

## MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Fernando ESTAVILLO CASTRO\*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Introducción*. III. *Concepto*. IV. *La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional*. V. *Algunos ejemplos de utilización de MASC*. VI. *Algunas especies de MASC*. VII. *Transacción*. VIII. *Bibliografía*.

### I. PREÁMBULO

Es, para quien esto escribe, un honor haber sido invitado a participar en unión de tan distinguidos colegas en esta obra colectiva que pretende hacer un merecido reconocimiento al colega y amigo, el doctor Rodolfo Cruz Miramontes, por la trayectoria profesional a que con tanta calidad como dignidad, decoro y distinción, ha dedicado la mayor parte de su vida. Ciertamente, no es este el primer reconocimiento que recibe Rodolfo por su labor, así como a la fecha tampoco ha recibido todos los que por su desempeño profesional merece —y por tanto es seguro que no será el último—, mas es esta una oportunidad particularmente propicia para dejar testimonio duradero de respeto y afecto, precisamente en un escenario como este, tan entrañable para Rodolfo, y lo hago con particular agrado.

Siendo el homenajeado un hombre que ha llegado a este momento de su vida con una actividad tan vasta como rica y plena, que además ha estado caracterizada por tantas facetas, que van desde lo espiritual a lo epicúreo, invitando así a evocar casi cualquier tema en esta ocasión, este foro es el

\* Abogado litigante, profesor de Solución de controversias internacionales en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

del derecho, y por tanto cualquier reflexión objeto de estos trabajos debe centrarse en temas propios de esta disciplina, a la que de tan buena manera se ha dedicado Rodolfo.

Teniendo en cuenta que una parte importante del quehacer profesional de Rodolfo la han ocupado las cuestiones relativas a la solución de controversias internacionales, en foros que han comprendido la formación propia, la cátedra, la pluma y el ejercicio profesional, me parece pertinente hablar del tema objeto de este trabajo, ya que el destinatario de nuestro reconocimiento también se ha dedicado al mismo de diversas maneras.

En efecto, específicamente tratándose de este tema, me viene a la mente la ocasión en que el despacho estadounidense Shearman & Sterling organizó, con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados, entre ellos el de Rodolfo y el de quien esto escribe, una Conferencia México-Estados Unidos sobre Resolución de Controversias Internacionales, que se llevó a cabo en la ciudad de México en los primeros días del mes de noviembre de 1995. Fue en esa Conferencia donde el suscrito presentó una exposición sobre el tema entonces novedoso de los medios alternativos de solución de controversias, que un poco más tarde dio pie a la preparación de un trabajo con el mismo título, publicado en el número 26 de *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, en 1996, que a su vez originó la voz homónima que ahora aparece en la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, y en su momento apareció en las obras que la precedieron.<sup>1</sup>

El escenario prevaleciente en 1996, por reciente que parezca, ha cambiado de manera importante desde entonces, y por lo cual amerita una revisita al tema para ponerlo al día, particularmente a la luz del hecho de que estas cuestiones, en aquel entonces no sólo novedosas, sino prácticamente desconocidas en México, son ahora no sólo objeto de interés, sino materia integrante de los planes de estudio de cada vez más universidades.

La convergencia con Rodolfo en estos temas y en responsabilidades profesionales relacionadas con los mismos, particularmente el arbitraje, abrieron el camino para el florecimiento y desarrollo de la amistad y afecto que hoy disfrutamos, y que a mí me honran, y con estas líneas me sumo al respetuoso reconocimiento que con esta obra se hace a nuestro homenajeado.

<sup>1</sup> Particularmente el *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano* y la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*.

## II. INTRODUCCIÓN

En sus orígenes, y hasta fecha relativamente reciente, la solución de controversias se había mantenido en un plano que al margen de las pocas o muchas variaciones que hubiera sufrido en los campos doctrinal y procesal mantenía una gran semejanza con los procedimientos y escenarios precedentes. El escenario contractual aparecía caracterizado por contratos con un objeto monolítico o poco complejo, de escasa sofisticación y gran estabilidad; bilateralidad contractual, con una parte de cada lado, o muy pocas más; partes de la misma nacionalidad o a lo sumo de dos nacionalidades diferentes; todo ello, a diferencia del escenario de las últimas décadas, caracterizado por contratos con un objeto múltiple, complejo, de gran sofisticación y frecuentemente evolutivo; relaciones contractuales *multi partes*, donde éstas, además de su número, suelen pertenecer a diferentes grupos corporativos, con nacionalidades, idiomas, culturas y sistemas jurídicos diversos, en virtud de la creciente globalización del comercio.

En efecto, 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 o 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>2</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 mecanismos 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 mecanismos, o sea, mecanismos 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 internacio-

<sup>2</sup> Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 21.

nal, precedentes y aun 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 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 un esquema de ganar/ganar, en el que cada una de las partes pueda encontrar un incentivo para resolver amigablemente su diferencia.

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>3</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>4</sup>

Tradicionalmente, cuando se hablaba de medios o mecanismos alternativos de solución de controversias se pensaba inmediatamente en el arbitraje, hasta entonces el mecanismo que por antonomasia podría constituirse en una alternativa viable respecto de la solución judicial de las controversias, a la que se atribuían procedimientos más extensos, complejos, formalistas y onerosos. De esa manera, si bien un mecanismo co-

<sup>3</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Deontología jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1987, p. 181.

<sup>4</sup> *Idem*.

mo la conciliación tenía ya acreditados siglos de existencia, y en esencia permanecía con sus características originales, e incluso seguía siendo puesto en práctica en algunos casos, en aquellos en que la conciliación no era capaz de conducir a una transacción, el arbitraje era el único mecanismo merecedor del calificativo de *medio alternativo de solución de controversias*, respecto de la vía judicial.

Empero, durante el último cuarto del siglo XX, ante la realidad de litigios difíciles y prolongados, no sólo en la vía judicial, sino también eventualmente en la vía arbitral, surgieron convencionalmente de las propias partes en pugna, como respuesta a esa problemática, diversos mecanismos no adversariales de solución de controversias, que tienen como origen la sola voluntad de las partes y como un común denominador la celeridad, informalidad y flexibilidad de los procedimientos, pretendiendo constituir alternativas ventajosas no sólo frente al litigio judicial o administrativo, sino también frente al arbitraje, para la solución de controversias en que intervienen particulares.

Estos mecanismos 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 autores como Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern<sup>5</sup> atribuyen su popularidad en ese país, así como su creciente aceptación en otros países, al hecho de que son un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los mecanismos tradicionales de solución de controversias, y aun del arbitraje mismo. Estos mecanismos son ya crecientemente conocidos en México como medios alternativos de solución de controversias, y en otros países de habla hispana, como Argentina,<sup>6</sup> 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 alternativa de controversias —cada vez menos, dada la creciente popularidad de estos mecanismos— a menudo resultaron equívocas frente a los instrumentos estadounidenses de inversión denominados “American Depositary Receipts” y conocidos como “ADR”.

<sup>5</sup> Hunter, Martin *et al.*, *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

<sup>6</sup> Wilde, Zulema D. y Gaibrois, Luis M., *Qué es la mediación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 11.

Partiendo del mismo concepto, y como una variación del tradicional y generalmente aceptado de “ADR”, el “Reglamento ADR de la CCI”, de la Cámara de Comercio Internacional, “CCI” (International Chamber of Commerce, “ICC”) visualiza estos mecanismos de solución de controversias como medios “amigables” de solución de controversias, enfatizando así su naturaleza no adversarial, por lo que en dicho Reglamento las siglas “ADR” llevan implícito el concepto de “amicable dispute resolution” más que el de “alternative dispute resolution”, independientemente de que la propia CCI decidió adoptar el acrónimo “ADR” para su nuevo reglamento de mecanismos alternativos de solución de controversias, por considerar que se ha vuelto universalmente indicativo del tema a que se refiere dicho acrónimo, y así lo conservó en las traducciones del reglamento que se comenta a diversos idiomas. A continuación, por brevedad, se refieren los medios alternativos de solución de controversias como “MASC”.

Brown, Marriott,<sup>7</sup> Hunter, Paulsson, Rawding y Redfern,<sup>8</sup> así como Reed y Schwartz,<sup>9</sup> entre otros autores, atribuyen ventajas a los MASC desde los puntos de vista de flexibilidad, concentración en los conceptos relevantes de la controversia prescindiendo de cuestiones secundarias, celeridad, menor costo, probabilidad de evitar un litigio, confidencialidad y posibilidad de preservar la relación entre las partes. Asimismo, les atribuyen ciertas desventajas; por ejemplo, no ser idóneos en algunos 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 utilice en un litigio ulterior la información, personas o documentos a que hubiera tenido acceso mediante el MASC; la circunstancia de que, salvo en circunstancias excepcionales, la iniciación de un MASC no suspende el plazo de la prescripción; la falta de exigibilidad de los acuerdos de negociar, y eventuales problemas para ejecutar la resolución alcanzada con el MASC.

<sup>7</sup> Brown, Henry J. y Marriott, Arthur L., *ADR principles and practice*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999, y Marriott, Arthur L., “ ‘Tell it to the judge... but only if you feel you must’: the 1995 Freshfields lecture”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 12, núm. 1, 1996.

<sup>8</sup> Hunter, Martin *et al.*, *op. cit.*, nota 5.

<sup>9</sup> Paulsson, Jan *et al.*, *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, 2a. ed. revisada, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999.

## III. CONCEPTO

Según Brown y Marriott,<sup>10</sup> 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 necesariamente 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.

En esencia, los MASC proponen una solución no adversarial de la controversia dentro de una fórmula ganar/ganar, en la que cada una de las partes pueda encontrar algo que ganar con la solución, a diferencia de los medios adversariales de solución de las controversias, en los que la controversia se resuelve con la fórmula *ganador/perdedor* o, en muchos casos, con una fórmula *perdedor/perdedor*. Algunos de los MASC que a continuación se describen pueden verdaderamente ser alternativos, al grado 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 las partes 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, esto es a todas luces difícil de llevar a la práctica, pues como bien refie-

<sup>10</sup> Brown, Henry J. y Marriott, Arthur L., *op. cit.*, nota 7.



ren Redfern y Hunter<sup>11</sup> “...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”. Esto explica la práctica crecientemente adoptada, no sólo por los órganos jurisdiccionales, sino por las instituciones administradoras de arbitrajes y por los propios tribunales arbitrales, de admitir y dar curso a las demandas de las partes, no obstante existir alguna cláusula contractual que obligue a agotar una “instancia” negociadora, por considerar que la presentación de la demanda es una muestra convincente de que quien la presenta no tiene, al menos por el momento, la voluntad de negociar sus pretensiones.

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.

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],<sup>12</sup> también citado por Redfern y Hunter; y subsecuentemente en virtud del Acta de Arbitraje Inglesa de 1996), generalmente 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 medio alternativo de solución de controversias estipulado contractualmente; a diferencia de lo que sucede en el caso del arbitraje, donde por disposición expresa del artículo 1424 del Código de

<sup>11</sup> Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

<sup>12</sup> Connerty, Anthony, “The role of ADR in the resolution of international disputes”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 12, núm. 1, 1996.

Comercio, ante la existencia de un acuerdo de arbitraje debe prevalecer la jurisdicción arbitral, y así sucede en aquellos países que disfrutan de una cultura arbitral avanzada, en contraste con aquellos en los que los propios juzgadores llegan al extremo de desobedecer las disposiciones de su propio derecho positivo y aun de los tratados internacionales que tutelan la preeminencia del acuerdo de arbitraje. En el procedimiento civil mexicano, a diferencia del caso del arbitraje, antes mencionado, un juez carecería de facultades para desechar una demanda bajo el argumento de que está pendiente la realización de un procedimiento alternativo de solución de controversias convenido por las partes.

#### IV. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

Ante la problemática referida, y en vista del auge creciente del empleo de mecanismos alternativos para la solución de controversias, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida como CNUDMI por sus siglas en español y aun más como Uncitral por sus siglas en inglés) aprobó, en junio de 2002, durante su 35o. periodo de sesiones, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, presentada a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su quincuagésimo séptimo periodo de sesiones.

Como es sabido, las “leyes modelo” de la CNUDMI (Uncitral) no son propiamente leyes modelo, sino modelos de leyes que dicha institución elabora y propone para su incorporación al derecho positivo de aquellos Estados que deseen adoptarlas. Así como en su momento la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, ha dado lugar a la transformación del arbitraje comercial moderno en aquellos países que como en el caso de México (*Diario Oficial* del 22 de julio de 1993) la han incorporado *mutatis mutandis* a su derecho positivo, la nueva Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional podría igualmente contribuir a resolver, en aquellos países que la adopten, una buena parte de los problemas comunes que hoy enfrentan los MASC en prácticamente todo el mundo.

Entre otras cuestiones sobresalientes, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional contempla, en cuanto al ámbito

de su aplicación, su aplicabilidad a la conciliación comercial internacional, sin perjuicio de que los Estados que deseen incorporar la Ley Modelo a su derecho interno la hagan aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales, y además, conforme a dicha Ley Modelo, “se entenderá por ‘conciliación’ todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros... que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas”. Conforme a este concepto, las disposiciones de la Ley Modelo serían aplicables de manera vinculante prácticamente a cualquier tipo de MASC, en aquellos países que las incorporasen a su derecho positivo.

Tratándose de otra cuestión muy trascendente, que es la prescripción —que los MASC por lo general no son capaces de interrumpir— la Ley Modelo señala que los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrán incorporar en su derecho interno una disposición en el sentido de que cuando se inicie el procedimiento de conciliación dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de conciliación, y cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

En materia de confidencialidad, la Ley Modelo señala que, a menos que las partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por la ley o que sea necesaria a efecto de cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Tratándose de otra cuestión que ha sido motivo de preocupación generalizada, la Ley Modelo señala que las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en el procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar, en relación con: i) la invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en él; ii) las opiniones o sugerencias de una de las partes, respecto de un posible arreglo de la controversia; iii) las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el

curso del procedimiento conciliatorio; iv) las propuestas presentadas por el conciliador; v) el hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador; vi) cualquier documento preparado únicamente para fines del procedimiento conciliatorio.

Asimismo, conforme a la Ley Modelo, ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información anterior, y si se presentara como prueba en contravención a las disposiciones referidas, dicha prueba no se considerará admisible, sino en la medida en que la ley lo prescriba o sea necesario para el cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Conforme a la Ley Modelo, salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio ni en otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. Asimismo, cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo estipulado en él, salvo en la medida necesaria para la salvaguarda de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan; y el inicio del procedimiento arbitral o judicial no constituirá en sí mismo una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Finalmente, en relación con la ejecutoriedad del acuerdo de transacción, la Ley Modelo señala que si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución, y señala además al respecto que los Estados que la incorporen a su derecho positivo podrán añadir una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad. En el caso de México, no obstante la sensible contribución de la jurisprudencia a la certidumbre jurídica por lo que hace al carácter de cosa juzgada que tiene la transacción, gracias a una contradicción de tesis, al implantar las disposiciones de la Ley Modelo se podrían precisar las cuestiones inherentes a su ejecución.

## V. ALGUNOS EJEMPLOS DE UTILIZACIÓN DE MASC

Existen numerosas referencias sobre el empleo de mecanismos alternativos de solución de controversias, y las que remencionan al calce son sólo algunas.<sup>13</sup>

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 CCI), por su parte, contaba con un Reglamento de Conciliación Facultativa que, por cierto, tuvo muy limitada utilización en la práctica, para ser sustituido por el Reglamento de ADR de la CCI, del 1o. de julio de 2001.

La propia CCI, al actualizar su visión respecto a los MASC, cuenta ahora con un nuevo Reglamento de Peritaje, del 1o. de enero de 2003, y de un Reglamento de Dispute Boards, del 1o. de septiembre de 2004, que más adelante se comentan brevemente.

El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones, “CIADI” (International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID”) cuenta 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

<sup>13</sup> Entre otras obras al respecto, Cruz Barney, Óscar, “Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias”, *Ars Iuris*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 2000, núm. 23; Davidson, Paul y Pret, Luis (eds.), *Commercial arbitration in the Americas/El arbitraje comercial en las Américas*, México, Université d’Ottawa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992; Dore, Isaak I., *The UNCITRAL framework for arbitration in contemporary perspective*, Londres, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993; Hunter, Martin *et al.*, *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, *cit.*, nota 5, pp. 63 y 64; Marriott, Arthur, “‘Tell it to the judge... but only if you feel you must’: The 1995 Freshfields lecture”, *cit.*, nota 7; Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Perezniето Editores, 1994; Siqueiros, José Luis, “Métodos de solución de controversias en los esquemas interamericanos de integración y libre comercio”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 25, t. II, 1995, pp. 335-349.

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. Además de casos como los que se citan en este trabajo, cabe 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), promovió y en ocasiones hizo 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) promovió la utilización de “ADR” por dependencias federales.<sup>14</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 autorregulada 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, implantó un procedimiento de solución de controversias, mediante 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” o *mini trial*— implementó

<sup>14</sup> McLaughlin, Joseph T. y Beever, Vanessa, “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 patrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados.

luego un novedoso mecanismo interno para prevención de controversias, con nuevos enfoques para su manejo en caso de surgir éstas.<sup>15</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.

## VI. ALGUNAS ESPECIES DE MASC

En el auge de los MASC, de manera casi cotidiana aparecen en distintos países, diversos mecanismos, frecuentemente equivalentes o similares a otros ya existentes, con el objetivo común de resolver, de manera voluntaria, amigable, no adjudicatoria, expedita y económica, controversias de las más diversas índoles. Se mencionan brevemente a continuación algunos de los numerosos MASC conocidos, y, por su frecuente origen anglosajón, se indica el nombre con que se les conoce en inglés y se les menciona en las diversas publicaciones. Además de lo anterior, tratándose no sólo de la conciliación y de la mediación, sino de los demás mecanismos que a continuación se comentan, es importante tener en cuenta lo dicho en párrafos anteriores en relación con la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”.

### 1. *Negociación* (negotiation)

Podría decirse que la negociación constituye el gran género entre los mecanismos alternativos de solución de controversias, seguramente el más antiguo de ellos, y el MASC por excelencia. No sólo los abogados, sino los legos en la materia, lo han empleado y lo seguirán empleando instintivamente como un primer acercamiento cada vez que una controversia permita una solución no adversarial y tengan el ánimo de darla por terminada de esa manera, que como punto de partida no requiere de más que el ingrediente volitivo y una interlocución directa entre las partes,

<sup>15</sup> *Idem.*

que eventualmente puede incluso dar origen a un procedimiento sumamente simple para establecer la forma en que las partes llevarán al cabo su comunicación negociadora.<sup>16</sup>

Es por esto que no resulta extraño que en algunos contratos aparezca una cláusula que expresamente disponga el agotamiento de una primera fase en la que las partes intenten resolver sus diferencias mediante negociación directa, antes de intentar una vía contenciosa, estipulando un periodo de “enfriamiento” antes de intentar el litigio. Asimismo, el Tratado de Libre Comercio para América del Norte contempla expresamente como una primera fase en su capítulo XI, el mecanismo de *negociación* para la solución de controversias entre inversionista y el Estado, en materia de inversión.

Dado que este tipo de mecanismo no es susceptible de interrumpir la prescripción, el periodo de negociación debe ser breve, y debe prever su conclusión automática, y el recurso al arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, después de cierto plazo. Por otra parte, en aquellos casos en que las partes no son capaces de lograr un acuerdo mediante *negociación* directa, mas coinciden en el propósito de lograr una solución no adversarial, pueden considerar el recurso a la mediación, considerada como una negociación asistida, o a algún otro tipo de MASC, con la intervención de un *tercero neutral* que actúe como un facilitador que persiga la avenencia de las partes y las asista en su intento de lograr de común acuerdo una solución no adversarial de su controversia de manera mutuamente satisfactoria para ellas.

## 2. Conciliación (conciliation)

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

<sup>16</sup> Azar Manzur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Porrúa, 2003; Brown, Henry J. y Marriot, Arthur L., *op. cit.*, nota 7; Goldberg, Stephen B. *et al.*, *Dispute resolution-negotiation, mediation, and other processes*, Boston, Toronto, Londres, Little, Brown and Company, 1992.



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, del 4 de mayo de 1857, incluyó un juicio verbal con la obligación (artículo 10) de exhortar a las partes a una “composición amigable” y, además (artículo 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 acreditara 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, en vigor, al regular la justicia de paz obliga al juez (artículo 20, fracción VI)<sup>17</sup> a exhortar a las partes, antes de pronunciar el fallo, a una “composición amigable”,<sup>18</sup> y en 1986 se reforma dicho Código siguiendo modelos extranjeros, para introducir (artículo 272-A)<sup>19</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 ajena al concepto moderno de *medios alternativos de solución de controversias* que hemos venido comentando.

Gramaticalmente,<sup>20</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 pro-

<sup>17</sup> Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de mayo de 1996.

<sup>18</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.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, t. I, p. 453.

<sup>19</sup> Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de mayo de 1996.

<sup>20</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, p. 415.

posiciones o doctrinas al parecer contrarias” y “granjear o ganar los ánimos o la benevolencia...”.

Jurídicamente, en la *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*<sup>21</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>22</sup> señala que la conciliación “...puede ser intentada por espontánea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las 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>23</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>24</sup> como “...el finiquito de una disputa de una manera amigable... 2. Un proceso en el que una persona neutral se reúne con las partes en una disputa y explora cómo podría ser resuelta la disputa; especialmente, un método no estructurado de resolución de controversias en el que un tercero facilita la comunicación entre las partes en un intento de ayudarlas a transigir sus diferencias...”.

<sup>21</sup> Barajas Montes de Oca, Santiago y Méndez Silva, Ricardo, “Conciliación”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II, pp. 503-507.

<sup>22</sup> Nápoli, Rodolfo A., “Conciliación y arbitraje”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1992, t. III, pp. 592-595.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Garner, Bryan A. (editor en jefe), “Conciliation”, *Black’s Law Dictionary*, 8a. ed., Thomson West, 2004, p. 307. Traducción del autor.

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>25</sup>

Según De Pina y De Pina Vara,<sup>26</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>27</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>28</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 con-

<sup>25</sup> Reif, Linda C., “Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes”. Cit. por McLaughlin, Joseph T., y Beever, Vanessa, *op. cit.*, nota 14.

<sup>26</sup> Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de, “Conciliación”, *Diccionario de Derecho*, 21a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 178.

<sup>27</sup> Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 159.

<sup>28</sup> Pallares, Eduardo, “Conciliación”, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 1966, pp. 154 y 155.

troversias 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”.

Siguiendo la terminología de Carnelutti, Alcalá-Zamora<sup>29</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>30</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>31</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>32</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>33</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>34</sup>

Es también interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora<sup>35</sup> de que la conciliación “...no es una *forma* distinta de autocomposición y sí únicamente un *medio* especial predispuesto para intentar lograrla, ya sea

<sup>29</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 13.

<sup>30</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal mexicano*, *cit.*, nota 18, pp. 430 y ss.

<sup>31</sup> En realidad, según refiere el propio Alcalá-Zamora (*ibidem*, p. 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>32</sup> *Ibidem*, pp. 447 y 448.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 452.

<sup>35</sup> *Idem*.

en virtud de desistimiento del atacante, de allanamiento del atacado o de transacción entre ambos...”.

Fairén Guillén<sup>36</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 que aun en los casos en que el juez mismo llega a tener intervención, “pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdicente”,<sup>37</sup> la conciliación sigue teniendo un carácter autocompositivo.

Alcalá-Zamora<sup>38</sup> y Fairén Guillén<sup>39</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*,

<sup>36</sup> Fairén Guillén, Víctor, “Figuras extraprocesales de arreglo de conflictos: la conciliación, la mediación, el *ombudsman*”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, 1994, pp. 859 y 860.

<sup>37</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., nota 29, pp. 73 y 74.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 78 et seq., y *Derecho procesal mexicano*, cit., nota 18, pp. 430-461.

<sup>39</sup> Fairén Guillén, Víctor, *op. cit.*, nota 36, pp. 860 y ss.

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 regirán 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 quisiera 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 respetivo 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 usuarios de servicios financieros e instituciones financieras, según éstas se definen en la Ley de Protección y De-

fensa al Usuario de Servicios Financieros (artículos 11, 60 y demás relativos de dicha Ley);

- Conflictos autorales (artículo 133 de la Ley Federal del Derecho de Autor).

Como cabe advertir después de todo lo anterior, si bien para llegar a un acuerdo en relación con una situación controvertida, la intervención de un tercero no es indispensable para conciliar la diferencia —y de hecho así ha sucedido desde tiempo inmemorial— en el concepto moderno de la conciliación como parte de los MASC encontramos invariablemente la intervención del tercero neutral que funge como conciliador. 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; sin embargo, debe señalarse que no existe consenso en cuanto al papel que debe desempeñar el conciliador, y así se advierte también de los términos de la Ley Modelo de Uncitral en materia de conciliación.

### 3. *Mediación* (mediation)

Tal y como sucedió en el caso de la conciliación, la mediación generalmente conocida en México hasta los últimos cinco años del siglo XX era ajena al concepto moderno de medios alternativos de solución de controversias que hemos venido comentando. Prueba de ello es que aunque gramaticalmente<sup>40</sup> el vocablo “mediación” significaba desde entonces “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>41</sup> —como sucedía con la *Enciclopedia Jurídica*

<sup>40</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, pp. 951 y 952.

<sup>41</sup> Méndez Silva, Ricardo, “Mediación internacional”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1988, t. III, pp. 2089 y 2090.

*Omeba* hasta antes de publicar su apéndice VII— sólo definía 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 definían 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>42</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>43</sup> y Rodríguez y Rodríguez.<sup>44</sup> Y un ejemplo más, en derecho positivo, habría sido posible encontrarlo en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, cuyo artículo 7o., 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, desde tiempo atrás se enfocaba 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>45</sup>

<sup>42</sup> Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, 21a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 369.

<sup>43</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 10a. ed., México, Porrúa, 1968, pp. 68, 149 y 150.

<sup>44</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, 10a. ed., México, Porrúa, 1972, t. I, p. 42; y t. II, pp. 41-46.

<sup>45</sup> Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 5a. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1979, p. 885. Traducción del autor.



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 tratara de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.<sup>46</sup> 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.<sup>47</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 la American Arbitration Association (AAA) y su rama internacional, que es el International Centre for Dispute Resolution, “ICDR”; la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual/OMPI (World Intellectual Property Organization/WIPO), y la Cámara de Comercio Internacional, CCI.

Al hacer referencia a la práctica de la mediación en otros países no podríamos dejar de mencionar el caso de Argentina, que en su momento constituyó toda una innovación en la materia al introducir experimentalmente la mediación obligatoria, que no tendría sentido comentar con mayor extensión en este trabajo, por haber dejado de tener la actualidad que en su momento despertó tanto interés en América Latina.

La mediación, en su acepción más moderna, constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias —que algunos autores clasifi-

<sup>46</sup> Hoellering, Michael F., “World trade to arbitrate or mediate - that is the question”, cit. por McLaughlin, Joseph T. y Beever, Vanessa, “Alternative dispute resolution”, *cit.*, nota 14.

<sup>47</sup> Stahl, Sidney, “An introduction to mediation/conciliation”, documento presentado en México, D. F., el 6 de septiembre de 1996, a miembros del Consejo Directivo y del Consejo Consultivo del International Mediation Center, de Dallas, Texas, de efímera existencia.

can, y no sin razón, como una forma de negociación asistida— que representa un medio autocompositivo, que consiste en un procedimiento privado, informal, voluntario, no adversarial y no adjudicatorio, en virtud del cual las partes someten una cierta controversia susceptible de una solución convencional, a un tercero independiente, imparcial y neutral, que actúa como un facilitador que busca una avenencia entre las partes para lograr que éstas, de común acuerdo, lleguen a una resolución de su desavenencia.

#### 4. *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 ha dado como resultado que dentro de un mismo país se emplee el término “conciliación” en las provincias de tradición francesa y se utilice el término “mediación” en las de tradición inglesa.

Desde el punto de vista estrictamente gramatical, puede decirse 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 y voluntaria pueden conciliar por sí mismas sus intereses y llegar a una transacción, allanamiento o desistimiento, 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.

Si bien esto último permitiría afirmar que en el ámbito de los MASC sería por ello más idóneo el término “mediación” que el término “conciliación”, la realidad es que esto, en el plano internacional, no se ha reflejado así en la práctica, y ambos términos se aplican de manera indistinta, como lo demuestran elocuentemente el texto de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”, que antes se comentó, y el abandono del término “conciliación” por la Cámara de Comercio Internacional, CCI, que al sustituir su antiguo Reglamento de

Conciliación Facultativa con el nuevo Reglamento de ADR de la CCI, hizo el tránsito al término mediación; 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 los sistemas de *common law* y de derecho civil, se ha acuñado el término “conciliación/mediación”.

En México, el empleo de los términos *conciliación* y *mediación* despertó inicialmente cierto cuestionamiento desde el punto de vista formal, aunque desde el punto de vista material, considerando conceptualmente ambas figuras en función de su contenido, cabe concluir que no existe diferencia de fondo entre ambas, y la discusión terminológica al respecto se considera a la fecha una cuestión irrelevante; sin embargo, hasta hace algunos años, mientras que una corriente argumentaba insistentemente que en México el término *mediación* era desconocido como medio de solución de controversias, ya que nuestra legislación sólo lo contemplaba como forma de intermediación comercial, mientras que el término *conciliación* cuenta con larga tradición como medio de solución de controversias, otra corriente, más apegada a la línea actual de los MASC utilizados en América y en el resto del mundo, pronto pareció favorecer el empleo del término *mediación*, creando incluso un Instituto Mexicano de la Mediación, ya que si bien en México la figura de la conciliación cuenta con una larga tradición y práctica como medio de solución de controversias, la realidad es que actualmente no se le utiliza en forma privada, y sólo se le aplica con la intervención gubernamental, particularmente en controversias laborales y de protección al consumidor, empezando a extenderse, con mayor amplitud, a otras materias, que incluyen servicios financieros, obras públicas y adquisiciones gubernamentales.

5. *Mediación/arbitraje (Med/Arb) / arbitraje/mediación (Arb/Med) / Mediación y arbitraje última oferta (mediation and last offer arbitration, MEDALOA)*

El procedimiento *Med/Arb* supone la existencia de una fase conciliatoria en la cual, de no llegarse a un acuerdo dentro de un cierto plazo, 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, en vir-

tud de que su contacto con las cuestiones controvertidas y con los puntos de vista de las partes, desde la óptica del mediador, podría hacer cuestionable su necesaria independencia e imparcialidad al juzgar posteriormente la misma controversia como árbitro, en el procedimiento arbitral.<sup>48</sup>

El procedimiento *Arb/Med* funciona de manera inversa al anterior, y supone la existencia de un procedimiento arbitral en el que las partes acuerdan suspender éste para intentar la solución de su controversia utilizando la mediación, mas con la peculiaridad de que el mismo árbitro actúa en lo sucesivo como mediador.

La crítica que se hace a este último mecanismo es esencialmente la misma que se hace en el caso del *Med/Arb*, ya que en el supuesto de que el procedimiento de mediación no culmine en una transacción, si el mediador se ve obligado a actuar de nuevo como árbitro, se enfrentará la consecuente posibilidad de pérdida de su independencia e imparcialidad, y en caso de que para evitarlo se considerara la posibilidad de sustituirlo, las consecuencias serían igualmente negativas, en función de que el nuevo árbitro podría verse enfrentado a la necesidad de repetir actuaciones, lo que resultaría impensable en términos de tiempo, costos y equidad procesal, además de la circunstancia de que algunas actuaciones podrían ser irrepetibles o de repetición inconveniente.

En este universo interminable de variables, característico de los MASC, también existe una variación del *Med/Arb*, conocida como *MEDALOA*, que consiste en la conducción de un procedimiento de mediación, con la peculiaridad de que en caso de no lograrse un acuerdo como resultado de la mediación, cada una de las partes somete al mediador su última oferta, autorizando al mediador para elegir la que juzgue más adecuada, con carácter obligatorio para las partes.

La ventaja atribuida a este mecanismo es que obliga a las partes a hacer efectivamente su mejor oferta, sabiendo que el mediador, actuando ya como árbitro en virtud del *MEDALOA*, tendrá la facultad de elegir una de ellas —que podría ser la de esa parte— y convertirla en laudo. Desde el punto de vista jurídico, es claro que un laudo arbitral de esta naturaleza tendría más semejanza con el arbitraje en amigable composición que con el de estricto derecho.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Cfr. Brown, Henry J. y Marriott, Arthur L., *op. cit.*, nota 7; Goldberg, Stephen B. *et al.*, *op. cit.*, nota 16.

<sup>49</sup> Rubino-Samartano, Mauro, *International arbitration law and practice*, 2a. ed., La Haya, Londres, Kluwer Law International, 2001.

## 6. *Determinación por experto neutral* (neutral expert fact-finding)

En aquellos casos en que las partes tienen discrepancias sobre cuestiones de índole técnica pueden acordar la intervención de un experto con objeto de que éste emita un dictamen que pueda o no ser obligatorio para las partes. Este sistema es útil en conflictos sobre secretos industriales o comerciales, problemas de propiedad intelectual y cuestiones técnicas muy especializadas. De igual manera, este mecanismo puede ser útil para la valuación de ciertos bienes, incluyendo la valuación de acciones para el ejercicio de derechos de preferencia, o para determinar el apego de ciertos productos a las especificaciones convenidas.

El papel del experto se limita al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico, hasta emitir un dictamen u opinión que, desde luego, no es obligatorio para las partes, salvo que así lo hubieran acordado. En el caso de México, el sistema de recurso a un perito independiente previsto en los contratos de servicios múltiples de Pemex Exploración y Producción, se puede considerar inspirado en este MASC, sin que ello signifique que ese mecanismo sea el más idóneo para ese tipo de proyectos, para los que serían más idóneos los Dispute Boards que aquí se comentan.

Cuando se adopta por partes convencidas de la economía, celeridad y eficacia que puede brindarles este mecanismo, las probabilidades de éxito y de evitar problemas desproporcionadamente mayores son enormes, pues salta a la vista que de emprenderse la vía contenciosa (ya sea judicial o arbitral), precisamente por la índole técnica del problema de fondo, las partes enfrentarán la necesidad ineludible de acudir al auxilio de expertos, y probablemente el juzgador o el árbitro también, además de que será necesario agotar todo el procedimiento de instrucción de la causa.

Una variación o forma específica de este procedimiento lo constituye el peritaje privado de tipo institucional, conforme al cual las partes pueden acudir a una institución especializada, como lo sería la Cámara de Comercio Internacional, "CCI", que conforme a su nuevo Reglamento de Peritaje, de 1o. de enero de 2003, ofrece tanto a partes interesadas como a árbitros, servicios de recomendación de expertos, nombramiento de expertos, y administración de procedimientos de peritaje.

### 7. *Pequeño juicio* (mini trial)

Este procedimiento, clasificado por algunos autores como una mediación evaluatoria (“*evaluative mediation*”), se lleva al cabo mediante la integración de un panel o tribunal simulado, constituido por un ejecutivo del más alto nivel posible de cada una de las partes, preferentemente ajenos a los hechos en que se origine la controversia, y presidido por un tercero neutral idóneo, que preside las reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las partes, que constituyen materialmente audiencias informales en las que se simula en forma abreviada una especie de juicio, en el que se exponen y debaten los hechos en que se origina la controversia y los argumentos de cada una de las partes, e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensas de las partes, con objeto de que éstas puedan evaluar sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o un procedimiento arbitral. Al concluirse la presentación del caso mediante este procedimiento simulado, las partes pueden o no pedir al tercero neutral que emita una opinión —desde luego no obligatoria— que permita a las partes evaluar sus respectivas posiciones. 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 relación de negocios.<sup>50</sup>

Los casos paradigmáticos de aplicación de este tipo de MASC incluyen invariablemente 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, donde 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 llevaron a la práctica 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 facultades para transigir, y un tercero neutral designado de común acuerdo.

Según se dice, después de las presentaciones del caso por los abogados, los ejecutivos de ambas empresas se reunieron a solas durante media

<sup>50</sup> Cfr. Brown, Henry J., y Marriott, Arthur L., *op. cit.*, nota 7; Goldberg, Stephen B. *et al.*, *op. cit.*, nota 16; Wilde, Zulema D., y Gaibrois, Luis M., *op. cit.*, nota 6.

hora; posteriormente siguieron negociando, y el asunto se resolvió por transacción en un total de once semanas.<sup>51</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 instrumento útil 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>52</sup> Virtudes semejantes se han atribuido a la solución de ciertas controversias entre IBM y Fujitsu (833 millones de dólares), NASA vs. Spacecom y TRW, y otras.<sup>53</sup>

## 8. Dispute boards

En la industria de la construcción, y particularmente en Europa, así como en los Estados Unidos de América, tratándose de grandes proyectos, se acude con creciente frecuencia al empleo de los llamados “dispute boards”, que constituyen un mecanismo desarrollado y aplicado exitosamente por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils) con sede en Lausana, Suiza.

Si bien la traducción literal del término “dispute boards” al español sería “consejos de solución de controversias” u otra expresión equivalente, actualmente este mecanismo es generalmente conocido internacionalmente bajo su denominación inglesa de *dispute boards*, e incluso la Cámara de Comercio Internacional, CCI, ha conservado esa expresión en las traducciones de sus *dispute boards rules* a otros idiomas, incluyendo el francés y el español.

En su diseño original, los *dispute boards* fueron concebidos bajo dos modalidades principales, en función del alcance de sus facultades ante la controversia planteada, así como del alcance y finalidad de su intervención: i) los “Dispute Review Boards” o “DRB’s” (Comités de Revisión

<sup>51</sup> McLaughlin, Joseph T., y Beever, Vanessa, *op. cit.*, nota 14.

<sup>52</sup> *Idem* y, además, Hunter, Martin *et al.*, *op. cit.*, nota 13.

<sup>53</sup> McLaughlin, Joseph T., y Beever, Vanessa, *op. cit.*, nota 14.

de Controversias), y ii) los “*Dispute Adjudication Boards*” o “DAB’s” (Comités de Adjudicación de Controversias).

En ambas modalidades, la mecánica de los *dispute boards* conlleva la inclusión en el contrato principal, de una cláusula de solución de controversias conforme a esta modalidad, y la constitución o integración del *dispute board* simultáneamente con la celebración del contrato principal (generalmente mediante la designación de un miembro del *dispute board* por cada una de las partes y la designación de su presidente por estos dos miembros o por alguna institución), y la celebración de contratos idénticos de prestación de servicios con los tres miembros del *dispute board*. Acto seguido, mediante informes periódicos (generalmente mensuales) de las partes y reuniones periódicas (generalmente trimestrales o cuatrimestrales) con las partes, usualmente en el lugar de los trabajos, el *dispute board* se mantiene al corriente en el avance del proyecto y en el surgimiento y desenvolvimiento de las situaciones potencialmente controvertidas inherentes al mismo, con el fin de tener un conocimiento profundo y de primera mano de los hechos, para el caso de que surja una controversia entre las partes.

En caso de surgir la controversia, y dependiendo de lo convenido previamente por las partes en el contrato principal, el *dispute board* actuará como “*Dispute Review Board*” o “DRB” (Comité de Revisión de Controversias), o bien como “*Dispute Adjudication Board*” o “DAB”. En el primer caso, con sus facultades de DRB y como su nombre lo indica, el *dispute board* emitiría una recomendación u opinión no obligatoria, como en el caso del proyecto vial de Boston que se comenta en este trabajo; y en el segundo caso, con sus facultades de DAB, y como su nombre lo indica, el *dispute board* dictaría una resolución de tipo adjudicatorio —e inmediatamente obligatoria para las partes—, como en el caso del *Eurotúnel*, que también se comenta aquí, con la salvedad de que bajo esta modalidad del DAB, si bien la resolución sería inmediatamente obligatoria para las partes y éstas la ejecutarían en consecuencia, se trata de una resolución que es sólo contractualmente obligatoria y potencialmente transitoria, ya que queda sujeta a ulterior modificación, revocación o confirmación mediante el arbitraje convenido por las partes o, a falta de acuerdo de arbitraje, por la autoridad competente. Actualmente los contratos tipo de FIDIC contemplan la modalidad de DAB, aunque ello no obsta para que las partes puedan convenir una modalidad distinta de así desarrollarlo.



En el caso del “DAB”, la inmediata obligatoriedad de la resolución del *dispute board*, no obstante ser potencialmente transitoria, tiene la finalidad de que el procedimiento de solución de la controversia no sea obstáculo para la ejecución ininterrumpida del proyecto, lo que es de particular importancia en el caso de proyectos complejos y de gran envergadura, en los que existe una gran interdependencia entre los diversos contratistas que participan en actividades coexistentes de las que depende la factibilidad de la ejecución del proyecto.

No obstante la naturaleza convencional de este tipo de mecanismos, gracias a la magnitud de los proyectos en que se les emplea y a la calidad de las partes que de manera consciente e informada convienen con convicción en su utilización, su nivel de eficacia es sobresaliente, y permite sustraer la solución de las controversias del campo de las argucias procesales, para mantenerlo en el nivel sustantivo y teleológico que corresponde.

El nuevo “Reglamento de Dispute Boards” de la CCI, vigente a partir de septiembre de 2004, además de aportar un útil dispositivo normativo para este mecanismo alternativo de solución de controversias, contribuye con una interesante y novedosa modalidad de *dispute board*, que es el “*Combined Dispute Board*” o “CDB”. Este nuevo tipo de *dispute board* es en esencia igual a sus predecesores “DRB” y “DAB”, con la peculiaridad de que el nuevo “CDB” propuesto por la ICC está de origen destinado a actuar bajo la modalidad de “DRB” que arriba se describió, para emitir únicamente una opinión o recomendación no obligatoria, salvo que por acuerdo de ambas partes el *dispute board* deba actuar como “DAB” y dictar una resolución obligatoria, o bien alguna de las partes le solicite que actúe como “DAB” y dicte una resolución obligatoria para las partes, en cuyo caso el *dispute board* (después de escuchar la opinión de la otra parte y atendiendo a la naturaleza de la controversia planteada) decidirá si procede que actúe como “DAB” o finalmente actuará únicamente como “DRB”.

#### 9. *Solución intermedia de controversias o mecanismos intermedios de solución de controversias* (Intermediate Dispute Resolution); *cláusulas sobrepuestas* (multi-tiered clauses)

Antes de continuar con la descripción de otros varios mecanismos, que en gran medida constituyen variaciones de los ya descritos, conviene referirse a la posibilidad de combinar dos o más mecanismos alternativos

de solución de controversias, ya sea simultánea o sucesivamente, antes de acceder a la vía adversarial de solución.

La doctrina ha venido considerando por separado estos mecanismos, de popularidad creciente en proyectos de especial envergadura o complejidad y de largo plazo, y particularmente en el campo de la industria de la construcción, que consisten en la implementación de procedimientos simultáneos o sucesivos (tales como algunos de los mecanismos antes enunciados u otros) para la solución de ciertas controversias incidentales que surjan durante el desarrollo del proyecto, y que por su naturaleza podrían ser resueltas o convendría resolver por separado, sin interrumpir el curso del proyecto y sin necesidad de acudir al mecanismo principal de solución de controversias convenido por las partes o procedente conforme a la ley a falta de tal acuerdo (v. gr. arbitraje o tribunales ordinarios). En tiempos recientes, este tipo complejo de mecanismos de solución de controversias ha sido utilizado en proyectos magnos tales como los que a continuación se comentan.<sup>54</sup>

a) El *Eurotúnel* Francia/Inglaterra, en el que se utilizó un sistema de solución de controversias dividido en dos etapas principales: i) designación de paneles permanentes de cinco expertos (dos designados por cada parte y un presidente neutral), que como se podrá advertir constituyeron una modalidad de los *dispute boards* que aquí se comentan, con la función de mantenerse informados permanentemente de la marcha del contrato para ulteriormente resolver las eventuales controversias mediante un panel transitorio *ad hoc*, integrado por el presidente del panel permanente original y por uno de los dos expertos designados por cada una de las partes, y ii) de no resolverse la controversia en la primera etapa, con la intervención del panel *ad hoc* instituido para resolverla, recurso a arbitraje institucional conforme al Reglamento de Arbitraje de la ICC, teniendo Bruselas como lugar de arbitraje, con la obligación de las partes de continuar simultáneamente los trabajos objeto del contrato, así como de realizar los pagos respetivos y de dar cumplimiento a sus respectivas obligaciones contractuales, mientras lo resuelto por el panel no fuera modificado o dejado sin efectos por el tribunal arbitral. Según refieren algunos autores, conforme a este sistema sólo cuatro controversias llegaron al arbitraje, y dos de ellas fueron transigidas antes de dictarse el laudo arbitral.

<sup>54</sup> Cfr., entre otros, Brown, Henry J. y Marriott, Arthur L., *op. cit.*, nota 7; Paulsson, Jan *et al.*, *op. cit.*, nota 9.

b) El *Proyecto de Arteria Central/Túnel de Boston*, para el que se diseñó un sistema de solución de controversias mediante cuatro procedimientos “filtro”: i) un instrumento meramente preventivo, conocido como *partnering*, que consiste en educación a los contratistas para familiarizarlos sobre el alcance de su participación individual y de su interacción con otros contratistas y con el propietario del proyecto, de cara a la ejecución del proyecto principal, concebido éste como un todo; ii) sometimiento de la reclamación a un representante autorizado, experto en la materia, encargado de investigar y resolver sobre la reclamación, de manera expedita e informal, como sucede en los proyectos a que están dirigidos los formatos de contratos para diseño y construcción o para construcción, de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC); iii) de no estar las partes con la solución propuesta por el representante autorizado, pueden referir la cuestión a un *dispute review board* o “DRB”, designado desde celebración del contrato y usualmente familiarizado con el desarrollo de éste durante su vigencia, y iv) mediación u otro mecanismo equivalente en cualquier tiempo, incluso durante el procedimiento ante el *dispute review board*, antes de que éste emita su recomendación. Según la información existente, más del 90% de las controversias surgidas en este proyecto han sido resueltas conforme a este sistema.

c) El *Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong*, para el que se diseñó un sistema mixto de solución de controversias en cuatro etapas: i) sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero; ii) mediación, administrada por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, como requisito previo a la adjudicación; iii) procedimiento sumario de adjudicación, con una verdadera instrucción de causa ante un adjudicador, facultado para dictar una resolución, y iv) de no aceptar las partes la resolución del adjudicador, solución de la controversia mediante arbitraje *ad hoc*, teniendo al Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong como *autoridad nominadora* del árbitro.

## 10. Juicio privado o “rente un juez” (rent a judge)

Este MASC, típicamente estadounidense, es totalmente extraño a la práctica mexicana, y sólo es digno de mención, por ser ampliamente conocido en el medio, así como por la posibilidad de inspirarse en alguna de sus características para conducir, con fines meramente evaluatorios,

algún procedimiento con cierta semejanza material, aunque desde luego no vinculante.

Este procedimiento, considerado por algunos —no sin razón— “denominado irreverentemente”, tiene cierta semejanza con el pequeño juicio, y consiste en que las partes seleccionan un abogado, generalmente un juez retirado, que resuelve la controversia en forma privada, aunque obligatoria, aplicando la ley estatal.

Algunos autores, sin embargo, llegan a cuestionar la idoneidad de los jueces retirados, por considerar que su formación profesional, encaminada a dilucidar los derechos subjetivos para dictar una resolución adjudicatoria, en ocasiones pudiera hacer menos eficaz la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables, al margen de los derechos que pudieran tener las partes en disputa.

Este tipo de MASC también fue previsto en la ley del estado de California como un procedimiento “referido”, en virtud de que el asunto podría ser remitido por el juez del conocimiento a un tercero privado, con la implicación de que se investiría al “juez privado” de facultades similares a las del juez ordinario, y la sentencia, que sería obligatoria, sería 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>55</sup>

### 11. *Juicio sumario ante jurado* (summary jury trial)

Este procedimiento, igualmente extraño a México, y 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 tiene también una naturaleza y una finalidad evaluatorias, parece gozar de creciente aceptación en los Estados Unidos de América, y 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, anticipándose así a lo que podría suceder en un juicio real. Este mecanismo es un tanto similar al “juicio privado”, con la diferencia principal de que mientras que en el

<sup>55</sup> McLaughlin, Joseph T. y Beever, Vanessa, *op. cit.*, nota 14.

antes mencionado el tercero es una sola persona, en este mecanismo, es un jurado.

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>56</sup> y más de un billón de dólares por daños punitivos (*punitive damages*).<sup>57</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>58</sup>

## 12. *Evaluación neutral temprana* (early neutral evaluation)

Éste es un mecanismo iniciado en 1985 en el juzgado de distrito de los Estados Unidos del norte de California, y emulado en otras jurisdicciones, empleado por lo general en forma voluntaria, mediante el cual se remite el asunto a un abogado ajeno a las partes, cuya misión se limita a realizar una evaluación neutral del caso para determinar la forma de conducir el litigio de manera eficiente. Este esquema, concebido como un instrumento para forzar a las partes a una instrucción más eficiente de la causa en vista de las complicaciones del sistema de *discovery* estadounidense, derivó en el otorgamiento de facultades de facilitador al abogado designado, para que buscara la posibilidad de una transacción entre las partes con el fin de evitar la continuación del juicio.

## 13. *Evaluación del caso* (case evaluation)

Este mecanismo, existente en el Reino Unido, fue utilizado con frecuencia por los sindicatos de seguro de Lloyd's para la valuación de coberturas de reaseguro. Consiste en un procedimiento ante un panel, en el que pueden examinarse testigos y se pueden presentar alegaciones orales

<sup>56</sup> Este tipo de daños consisten en la indemnización que, como su nombre lo indica, se paga a quien sufrió el daño para compensarlo por ello.

<sup>57</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>58</sup> McLaughlin, Joseph T. y Beever, Vanessa, *op. cit.*, nota 14.

y escritas, para llegar a una evaluación no obligatoria para las partes, sin perjuicio de sus respectivos derechos, cuyas conclusiones pueden ser utilizadas como base para iniciar, mediante un procedimiento de conciliación, discusiones encaminadas a una posible transacción.

#### 14. *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.

Este sistema de solución de la controversia a través de un adjudicador se encuentra en diversos escenarios, como es el de aquellos proyectos de objeto muy específico y corta duración, para los que está destinado el formato de “contrato corto” de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

#### 15. *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 entre las partes. Como se aprecia, este mecanismo tiene algunas semejanzas con la mediación.

#### 16. *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 institu-

ción o una comisión. Aun 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 instrumento las partes pueden llegar a una valoración objetiva del hecho que ocasiona su discrepancia, para así determinar la acción a seguir.

#### 18. *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 consultas, y dejar 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 imponen la obligación de intentar dirimir la controversia por vía de consulta o de negociación, antes de acudir al arbitraje.

#### 19. *Adaptación de contratos* (adaptation of contracts)

Este MASC fue diseñado por la Cámara de Comercio Internacional, “CCI”, con el propósito de ofrecer un mecanismo que permitiera adaptar en el futuro los términos originales de un contrato mediante la intervención de un tercero independiente e idóneo, actualizándolo para hacerlo operante en las circunstancias actuales o para llenar ciertas lagunas contractuales. El acuerdo para recurrir a este mecanismo podría existir en el contrato mismo o podría ser celebrado con posterioridad.

Este mecanismo fue concebido como un instrumento destinado a adaptar los términos de los contratos a diversas circunstancias cambiantes, particularmente en materia económica y tecnológica, principalmente en el caso de contratos a largo plazo y en aquellos en que sean previsibles cambios drásticos en las circunstancias prevalecientes en el momento de la celebración de los contratos, considerando que en los diversos

sistemas jurídicos la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*) no siempre es aplicable automáticamente.

Contrariamente a las expectativas que le dieron origen, este instrumento no ha llegado a ser utilizado en la práctica por la ICC y, conforme a lo referido por Craig, Park y Paulsson,<sup>59</sup> entre otros, ello puede atribuirse a que por una parte los contratantes que enfrentan situaciones imprevistas con motivo de un cambio de circunstancias, en caso de controversia parecen preferir el arbitraje como medio para su solución, y, por otra parte, se cuestiona la posibilidad jurídica de que, aun en el caso de arbitraje en equidad o con facultades de amigable componedor (y consecuentemente menos aun mediante un mecanismo de adaptación de contratos) tenga un tercero la facultad de modificar los términos originales de un contrato, sustituyendo la voluntad de las partes que lo celebraron.

## VII. TRANSACCIÓN

En virtud de que contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, la resolución obtenida mediante un MASC no es ejecutable, al concluir exitosamente un MASC es imperativo asegurar la ejecución del acuerdo alcanzado por las partes o de la resolución dictada por el tercero que condujo el MASC, en caso de que las partes hayan acordado que dicha resolución sería obligatoria.

Cuando el MASC ha sido implementado de manera previa a un procedimiento de arbitraje o como parte de éste, es aconsejable elevar la resolución obtenida mediante el MASC a la categoría de laudo transaccional o de laudo por acuerdo de las partes, para hacerla ejecutable al amparo del título cuarto del libro quinto del Código de Comercio y de las diversas convenciones internacionales aplicables, en especial la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (Convención de Nueva York).

Cuando se ha implementado un MASC de manera independiente y se ha resuelto la controversia en virtud de éste, es aconsejable la celebración de un convenio de transacción, mediante escritura pública, para darle fuerza de instrumento ejecutivo en los términos del Código Civil y de la jurisprudencia existente al respecto. Asimismo, es importante tener en cuenta lo

<sup>59</sup> Craig, W. Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana Publications, 2000.



que señala la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, que se comentó en páginas anteriores.

Como ejemplo de las tres más típicas figuras autocompositivas, Alcalá-Zamora<sup>60</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 intervenga concretamente como funcionario jurisdicente...”,<sup>61</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 hubieran logrado dirimir sus discrepancias de manera mutuamente satisfactoria.

Al respecto, es interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora,<sup>62</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...”.

La importancia jurídica de la transacción, una vez formalizada, la pone en relieve el propio Alcalá-Zamora<sup>63</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

<sup>60</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., nota 29, pp. 14 y 15.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 73 y 74.

<sup>62</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho procesal mexicano*, cit., nota 18, p. 452.

<sup>63</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., nota 29, p. 16.

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, que deben constar por instrumento público, por documento privado judicialmente reconocido o por confesión judicial.<sup>64</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 acabar con una diferencia”, 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>65</sup>

En el derecho estadounidense se describe la transacción (“settlement”), como “...un convenio que termina una disputa o demanda”.<sup>66</sup>

En derecho argentino, el tratadista Carlos A. R. Lagomarsino<sup>67</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”.

En el derecho positivo mexicano, el artículo 2944 del Código Civil Federal señala que “la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura”.

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>68</sup>

No obstante que conforme al artículo 2945 del Código Civil Federal la transacción preventiva de controversias futuras debiera constar por escri-

<sup>64</sup> La reforma al artículo 531 del Código Civil del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de mayo de 1996, no afecta lo arriba señalado al respecto.

<sup>65</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

<sup>66</sup> Garner, Bryan A. (editor en jefe), *Black's Law Dictionary*, 8a. ed., Thomson West, 2004, p. 1405. Traducción del autor.

<sup>67</sup> Lagomarsino, Carlos A. R., “Transacción”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1986, t. XXVI, pp. 342-344.

<sup>68</sup> Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, cit., nota 28, pp. 154 y 155.

to sólo en aquellos casos en los que el interés del negocio excediera de doscientos pesos, 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 aquellos 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 Federal, no se puede transigir respecto de los conceptos que señala, o es nula la transacción que se celebre respecto de los mismos.

Conforme al artículo 2953 del Código Civil 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, ha representado 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>69</sup> es improcedente la ejecución de la transacción en la vía de apremio, cuando ha sido celebrada en contrato privado;<sup>70</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>71</sup> Finalmente, la propia Suprema Corte Justicia ha resuelto el problema en contradicción de tesis, al declarar la definitividad

<sup>69</sup> Amparo en revisión 312/93, Samuel Marmorì Reyes, 20 de enero de 1994. Unanimidad. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. XIII, marzo, p. 511, 2o. Trib. Col. 1er. Circ.

<sup>70</sup> Amparo en revisión 1722/93, Inmobiliaria Cuemanco, S. A., 29 de octubre de 1993. Unanimidad. *Seminario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. XII, diciembre, p. 984, 2o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

<sup>71</sup> Amparo en revisión 149/91, María del Carmen Pardo de Candia, 25 de abril de 1991. Unanimidad. *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. VII, junio, p. 453, 5o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

de las transacciones por ser cosa juzgada, al así disponerlo el Código Civil, aun cuando sin resolver en la contradicción lo relativo a la forma; respecto a la cual cabe concluir que se deben satisfacer los requisitos necesarios para que el documento en que se le formalice el convenio de transacción traiga aparejada ejecución.<sup>72</sup>

Conforme al artículo 2962 del Código Civil 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.

#### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, 3a. ed., México, UNAM, 1991.
- , *Derecho procesal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985.
- ÁLVAREZ, Gladys S. *et al.*, *Mediación y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1996.
- AZAR MANZUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, México, Porrúa, 2003.
- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, y MÉNDEZ SILVA, Ricardo, “Conciliación”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. II.
- BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 5a. ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1979.

<sup>72</sup> Jurisprudencia 41/2000, 9a. época, t. XIII, febrero 2000, página 55, registro 190243, Primera Sala.

- BOISSESON, Matthieu de, "Thoughts on the future of ADR in Europe: a critical approach", *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, 1999, vol. 15, núm. 4.
- BOURTON, Steven J., "Combining conciliation with arbitration of international commercial disputes", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 18:637, 1995.
- BROWN, Henry J. y MARRIOTT, Arthur L., *ADR principles and practice*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.
- , " 'Tell it to the judge... but only if you feel you must': the 1995 Freshfields lecture", *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 12, núm. 1, 1996.
- BÜRING-UHLE, Christian, *Arbitration and mediation in international business*, La Haya/ Londres/Boston, Kluwer Law International, 1996.
- CAMPBELL, Dennis (editor general), "Dispute Resolution Methods", *The Comparative Law Yearbook of International Business*, edición especial 1994, Londres, Center for International Legal Studies-Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1994.
- CRAIG, W. Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Dobbs Ferry, Nueva York, Oceana Publications, 2000.
- CONNERTY, Anthony, "The role of ADR in the resolution of international disputes", *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 12, núm. 1, 1996.
- COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- CRAIG, W. Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3a. ed., Nueva York, Oceana Publications, ICC Publishing, París, 2000.
- CRUZ BARNEY, Óscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias", *Ars Iuris*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, núm. 23, 2000.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, *El arbitraje*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- DAVIDSON, Paul y PRET, Luis (eds.), *Commercial arbitration in the Americas/El arbitraje comercial en las Américas*, México, Université d'Ottawa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- DÍAZ, Luis Miguel y ORETSKIN, Nancy A. (eds.), *Commercial mediation and arbitration in the NAFTA countries*, JurisNet, 1999.

- DORE, Isaak I., *The Uncitral framework for arbitration in contemporary perspective*, Londres, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1993.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, “Medios alternativos de solución de controversias”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 26, 1996.
- , “Mediación”, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- , *Medios alternativos de solución de controversias*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “Figuras extraprocesales de arreglo de conflictos: la conciliación, la mediación, el *ombudsman*”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, 1994.
- FOLBERG, Jay y ALISON, Taylor, *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*, trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Asencio, México, Limusa, Grupo Noriega Editores, 1992.
- FRIEDMANN, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- GARNER, Bryan A. (editor en jefe), *Black’s Law Dictionary*, 8a. ed., Thomson West, 2004.
- GOLDBERG, Stephen B. et al., *Dispute resolution – negotiation, mediation, and other processes*, Boston, Toronto, Londres, Little, Brown and Company, 1992.
- GONZÁLEZ CALVILLO, Enrique, “La mediación en México”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, núm. 29, 1999.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Instituciones no jurisdiccionales para la resolución de conflictos*, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- , *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, México, Themis, 2000.
- HERRERA TREJO, Sergio, *La mediación en México*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C. (Fundap), 2001.

- HUNTER, Martin *et al.*, *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- , “International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 16, núm. 4, 2000.
- LOVENHEIM, Peter, *How to mediate your dispute*, Berkeley, Nolo Press, 1996.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, 10a. ed., México, Porrúa, 1968.
- MARRIOTT, Arthur L., “‘Tell it to the judge... but only if you feel you must’: the 1995 Freshfields lecture”, *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 12, núm. 1, 1996.
- MILIA, Fernando A., *El conflicto extrajudicial*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Santafé de Bogotá, Oxford University Press-Harla de Colombia, 1997.
- NÁPOLI, Rodolfo A., “Conciliación y arbitraje”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1992, t. III.
- OVALLE FAVELA, José, “Instituciones no jurisdiccionales: conciliación, arbitraje y *ombudsman*”, *Justicia y Sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 176, 1994.
- PALLARES, Eduardo, “Conciliación”, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 5a. ed., México, Porrúa, 1966.
- PAULSSON, Jan *et al.*, *The Freshfields guide to arbitration and ADR*, 2a. ed. revisada, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999.
- PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de, “Conciliación” y “Mediación”, *Diccionario de Derecho*, 21a. ed., México, Porrúa, 1995.
- REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Law and practice of international commercial arbitration*, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.
- *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4a. ed., Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 2004.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, *Derecho mercantil*, 10a. ed., México, Porrúa, 1972, t. I.

- ROEBUCK, Derek, "Sources For the History of Arbitration", *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Londres, vol. 14, núm. 3, 1998.
- RUBINO-SAMARTANO, Mauro, *International arbitration law and practice*, 2a. ed. revisada, La Haya, Londres, Kluwer Law International, 2001.
- SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Pereznieta Editores, 1994.
- SIQUEIROS, José Luis, "Métodos de solución de controversias en los esquemas interamericanos de integración y libre comercio", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 25, t. II, 1995.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Deontología jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, 1987.
- VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, *La transacción, solución alternativa de conflictos*, 2a. ed., Bogotá, Legis, 1998.
- WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- , "Mediación", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1996, apéndice VII.