and impartiality and by the wishes of the parties.

4

In the absence of an agreement of the parties, the Neutral shall determine the language or languages of the proceedings and the place of any meetings to be held.

5

Each party shall cooperate in good faith with the Neutral.

## **Article 6**

### **Termination of the ADR Proceedings**

---

1

ADR proceedings which have been commenced pursuant to these Rules shall terminate upon the earlier of:

- a) the signing by the parties of a settlement agreement;
- b) the notification in writing to the Neutral by one or more parties, at any time after the discussion referred to in Article 5(1) has occurred, of a decision no longer to pursue the ADR proceedings;
- c) the completion of the procedure established pursuant to Article 5 and the notification in writing thereof by the Neutral to the parties;
- d) the notification in writing by the Neutral to the

- parties that the ADR proceedings will not, in the Neutral's opinion, resolve the dispute between the parties;
- e) the expiration of any time limit set for the ADR proceedings, if not extended by all of the parties, such expiration to be notified in writing by the Neutral to the parties;
  - f) the notification in writing by ICC to the parties and the Neutral, not less than 15 days after the due date for any payment by one or more parties pursuant to these Rules, stating that such payment has not been made; or
  - g) the notification in writing by ICC to the parties stating, in the judgment of ICC, that there has been a failure to designate a Neutral or that it has not been reasonably possible to appoint a Neutral.

2

The Neutral, upon any termination of the ADR proceedings pursuant to Article 6(1), (a)-(e), shall promptly notify ICC of the termination of the ADR proceedings and shall provide ICC with a copy of any notification referred to in Article 6(1), (b)-(e). In all cases ICC shall confirm in writing the termination of the ADR proceedings to the parties and the Neutral, if a Neutral has already been designated or appointed.

## **Article 7**

### **General Provisions**

---

1

In the absence of any agreement of the parties to the contrary and unless prohibited by applicable law, the ADR proceedings, including their outcome, are private and confidential. Any settlement agreement between the parties shall similarly be kept confidential except that a party shall have the right to disclose it to the extent that such disclosure is required by applicable law or necessary for purposes of its implementation or enforcement.

2

Unless required to do so by applicable law and in the

absence of any agreement of the parties to the contrary, a party shall not in any manner produce as evidence in any judicial, arbitration or similar proceedings:

- a) any documents, statements or communications which are submitted by another party or by the Neutral in the ADR proceedings, unless they can be obtained independently by the party seeking to produce them in the judicial, arbitration or similar proceedings;
- b) any views expressed or suggestions made by any party within the ADR proceedings with regard to the possible settlement of the dispute;
- c) any admissions made by another party within the ADR proceedings;
- d) any views or proposals put forward by the Neutral;  
or
- e) the fact that any party had indicated within the ADR proceedings that it was ready to accept a proposal for a settlement.

3

Unless all of the parties agree otherwise in writing, a Neutral shall not act nor shall have acted in any judicial, arbitration or similar proceedings relating to the dispute which is or was the subject of the ADR proceedings, whether as a judge, as an arbitrator, as an expert or as a representative or advisor of a party.

4

The Neutral, unless required by applicable law or unless all of the parties agree otherwise in writing, shall not give testimony in any judicial, arbitration or similar proceedings concerning any aspect of the ADR proceedings.

5

Neither the Neutral, nor ICC and its employees, nor the ICC National Committees shall be liable to any person for any act or omission in connection with the ADR proceedings.

**APPENDIX  
SCHEDULE OF ADR COSTS**

**A**

The party or parties filing a Request for ADR shall include with the Request a non-refundable registration fee of US\$ 1,500 to cover the costs of processing the Request for ADR. No Request for ADR shall be processed unless accompanied by the requisite payment.

**B**

The administrative expenses of ICC for the ADR proceedings shall be fixed at ICC's discretion depending on the tasks carried out by ICC. Such administrative expenses shall not exceed the maximum sum of US\$ 10,000.

**C**

The fees of the Neutral shall be calculated on the basis of the time reasonably spent by the Neutral in the ADR proceedings, at an hourly rate fixed for such proceedings by ICC in consultation with the Neutral and the parties. Such hourly rate shall be reasonable in amount and shall be determined in light of the complexity of the dispute and any other relevant circumstances. The amount of reasonable expenses of the Neutral shall be fixed by ICC.

**D**

Amounts paid to the Neutral do not include any possible value added taxes (VAT) or other taxes or charges and imposts applicable to the Neutral's fees. Parties are required to pay any such taxes or charges; however, the recovery of any such taxes or charges is a matter solely between the Neutral and the parties.



## **DIRECTORIO**

### **"ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio".**

Consejo Editorial.

Directora. Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico. Pti. Alejandro Bosch Sánchez

Presidente ICC México. Ing. Guillermo Cadena Acevedo

Director Ejecutivo ICC México. Ing. Carlos Espinosa Castillo

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio - gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción - sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: "ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C."

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C."

Revista Trimestral de julio 2001.

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2001-021211090100-106.

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. De las Naciones número 1 Col Nápoles 03810, Oficina 20 Nivel 14, Edificio World Trade Center, México D.F.

Imprenta. SIGN asociados S.C. Pibres 74, Col. del Valle, México D.F. 03100.

Distribuidor. ICC México, Av. De las Naciones número 1 Col. Nápoles, 03810, Oficina 20 Nivel 14, Edificio World Trade Center, México D.F.



70 años



alimentando



generación



tras generación

