

# MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

FERNANDO ESTAVILLO CASTRO \*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPALES MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. A. CONCEPTO. B. PANORAMA MUNDIAL. C. ESPECIES DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. 1. PEQUEÑO JUICIO O "MINI TRIAL". 2. JUICIO PRIVADO O "RENTE UN JUEZ". 3. ARBITRAJE DERIVADO O "COURT ANNEXED ARBITRATION". 4. JUICIO SUMARIO ANTE JURADO O "SUMMARY JURY TRIAL". 5. OYENTE NEUTRAL O "NEUTRAL LISTENER". 6. DETERMINACIONES POR EXPERTO NEUTRAL O "NEUTRAL EXPERT FACT FINDING". 7. DECISIÓN NO OBLIGATORIA O "NON BINDING EX-PARTE ADJUDICATION". 8. ADAPTACIÓN DE CONTRATOS O "ADAPTATION OF CONTRACTS". 9. CONSULTA O "CONSULTATION". 10. BUENOS OFICIOS. 11. INVESTIGACIÓN O "SURVEY". 12. CONCILIACIÓN. 13. MEDIACIÓN. III. DISTINCIÓN ENTRE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN MÉXICO. IV. TRANSACCIÓN. V. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, LLEVADOS A LA PRÁCTICA. 1. VENTAJAS Y DESVENTAJAS. 2. COMENTARIOS ADICIONALES.

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

## I. INTRODUCCIÓN

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

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

Estos medios, son los que en México estamos llamando *medios alternativos de solución de controversias* y en otros países de habla hispana, como es el caso de Argentina, se les denomina "resolución alternativa de conflictos",<sup>1</sup> que son los medios conocidos en el derecho anglosajón como "Alternative Dispute Resolution" –denominación que, literalmente, en realidad corresponde a la empleada en Argentina– y, generalmente, en países de habla inglesa son identificados sólo por sus siglas –"ADR"– que, para los no familiarizados con el tema de solución de controversias, a menudo resultan equívocas frente a los instrumentos de inversión estadounidenses denominados "American Depositary Receipts" y conocidos como "ADR's". De desear usar siglas en este trabajo por brevedad, podríamos referirnos a los *medios alternativos de solución de controversias* como "MASC".

El término actual *medios alternativos de solución de controversias*, bajo su nombre en inglés "Alternative Dispute Resolution" –"ADR"– se originó en los Estados Unidos de América y su popularidad en ese país, así como su creciente aceptación en otros países, se consideran un reflejo del alto grado de frustración que resulta del costo y demoras propios de los medios tradicionales de solución de controversias.<sup>2</sup>

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,

<sup>1</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pag. 11.

<sup>2</sup> Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding, Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1993, pag. 63.

(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,<sup>3</sup> y quienes creen que debe ser un agente decidido en la creación de normas nuevas..."

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

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

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

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

<sup>3</sup> W. Friedmann, *El Derecho en una Sociedad en Transformación*. Traducción castellana de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pag. 21.

litigio, inducen a las partes involucradas a buscar formas no adversariales, en las que de manera autocompositiva, es decir de común acuerdo, puedan resolver sus controversias de manera mutuamente satisfactoria o, al menos, aceptable.

En el campo de la deontología jurídica, encontramos el principio del servicio al derecho y a la justicia, conforme al cual, el abogado tiene la función de servir a la justicia por medio del derecho. Como parte de este deber ético, está el de huir de la litigiosidad, entendida ésta como "... la afición a mover pleitos, a llevar a tribunales la solución de todos los casos, a prolongar los litigios innecesariamente".<sup>4</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>5</sup>

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

## II. PRINCIPALES MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

### A. Concepto

La "*resolución alternativa de controversias*" ("*alternative dispute resolution*" o "ADR"), respecto a la cual en este trabajo se emplea el concepto *medios alternativos de solución de controversias*, "... puede ser definida como una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje para la solución de controversias, que por lo general aunque no necesariamente involucran la intercesión y asistencia de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución".<sup>6</sup>

Algunos de los medios alternativos de solución de controversias ("**MASC**") que a continuación se describen, pueden verdaderamente ser *alternativos* al grado de que eventualmente, en algunos casos, pueden llegar a sustituir, por hacerlos innecesarios, a ciertos medios ortodoxos o al menos ya conocidos y utilizados en la solución de controversias; otros, en cambio, podrían ser considerados como *complementarios* de medios tradicionales de solución de controversias. Asimismo, algunos "**MASC**" pueden

<sup>4</sup> Miguel Villoro Toranzo, *Deontología Jurídica*. Textos Universitarios, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1987, pag. 181.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Brown y Marriott, *ADR Principles and Practice* (1993), p. 9, cit. por Arthur Marriott, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must": The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996. La traducción es nuestra.

ser *obligatorios*, como sucedería en el caso de que alguna disposición legal obligue a agotarlos previamente al juicio; o pueden ser *voluntarios* u *optativos*, cuando quede al arbitrio de las partes agotarlos o no. En este último caso, las partes pueden hacer obligatorio, contractualmente, que se agote el procedimiento de un cierto "MASC" previamente al arbitraje o a la intervención judicial.

En cualquier caso, por regla general y contrariamente a lo que sucede tratándose de la jurisdicción ordinaria y del arbitraje, el agotamiento de un "MASC" no conlleva automáticamente su obligatoriedad y, mucho menos, la posibilidad de ejecutarlo. Entre los autores que tratan el tema de los *medios alternativos de solución de controversias*, parece existir consenso en cuanto a que estos medios no deben ser entendidos en el sentido de pretender constituir una alternativa sustitutiva del procedimiento "adjudicatorio", sea éste arbitral o judicial; por lo cual, en aquellos casos en que el empleo de un MASC ha sido estipulado en un contrato, éste debe contener las disposiciones pertinentes que permitan referir ulteriormente la controversia al arbitraje o bien a un procedimiento judicial, en caso de fracasar el medio alternativo de solución de la controversia.<sup>7</sup> Asimismo, se advierte cierto escepticismo en cuanto a la viabilidad de que un tribunal judicial negase la entrada a una demanda por no haberse agotado previamente el MASC estipulado contractualmente.

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

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

Como en el caso del arbitraje, cuya consolidación y desarrollo como medio privado para la solución de controversias dependen en gran medida del respeto y apoyo que le

<sup>7</sup> Entre otros autores al respecto, Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, cit., pp. 63 y 64.

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

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

Al revisar la procedencia del intento de una de las partes, de obtener una medida precautoria ("*injunction*") de un tribunal inglés en contra de la otra parte, la Cámara de los Lores resolvió (*Channel Tunnel Group Limited v. Balfour Beatty Construction Limited and others* [1993] 2 WLR 262, HL), que los tribunales ingleses tenían la facultad de abstenerse de aplicar las medidas precautorias, por ser éstas violatorias de un convenio entre las partes para resolver sus controversias por un medio distinto del litigio, independientemente de que dicho medio no constituyese arbitraje.<sup>8</sup>

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

## B. Panorama Mundial

Los ejemplos que a continuación se mencionan brevemente, son algunos de los que existen a nivel mundial en materia de medios alternativos de solución de controversias.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996.

<sup>9</sup> Entre otras obras al respecto, Paul Davidson y Luis Perret (editores), *Université D'Ottawa, Commercial Arbitration in the Americas/El Arbitraje Comercial en las Américas*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992; Isaak I. Dore, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1993; Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and*

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

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

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

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

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

---

ADR, cit., pp. 63 y 64; Arthur Marriott, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must": The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996; Jorge Alberto Silva, *Arbitraje Comercial Internacional en México*. Pereznieto Editores, México, 1994; José Luis Siqueiros, *Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Interamericanos de Integración y Libre Comercio*, en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 25, t. II (1995), México, pp. 335-349.

<sup>10</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996, pp. 51-55.

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

Algo equiparable se diseñó para el Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong, una de las mayores obras de ingeniería civil en el mundo, en el que se implantó un sistema mixto de solución de controversias consistente en (1) el sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero; (2) mediación; (3) adjudicación; y (4) arbitraje, estipulándose que no se podría instituir acción judicial alguna, sino hasta que fuesen agotadas las fases anteriores.<sup>11</sup>

Para hacer notar la creciente aceptación de los MASC, es importante mencionar que, en los Estados Unidos de América, dos ordenamientos legales fueron promulgados durante la administración del Presidente George Bush, el primero, la *Judicial Improvement Act of 1990* (Acta de Mejora Judicial de 1990), promueve y en ocasiones hace obligatorio el empleo de "solución alternativa de controversias" (ADR) por tribunales federales; y el segundo, la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990* (Acta de Solución de Controversias Administrativas de 1990), promueve la utilización de "ADR" por dependencias federales.<sup>12</sup>

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

<sup>11</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996, pp. 51-55.

<sup>12</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beaver, "Alternative Dispute Resolution". Documento presentado en México, D.F., el 9 de noviembre de 1995, en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados.

procedimiento arbitral para resolver controversias entre corredores y clientes y entre corredores.

Ford Motor Company, por su parte, cuenta con un procedimiento de solución de controversias, que incluye un órgano privado de "apelación" (Ford Consumer Appeals Board) para resolver sobre las quejas de sus clientes; y TRW Electronics Corporation -que, como adelante se verá, participó exitosamente en un "pequeño juicio"- implementa ahora un novedoso mecanismo interno para prevención de controversias, con nuevos enfoques para su manejo en caso de surgir éstas.<sup>13</sup>

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

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

#### 1. Pequeño juicio o "mini trial"

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

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

<sup>13</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "Alternative Dispute Resolution", *op. cit.*

reunieron a solas durante media hora; posteriormente siguieron negociando y el asunto se resolvió por transacción en un total de 11 semanas.<sup>14</sup>

Otro caso, frecuentemente citado por diversos autores tanto como ejemplo de "pequeño juicio" o de "juicio privado", como de la virtud de los MASC como medio para lograr soluciones imaginativas que pongan fin a los conflictos, es el de cierta controversia entre Texaco y Borden con una cuantía superior a \$200 millones de dólares, consistente en una reclamación antimonopólica y de incumplimiento de contrato, transigida exitosamente entre ambas partes sin intervención de tercero neutral, mediante un acuerdo de suministro de gas a la segunda, mutuamente satisfactorio.<sup>15</sup> Virtudes semejantes se atribuyen a la solución de ciertas controversias entre IBM y Fujitsu (\$833 millones de dólares), NASA vs. Spacecom y TRW, y otras.<sup>16</sup>

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

En este procedimiento, considerado por algunos no sin razón como "denominado irreverentemente"<sup>17</sup> y con cierta semejanza con el pequeño juicio, las partes seleccionan un abogado, generalmente un juez retirado, que resuelve la controversia en forma privada, aunque obligatoria, aplicando la ley estatal. Este MASC, previsto en la ley del Estado de California como un procedimiento "referido", en el que el asunto es remitido por el juez del conocimiento a un tercero privado, implica para el "juez privado" facultades similares a las del juez ordinario y la sentencia, que es obligatoria, es apelable ante los tribunales estatales. Uno de los casos resueltos con la utilización de este MASC, fue cierta controversia entre Johnny Carson y la cadena NBC.<sup>18</sup>

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

En el caso de este MASC, cualquiera de las partes puede pedir al juez que esté conociendo de un juicio, que el asunto sea derivado o remitido al arbitraje de un abogado que designe el juez del conocimiento; o bien, éste puede referir el asunto a arbitraje, lo cual hace que se considere a este procedimiento, como arbitraje derivado o administrado judicialmente. La resolución que se dicte es apelable ante los tribunales ordinarios y, conforme a ciertas legislaciones, esta forma de arbitraje puede ser obligatoria.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, "Alternative Dispute Resolution", cit.

<sup>15</sup> *Ibidem* y, además, Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, antes citada, pag. 73.

<sup>16</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, *op. cit.*

<sup>17</sup> Anthony Connerty, *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, Volumen 12, Número 1, 1996, pag. 51.

<sup>18</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, *op. cit.*

<sup>19</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*, cit., pag. 16.

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

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

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>20</sup>) y más de \$1 billón de dólares por daños punitivos ("*punitive damages*"<sup>21</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>22</sup>

#### 5. Oyente Neutral (*neutral listener*)

En este procedimiento, las partes escogen a una persona cuya confianza, méritos y experiencia sean reconocidos por ellas, a la que cada una de las partes hace llegar su mejor propuesta, que analiza el oyente neutral, para determinar si ambas propuestas están lo bastante cercanas como para celebrar reuniones de negociación.<sup>23</sup> Como se verá adelante, este mecanismo tiene algunas semejanzas con la mediación.

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

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

<sup>20</sup> Este tipo de daños, consiste en la indemnización que, como su nombre lo indica, se paga a quien sufrió el daño para compensarlo por ello.

<sup>21</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>22</sup> Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, *op. cit.*

<sup>23</sup> Zulema D. Wilde y Lúia M. Gaibrois, *op. cit.*, pag. 17.

que así lo hubieren acordado.<sup>24</sup> La Cámara Internacional de Comercio cuenta con un Centro Internacional de Peritaje Técnico, para prestar servicios en esta materia.<sup>25</sup>

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

Este MASC, con evidente semejanza con el mecanismo para "determinación por experto neutral", consiste en un acuerdo mediante el cual las partes confían la resolución sobre su discrepancia en materia de patentes o secretos industriales o comerciales, a un tercero llamado "adjudicador", quien analiza la información proporcionada por las partes y emite una opinión desde el punto de vista estrictamente técnico, para resolver la cuestión objeto de discrepancia en forma no obligatoria.<sup>26</sup>

8. Adaptación de contratos (*adaptation of contracts*)

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

El acuerdo para implantar este mecanismo, puede existir en el contrato mismo, o puede ser celebrado con posterioridad. Considerando que en derecho mexicano la teoría de la imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*) no es aplicable automáticamente, este MASC puede proveer el mecanismo, con pleno respaldo técnico especializado, para resolver el problema. La Cámara Internacional de Comercio ha desarrollado ciertos procedimientos para prestar el servicio de adaptación de contratos.<sup>27</sup>

9. Consulta (*consultation*)

Mediante este procedimiento, usual en el campo del derecho internacional público, las partes consultan entre sí ante un amago de conflicto o bien al surgir cualquier evento o circunstancia, urgente o relevante que pueda afectar las relaciones entre ellas, para la adopción de las medidas pertinentes. Las partes pueden también convenir en un calendario de consultas periódicas, así como en el objeto habitual o permanente de las

<sup>24</sup> Cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *op. cit.*, pag. 17; y Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *op. cit.*, pag. 66.

<sup>25</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, "Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias". Documento presentado en México, D.F., el 9 de noviembre de 1995, en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling con el copatrocinio de algunos despachos mexicanos de abogados.

<sup>26</sup> Cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *op. cit.*, pag. 18.

<sup>27</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, "Otros Medios Alternativos para la Resolución de Controversias", *cit.*

mismas, dejando abierta la posibilidad de incluir temas eventuales. Un mecanismo similar, es también aplicable a relaciones privadas.<sup>28</sup>

#### 10. Buenos Oficios

Mediante este procedimiento, también usual en el campo del derecho internacional público, ante una controversia entre las partes un tercero ofrece su intervención amistosa para evitar un deterioro de la situación y persuadirlas para que acepten un medio pacífico de solución. Ejemplos de esta figura, se incluyen en la Primera Convención de La Haya de 29 de julio de 1899,<sup>29</sup> en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945<sup>30</sup> y, en el ámbito americano, en el Tratado de Arbitraje Obligatorio, de 29 de enero de 1902,<sup>31</sup> en el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, de 23 de diciembre de 1936<sup>32</sup> y en el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948.<sup>33</sup>

#### 11. Investigación (*survey*)

En virtud de que con frecuencia las controversias se originan en un desacuerdo sobre un hecho determinado, de autenticidad incluso no comprobada, las partes pueden reducir sus desavenencias mediante la aclaración del hecho en cuestión, encomendando su investigación a un tercero independiente ("*surveyor*"), que puede ser una persona física, una institución o una comisión. Aún cuando por lo general el resultado de la investigación no es obligatorio para las partes, que pueden o no conformarse con el mismo, con este medio, las partes pueden llegar a una valoración objetiva del hecho que ocasione su discrepancia.<sup>34</sup>

#### 12. Conciliación

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

<sup>28</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, *op. cit.*

<sup>29</sup> México se adhirió el 17 de abril de 1901.

<sup>30</sup> México se adhirió el 7 de noviembre de 1945.

<sup>31</sup> México se adhirió el 18 de abril de 1903.

<sup>32</sup> Ratificado por México el 23 de diciembre de 1937.

<sup>33</sup> Ratificado por México el 23 de noviembre de 1948.

<sup>34</sup> Fernando Estavillo C. y Carlos de Hoyos Walther, *op. cit.*

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

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932, actualmente en vigor, al regular la justicia de paz obliga al juez (Art. 20, fracción VI<sup>35</sup>) a exhortar a las partes, antes de pronunciar el fallo, a una "composición amigable"<sup>36</sup>; y en 1986, se reforma dicho Código siguiendo modelos extranjeros, para introducir (Art. 272-A<sup>37</sup>) una "audiencia previa y de conciliación" que no ha dado resultado en la práctica.

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

Gramaticalmente,<sup>38</sup> el vocablo *conciliación* significa la "acción y efecto de conciliar"; lo cual, a su vez, significa "componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí", "conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias" y "granjear o ganar los ánimos o la benevolencia".

Jurídicamente, en el Diccionario Jurídico Mexicano<sup>39</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".

<sup>35</sup> Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996.

<sup>36</sup> Término que Alcalá-Zamora considera *inadecuado nombre*, por ser "propenso a ser confundido con la *amigable composición*, o sea el arbitraje de equidad". (Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*. Porrúa, México, 2a. ed., 1985, t. 1, pag. 453.).

<sup>37</sup> Esta disposición no se vio afectada por las reformas a este Código, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996.

<sup>38</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, pag. 374.

<sup>39</sup> Santiago Barajas Montes de Oca y Ricardo Méndez Silva, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1987, 2a. ed., t. 1, pp. 568-572.

Otro acercamiento al tema por Rodolfo A. Nápoli, autor argentino,<sup>40</sup> señala que la conciliación "... puede ser intentada por espontanea voluntad de cualquiera de las partes o por la mediación de un tercero, quien advertido de las 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>41</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>42</sup> como "... el ajuste y finiquito de una disputa de una manera amigable y no antagonística. Utilizada en juzgados antes de la instrucción de la causa, con miras a evitar ésta; y, en disputas laborales, antes del arbitraje".

También en la práctica estadounidense, algunos postulantes sostienen que la conciliación consiste en que un tercero reúna a las partes contendientes para que inicien discusiones y resuelvan su controversia y, *contrariamente a lo que* [supuestamente] sucede en el caso de la mediación, el conciliador no toma partido en el procedimiento o en las negociaciones, ya que su papel principal es el de reducir el antagonismo entre las partes, abrir líneas de comunicación entre ellas y hacer arreglos para negociaciones formales.<sup>43</sup>

Según De Pina y De Pina Vara,<sup>44</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>45</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>46</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

<sup>40</sup> Rodolfo A. Nápoli, "Conciliación y Arbitraje", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, t. III, 1992, pp. 592-595.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Black's Law Dictionary*, West Publishing, St. Paul, Minn., 5a. ed., 1979, pag. 262. La traducción es nuestra.

<sup>43</sup> Linda C. Reif, "Conciliation as a Mechanism for the Resolution of International Economic and Business Disputes", según cita de Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beever, en su artículo "Alternative Dispute Resolution", antes citado.

<sup>44</sup> Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, vigesimoprimer ed., 1995, pag. 178.

<sup>45</sup> Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 5a. reimpresión, 1993, pag. 159.

<sup>46</sup> Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Porrúa, México, 5a. ed., 1966, pp. 154-155. La utilización de negrilla es nuestra.

o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. **En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio.** Tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por avenencia de las partes, por su mutuo acuerdo y sin necesidad de intervención jurisdiccional del conciliador".

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

Siguiendo la terminología de Carnelutti, Alcalá-Zamora<sup>47</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*], si una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo ..."

En su Derecho Procesal Mexicano, Alcalá-Zamora<sup>48</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>49</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>50</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>51</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>52</sup>

<sup>47</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 3a. ed., 1991, pag. 13.

<sup>48</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit., pp. 430 et seq.

<sup>49</sup> En realidad, según refiere el propio Alcalá Zamora (idem, pag. 430), este capítulo constituye una ponencia publicada por él en el "volumen *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970) -México, 1971-, pp. 159-95".

<sup>50</sup> *Idem*, pp. 447 y 448.

<sup>51</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 452.

Es también interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora<sup>53</sup> de que la conciliación "... no es una *forma* distinta de autocomposición y si únicamente un *medio* especial predispuerto para intentar lograrla, ya sea en virtud de desistimiento del atacante, de allanamiento del atacado o de transacción entre ambos...".

Fairén Guillén<sup>54</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 aún en los casos en que el juez mismo llega a tener intervención, "*pero sin que intervenga concretamente como funcionario jurisdicente*",<sup>55</sup> la conciliación sigue teniendo un carácter autocompositivo.

Alcalá-Zamora<sup>56</sup> y Fairén Guillén<sup>57</sup> hacen referencia a las diversas modalidades que puede adoptar la autocomposición, tales como: *unilateral*, cuando deriva de la voluntad de una sola de las partes, como es el caso del allanamiento y del desistimiento; *bilateral*, cuando interviene la voluntad de ambos contendientes, como en el caso de la transacción; *pre-procesal*, cuando se efectúa con anterioridad al juicio; *endo-procesal*, cuando se efectúa dentro del juicio; y *post-procesal*, cuando se efectúa después de concluido el juicio; *onerosa*, cuando implica concesiones o sacrificios recíprocos, como es el caso de la transacción; *altruista*, cuando implica una renuncia o reconocimiento a favor del adversario, como en el allanamiento y en el desistimiento; *autónoma*, cuando únicamente intervienen las partes contendientes; con *intervención de tercero*, que puede ser un juez, autoridad, institución o particular; en cuyo caso, se considera *pública* cuando el tercero que interviene es un juez o autoridad o, *privada*, cuando el tercero es un particular o una

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Víctor Fairén Guillén, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1ª. ed., 1994, pp. 859 y 860.

<sup>55</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, *op. cit.*, pp. 73 y 74. La adición de cursiva en la cita en el cuerpo del escrito, es nuestra.

<sup>56</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, *op. cit.*, pp. 78 et seq.; y *Derecho Procesal Mexicano*, *op. cit.*, pp. 430-461.

<sup>57</sup> Víctor Fairén Guillén, *op. cit.*, pp. 860 et seq.

institución privada; y, finalmente, la autocomposición privada puede ser *ad hoc* cuando quien interviene es un tercero independiente que se regirá 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 quisiese analizar la conciliación desde la óptica de los modernos *medios alternativos de solución de controversias*, cabría hacerlo desde la óptica de la mediación, aplicándole además los comentarios que se formulan en el apartado V de este trabajo.

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

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

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

### 13. Mediación

Como se verá a continuación, tal y como sucedió en el caso de la conciliación, la *mediación* hasta ahora conocida en México ha sido ajena al concepto moderno de *medios alternativos de solución de controversias* que hemos venido comentando y, prueba de ello, es que aunque gramaticalmente<sup>58</sup> el vocablo *mediación* significa "acción y efecto de mediar", lo cual, entre otras acepciones, significa "interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad", desde el punto de vista jurídico el Diccionario Jurídico Mexicano<sup>59</sup> -para nuestra sorpresa y como sucede con la Enciclopedia Jurídica Omeba- sólo define la mediación desde el enfoque de *mediación en derecho internacional público*, describiéndola como "... uno de los medios tradicionales de solución pacífica de las controversias que se caracteriza por la participación de un tercer Estado en un conflicto que involucra a otros Estados a fin de encontrar una fórmula de arreglo".

De Pina y De Pina Vara -quienes también analizan la mediación desde el punto de vista del derecho internacional público, como segunda acepción- la definen en primer término como "contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a abonar a la otra -que ha procurado en su favor la celebración de un contrato u operación mercantil- una remuneración por tal servicio".<sup>60</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>61</sup> y Rodríguez y Rodríguez.<sup>62</sup> Y un ejemplo más, en derecho positivo, habría sido posible encontrarlo en la antigua Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles, cuyo artículo 7, después de referirse a la comisión mercantil, se refería a la "*mediación mercantil*" definiéndola como "la actividad que desarrolla el mediador para relacionar a los contratantes".

En derecho estadounidense, en cambio, se enfoca la mediación precisamente como *medio de solución de controversias*, al explicarla como "Intervención; interposición; el acto de una tercera persona en intermediar entre dos partes contendientes con miras a

<sup>58</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, vigésimo primera ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 951 y 952.

<sup>59</sup> Ricardo Méndez Silva, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, 1988, 2a. ed., t. III, pp. 2089 y 2090.

<sup>60</sup> Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, vigesimoprimer ed., 1995, pag. 369.

<sup>61</sup> Roberto L. Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 10a. ed., 1968, pp. 68, 149 y 150.

<sup>62</sup> Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Derecho Mercantil*. Porrúa, México, 10a. ed., 1972, t. I, pag. 42; y t. II, pp. 41-46.

persuadirlas de ajustar o transigir su disputa. Transacción de una disputa por la acción de un intermediario (parte neutral). Ver también "Arbitraje; Conciliación".<sup>63</sup>

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

Algunos postulantes estadounidenses afirman que la *mediación* es un proceso en el cual las partes contendientes son asistidas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia; y lo resuelto en la mediación, contrariamente a lo que sucede en el caso del arbitraje, no es obligatorio, aunque las partes pueden convenir en celebrar un convenio de transacción y en darle curso como si se tratase de un laudo arbitral o de sentencia ejecutoriada.<sup>64</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>65</sup> En este enfoque, en el que parecen coincidir quienes analizan la mediación, está implícita la importancia de que el tercero, para conservar su neutralidad y confiabilidad frente a las partes, se abstenga de proponer soluciones.

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

Al hacer referencia a la práctica de la mediación en otros países, no podríamos dejar de mencionar el caso de Argentina, que al estar preparando el trabajo que en otro lugar citamos llamó nuestra atención con motivo del libro sobre el tema publicado por

<sup>63</sup> *Black's Law Dictionary*, West Publishing, St. Paul, Minn., 5a. ed., 1979, pag. 885. La traducción es nuestra.

<sup>64</sup> Michael F. Hoellering, "World Trade to Arbitrate or Mediate - That Is the Question", según cita de Joseph T. McLaughlin y Vanessa Beaver, en su trabajo "Alternative Dispute Resolution", antes citado.

<sup>65</sup> Sidney Stahl, "An Introduction to Mediation/Conciliation". Documento presentado en México, D.F., el 6 de septiembre de 1996, a los miembros del Consejo Directivo y del Consejo Consultivo del International Mediation Center.

Wilde y Gaibrois,<sup>66</sup> ya que constituye toda una innovación en la materia, cuya evolución seguramente será observada con interés.<sup>67</sup>

El primer paso, en Argentina, fue la publicación del Decreto 1480/92, de 19 de agosto de 1992,<sup>68</sup> publicado en el Boletín Oficial Nro. 27.456, de 24 de agosto de 1992, que declaró de interés nacional la institución de la mediación "como método no adversarial de solución de conflictos". Dicho Decreto, encomendó al Ministerio de Justicia "la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario, para la puesta en marcha de dicha institución", señalando como lineamientos (a) procedimiento voluntario para las partes; (b) procedimiento informal; (c) plazos prorrogables a juicio de las partes; (d) comparecencia personal de las partes a actos de procedimiento de mediación; (e) actuaciones confidenciales, aún para los jueces de la causa; (f) actividad de los mediadores, a desarrollar respecto de conflictos judiciales y extrajudiciales; (g) papel del mediador, proponer soluciones a las partes; (h) cuestiones penales, excluidas; (i) acuerdos obtenidos, respetarán limitaciones que establezca ley de fondo.

Además, se creó un Cuerpo de Mediadores; se creó una Comisión "ad honorem" para formular el proyecto de Ley Nacional de Mediación; y, se facultó al Ministerio de Justicia para solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la designación de tribunales en los que se llevase a cabo la *experiencia piloto de mediación*. Con la disidencia del Ministro Dr. Carlos Santiago Fayt, la Corte Suprema de la Nación [de Argentina] expidió la Resolución No. 62/94, de 11 de febrero de 1994, mediante la cual declara "de interés la experiencia piloto de creación de un Centro Judicial de Mediación."<sup>69</sup>

Posteriormente se publicó la Ley de Mediación y Conciliación, No. 24.573, aprobada el 4 de octubre de 1995, conforme a la cual: (a) se instituye, con carácter obligatorio, la mediación previa a todo juicio; (b) el plazo para el procedimiento de mediación, será de 60 días; (c) el mediador queda dotado de amplias facultades, incluyendo la de convocar a audiencias (d) habiendo comparecido personalmente y con intervención del mediador, las partes pueden dar por terminada la mediación; (e) las actuaciones serán confidenciales; (f) el mediador, facultado para sesionar con las partes conjuntamente o por separado; (g) las partes deberán asistir personalmente, y la asistencia de abogados será obligatoria; (h) se crea el Registro de Mediadores y, para ser mediador,

<sup>66</sup> Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *Qué es la Mediación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994. (El Dr. Gaibrois fue designado miembro de la Comisión creada mediante el decreto 1480/92, para formular el proyecto de Ley Nacional de Mediación).

<sup>67</sup> Al respecto, agradecemos la legislación y material complementario que bondadosamente nos proporcionó en mayo de 1996 el maestro José Luis Siqueiros, amigo siempre generoso, para participar con el tema de MASC incluido por primera vez en el cuarto diplomado sobre arbitraje comercial internacional, impartido bajo los auspicios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio y la Escuela Libre de Derecho.

<sup>68</sup> Cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *op. cit.*, pp. 109-116, en la cual se transcribe dicho decreto.

<sup>69</sup> Cfr. Zulema D. Wilde y Luis M. Gaibrois, *op. cit.*, pp. 117-119.

se requerirá título de abogado y cierta capacitación especial; (i) la mediación suspende el plazo de la prescripción; (j) se reforma el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a consecuencia de lo cual, la etapa de mediación será obligatoria por plazo de 5 años; el juez deberá invitar a las partes a una *conciliación*; el juez y las partes, podrán proponer fórmulas conciliatorias.

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

Aún cuando existen ejemplos de la práctica de la mediación en otros países, que por razones de espacio no podemos reseñar aquí,<sup>70</sup> son diferentes y es evidente que difícilmente se podrían encontrar ejemplos de novedad normativa, de importancia de asuntos, de trascendencia práctica o de utilización de nuevos esquemas de procedimiento, como los que muestran Argentina y los Estados Unidos de América y brevemente hemos reseñado.

### III. DISTINCIÓN ENTRE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EN MÉXICO

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

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

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

<sup>70</sup> Entre otras fuentes, Victor Fairén Guillén, *op. cit.*, pp. 865 et seq.

como una figura nueva, nada obsta para que también en México se identifique este medio privado de solución controversias como *mediación*, que es el nombre con que se le conoce mundialmente y empieza a volverse unívoco.

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

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

Según hemos advertido, en la práctica existente en diversos países tanto la *conciliación* como la *mediación* puede ser empleada como medio *privado* de solución de controversias y, asimismo, los ejemplos de intervención de autoridades como órganos encargados de conducir el procedimiento tampoco se revelan como privativos de la *conciliación* o de la *mediación*, incluyendo el caso de México, en donde nada impide que particulares conduzcan procedimientos conciliatorios, como tampoco existe impedimento para que autoridades gubernamentales lleven a cabo procedimientos o utilicen métodos de *mediación*, suponiendo que ambos términos fuesen distintos.

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

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

Por último, fuera del caso de Argentina, que hemos reportado, tampoco parecen existir usos –y mucho menos reglas– respecto a la profesión o área de especialidad de

los conciliadores o de los mediadores. Mientras en países como México quizá la totalidad de los árbitros -no sería factible hablar de conciliadores o mediadores en el sentido moderno, por tratarse de algo nuevo en México- son abogados, hemos notado que en otros países un gran número de árbitros, mediadores y conciliadores -si no es que en ocasiones la mayoría- tienen profesiones distintas.

Desde el punto de vista estrictamente académico, en lo referente a las relaciones entre *jurisdicción, conciliación, mediación, autocomposición* y *arbitraje*, señala Alcalá-Zamora que *las tres primeras* y el arbitraje, que desde su punto de vista -que compartimos- *se reabsorbe en la jurisdicción*, coinciden en que "persiguen la solución de litigios inminentes o presentes [y] funcionan a tal fin a base de dos partes y un tercero imparcial ... pero discrepan en que mientras el juzgador se encuentra *supra partes* y, por tanto, *impone una solución*, el conciliador, que formalmente se halla *inter partes*, aunque materialmente esté *infra partes*, lo mismo que el mediador, se limita a *proponer una o más soluciones*". Al respecto, aclara este autor que, en la figura del *mediador*, refunde la del *conciliador*.<sup>71</sup>

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

#### IV. TRANSACCIÓN

Como ejemplo de las tres más típicas figuras autocompositivas, Alcalá-Zamora<sup>72</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

<sup>71</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pp. 76 y 77.

<sup>72</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pp. 14 y 15.

concretamente como funcionario jurisdicente..."<sup>73</sup> es decir, que no imparte *jurisdicción*, al no ser quien diga el derecho o resuelva la cuestión controvertida.

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

Al respecto, es interesante el señalamiento que hace Alcalá-Zamora<sup>74</sup> y que antes comentamos, 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>75</sup> al afirmar que "... la autocomposición puede asimismo funcionar una vez concluida la fase de conocimiento del proceso, a saber: durante la ejecución de la sentencia firme" y, como apoyo, cita el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que entre otras admite la excepción de transacción para oponerse a la ejecución de sentencias y convenios judiciales, así como el compromiso en árbitros; mismos que deben constar por instrumento público, por documento privado judicialmente reconocido o por confesión judicial.<sup>76</sup>

Desde el punto de vista gramatical, se entiende por transigir "...consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia", así como "...ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa".<sup>77</sup>

En el derecho estadounidense, se describe la transacción ("*settlement*"), como "...acto o proceso de ajustar o determinar; un ajuste entre personas, concerniente a sus tratos o dificultades; un convenio mediante el cual, las partes que tienen asuntos controvertidos entre ellas, logran o averiguan lo que viene de una a la otra; arreglo de dificultades; composición de dudas o diferencias; determinación por convenio; y, liquidación"<sup>78</sup>

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

<sup>74</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Mexicano*, op. cit., pag. 452. La utilización de negrilla, es nuestra.

<sup>75</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, op. cit., pag. 16.

<sup>76</sup> La reforma al artículo 531 del Código Civil del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de mayo de 1996, no afecta lo arriba señalado al respecto.

<sup>77</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, vigésimo primera ed.

<sup>78</sup> *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1979, 5a. ed., pag. 1231. La traducción es nuestra.

En derecho argentino, el tratadista Carlos A. R. Lagomarsino<sup>79</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 para el Distrito Federal señala que "la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".

Como antes se indicó, Eduardo Pallares, al hablar de la conciliación, señala que "... la diferencia que la distingue de la transacción ... [es que] ... para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe".<sup>80</sup>

No obstante que conforme al artículo 2945 del Código Civil para el Distrito Federal, la transacción preventiva de controversias futuras debiera constar por escrito sólo en aquéllos casos en los que el interés del negocio excediese de \$200.00 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 aquéllos casos en que la transacción se celebra dentro de un procedimiento arbitral. En el caso de la transacción extrajudicial, es necesario elevar a escritura pública el contrato que la contenga, para lograr su eficacia plena y la posibilidad de hacer exigible lo convenido en la transacción, en la vía ejecutiva.

Por lo que respecta a la materia de la transacción, debe tenerse presente que, conforme a las diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, no se puede transigir respecto de los conceptos que a continuación se señalan, o es nula la transacción que se celebre respecto de los mismos.

- acción penal proveniente de delito perseguible de oficio (Art. 2947);
- estado civil de las personas o validez del matrimonio (Art. 2948);

<sup>79</sup> Carlos A. R. Lagomarsino, "Transacción", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1986, t. XXVI, pp. 342-344.

<sup>80</sup> Eduardo Pallares, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 154-155.

- delito, dolo y culpa futuros (Art. 2950, fracción I);
- acción civil que nazca de delito o culpa futuros (Art. 2950, fracción II);
- sucesión futura (Art. 2950, fracción III);
- sobre una herencia, antes de visto el testamento en caso de haberlo (Art. 2950, fracción IV);
- derecho de recibir alimentos (Art. 2950, fracción V);
- sobre título nulo, salvo pacto en contrario (Art. 2954);
- la celebrada teniendo en cuenta documentos que después han resultado falsos por sentencia judicial (Art. 2956);
- sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados (Art. 2958);

Conforme al artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, "la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquélla en los casos autorizados por la ley".

No obstante lo dispuesto por dicho artículo, la posibilidad de hacer valer la transacción como si fuera cosa juzgada, así como de hacerla exigible en la vía ejecutiva, representa problemas en la práctica. Al respecto, el Poder Judicial Federal ha resuelto que, para alcanzar la categoría de cosa juzgada, la transacción requiere, en forma expresa, de aprobación judicial;<sup>81</sup> es improcedente la ejecución de la transacción en la vía de apremio, cuando ha sido celebrada en contrato privado;<sup>82</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>83</sup>

Conforme al artículo 2962 del Código Civil para el Distrito Federal, "las transacciones deben interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, a menos que otra cosa convengan las partes" y, conforme al artículo 2963 del mismo Código, "no podrá intentarse demanda contra el valor o subsistencia de una transacción, sin que previamente se haya asegurado la devolución de todo lo recibido, a virtud del convenio que se quiera impugnar".

<sup>81</sup> Amparo en revisión 312/93, Samuel Marmorí Reyes, 20 de enero de 1994. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. XIII, marzo, p. 511, 2o. Trib. Col. 1er. Circ.

<sup>82</sup> Amparo en revisión 1722/93, Inmobiliaria Cuemanco, S.A., 29 de octubre de 1993. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. XII, diciembre, p. 984, 2o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

<sup>83</sup> Amparo en revisión 149/91, María del Carmen Pardo de Candia, 25 de abril de 1991. Unanimidad. Sem. Jud. Fed., 8a. Época, t. VII, junio, p. 453, 5o. Trib. Col. Civ., 1er. Circ.

Conforme a todo lo señalado en párrafos anteriores, se puede resumir la naturaleza de la transacción considerándola como un contrato bilateral, formal, oneroso, de interpretación estricta e indivisible, que produce título ejecutivo y tiene naturaleza judicial cuando se celebra dentro de juicio y extrajudicial cuando se celebra fuera de juicio, caso en el cual, debe elevarse a escritura pública, con excepción del caso en que se celebra dentro de juicio arbitral, en cuyo caso, para su eficacia y fuerza ejecutiva, deberá elevarse a la categoría de laudo transaccional.

## V. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, LLEVADOS A LA PRÁCTICA

No obstante los datos ya conocidos en relación con el desarrollo de los MASC hasta la fecha en diferentes jurisdicciones, se dispone de relativamente poca información respecto a su comportamiento en la práctica, a los logros obtenidos y a los problemas enfrentados en los diversos sistemas jurídicos. Con esta salvedad, nos referiremos a continuación a observaciones derivadas de experiencias en otros países respecto a ventajas y desventajas atribuidas a los MASC, así como a algunas sugerencias u observaciones de postulantes de otros países con una vasta experiencia en su utilización, respecto a algunos de los conceptos que se deben tener en cuenta al emplear MASC.<sup>84</sup>

### 1. Ventajas y Desventajas de los MASC

#### a. Ventajas

**Flexibilidad.** Los MASC ofrecen una enorme flexibilidad, que permite optar por el método de solución de controversias más idóneo para la naturaleza del asunto y las características de las partes, y ofrece una amplia gama de soluciones imaginativas que no necesariamente se limitan al pago de cierta cantidad o a la ejecución de ciertas obligaciones, sino a toda una diversidad de combinaciones de obligaciones recíprocas, como sucedió en el caso Texaco-Borden, que es clásico al respecto y se cita con frecuencia como ejemplo.

**Concentración en los problemas principales.** La intervención de terceros neutrales que son peritos en la materia, permite concentrarse en los puntos que constituyen el meollo de la controversia, para resolverlos, evitando distraerse en

<sup>84</sup> Aún cuando los conceptos que aparecen en este inciso también son tratados por diversos autores que se citan en la bibliografía consultada y de hecho algunas de sus ideas también se reflejan en este inciso- los siguientes conceptos fueron tomados en su mayoría en forma casi textual, aún cuando no literalmente, del libro de Martin Hunter, Jan Paulsson, Nigel Rawding y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, antes citado, pp. 71-77.

cuestiones meramente procesales, como puede suceder en el caso de juzgadores no familiarizados con las cuestiones técnicas del asunto.

**Celeridad.** Mediante ciertos tipos de MASC, cuando éstos tienen éxito las controversias llegan a ser resueltas en cuestión de días o semanas, contrariamente al caso de la resolución contenciosa, que suele tomar meses y aún años. Además, por tratarse de una solución mutuamente aceptable, que resulta de convenio y no de adjudicación de un fallo con vencedor y vencido, la solución puede con mayor facilidad convertirse en definitiva y ser ejecutada de inmediato.

**Costo.** Según datos proporcionados por diversas fuentes, los medios alternativos de solución de controversias representan para las partes un costo sustancialmente inferior al de los litigios judiciales y aún al del arbitraje comercial.

**Conservación de la relación entre las partes.** Como resultado de la aplicación del sistema conocido como "ganador-ganador", en el que ambas partes obtienen una ganancia, en contraposición al tradicional sistema "ganador-perdedor", propio del litigio, es factible que, después de resolver de común acuerdo su controversia, las partes puedan conservar y hasta acrecentar una relación de negocios, como sucedió en el famoso caso Texaco-Borden.

**Confidencialidad.** Contrariamente a lo que sucede en los litigios ante tribunales ordinarios –el arbitraje comercial privado es una afortunada excepción– en que los expedientes pueden llegar a ser públicos una vez concluido el asunto y aún durante el procedimiento, además de estar más expuestos a filtraciones por tener acceso a ellos un mayor número de personas durante más tiempo, existe un mayor control de confidencialidad al dirimir las controversias mediante MASC; lo cual, puede ser esencial en ciertos casos que involucren cuestiones especiales de propiedad intelectual, alta tecnología, información económica o comercial, aspectos familiares o ciertos precedentes.

b. Desventajas

Los MASC no son idóneos en casos en los que, por ejemplo:

- las partes no tengan el ánimo de transigir, por haber adoptado posturas adversariales, por estar en posturas distantes, por estar en juego cuestiones no negociables o por tratarse de acciones o de defensas con una razón estratégica.
- las partes tengan la intención de sentar un precedente obligatorio o público.
- alguna de las partes interprete la aceptación de un MASC, como un signo de debilidad de su parte.
- exista el riesgo o por lo menos un temor fundado, de que en caso de no prosperar el MASC la contraparte podrá utilizar en litigio, en perjuicio de su oponente, la

información o documentos a que hubiere tenido acceso mediante el **MASC**, o el testimonio de alguna persona.

## 2. Comentarios Adicionales

Hecha la salvedad de que la esencia de la viabilidad de cualquier medio alternativo de solución de controversias, es la voluntad de las partes de colaborar para resolver amistosamente sus diferencias, la adecuada redacción de la cláusula mediante la cual se convenga en emplear el **MASC** puede significar el puente para acceder exitosamente al **MASC**, de lograr cubrir satisfactoriamente cuestiones tan importantes como la adecuada designación de un órgano mutuamente aceptable, que merezca la confianza de ambas partes; un procedimiento sensato, que garantice igualdad de oportunidades, confianza y celeridad; la tranquilidad de que, aún en un escenario pesimista de fracaso en alcanzar un acuerdo, lo hecho durante la implementación del **MASC** no será capaz de causar daños a las partes.

Entre otras cosas importantes, no se debe perder de vista que, con excepción de casos como el de Argentina, la iniciación de un procedimiento de **MASC** no suspende el plazo para prescripción; y la eficacia de un pacto privado en contrario, sería por lo menos dudosa en derecho mexicano -salvo quizá en el caso de que se novase expresamente una obligación- y sería invariable problemática, por lo cual, para asegurar la interrupción de la prescripción sería necesario el oportuno sometimiento de la controversia a arbitraje o a jurisdicción ordinaria, de no fructificar el **MASC** -y formalizarse el acuerdo respectivo- dentro de cierto plazo.

Conforme a muchos sistemas legales, los simples acuerdos de negociar no son por sí mismos exigibles y, por tanto, es necesario incorporar ciertas disposiciones que obliguen a ciertos actos, tales como el nombramiento de un mediador dentro de cierto plazo, para que el **MASC** sea viable. Además de que la observación anterior es válida por lo que respecta a derecho mexicano, cabe tener en cuenta que, por la naturaleza voluntaria que por definición tienen los **MASC**, su viabilidad queda en realidad al arbitrio de la voluntad de las partes, por lo que su protección frente a la voluntad unilateral de la contraparte, radicaría en la posibilidad de que, de no fructificar el **MASC** dentro de cierto plazo, la controversia quedase sometida automáticamente a arbitraje o a la jurisdicción de tribunal ordinario.

Por todo lo comentado en páginas anteriores, el resultado del **MASC** -o sea el acuerdo entre las partes- no es exigible sino hasta que las partes suscriban formalmente un convenio de transacción. Esta observación es de fundamental importancia en derecho mexicano, conforme al cual, según interpretación del Poder Judicial Federal, que antes se comentó, no basta la simple suscripción del convenio de transacción, sino que para su fuerza ejecutiva es menester que el mismo se formalice mediante escritura pública, siendo también admisibles, desde luego, el convenio ante

autoridad judicial y la transacción en procedimiento arbitral, en el que ésta se eleve a la categoría de laudo transaccional.

Preocupaciones como todas las antes mencionadas, y muchas más de naturaleza análoga, son inherentes a la aplicación práctica de los MASC en diversos sistemas jurídicos y, desde luego, su éxito dependerá fundamentalmente de la seguridad jurídica que derive de la conducta de los tribunales en apoyo de la firmeza de los convenios entre las partes, para evitar que éstas renieguen en forma abyecta de compromisos contractuales previos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, *Derecho Procesal Mexicano*. 2a. ed., Porrúa, México, 1985, t. I.
- Alsina Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial*. 1a. reimpresión, Librería Carrillo Hermanos e Impresores, Guadalajara, México, 1990, t. I y t. IV.
- Barajas Montes de Oca Santiago y Méndez Silva Ricardo, "Conciliación", en *Diccionario Jurídico Mexicano*. 2a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1987, t. I.
- Barrios de Ángelis Dante, *Introducción al Estudio del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 5a. ed., West Publishing, St. Paul, Minn., 1979.
- Bourton Steven J., "Combining Conciliation with Arbitration of International Commercial Disputes", en *Hastings International and Comparative Law Review*, 1995, Vol. 18:637.
- Campbell Dennis (General Editor), "Dispute Resolution Methods", en *The Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue, 1994, Center for International Legal Studies*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1994.
- Capitant Henri, *Vocabulario Jurídico*. Trad. de Aquiles Horacio Guaglianone, 8a. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

- Connerty Anthony, "The Role of ADR in the Resolution of International Disputes", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration, 1996, vol. 12, No. 1.
- Couture Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*. 5a. reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
- Chacón Corado Mauro Roderico, "Instituciones No Jurisdiccionales, Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176.
- Davidson Paul y Perret Luis (editores), Université D'Ottawa, *Commercial Arbitration in the Americas/El Arbitraje Comercial en las Américas*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
- Diccionario de la Lengua Española*. 21a. ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992.
- Dore Isaak I., *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*. Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1993.
- Dublán Manuel y Lozano José María, *Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República*. Imprenta del Comercio, de Dublán y Chávez, México, 1877, t. VIII.
- Escriche Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. 2a.ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.
- Estavillo C. Fernando y de Hoyos Carlos Walther, "Otros Medios Alternativos de Resolución de Controversias". Documento presentado en el evento *México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales*, organizado por el despacho Shearman & Sterling y otros despachos de abogados, México, D.F., 9 de noviembre de 1995.
- Fairén Guillén Víctor, "Figuras Extraprocesales de Arreglo de Conflictos: la Conciliación, la Mediación, el Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- Folberg Jay y Taylor Alison, *Mediación, Resolución de Conflictos Sin Litigio*. Trad. de Beatriz E. Blanca Mendoza, rev. por Manuel Chávez Asencio, 1a. ed., Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992.
- Fornaciari Mario Alberto, *Modos Anormales de Terminación del Proceso*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II.
- Friedmann W., *El Derecho en una Sociedad en Transformación*. Trad. de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

- Gozaini Osvaldo Alfredo, "Instituciones No Jurisdiccionales Para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, No. 176.
- Guide to ICC Arbitration*. International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, Paris, 1994.
- Hunter Martin, Paulsson Jan, Rawding Nigel y Redfern Alan, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Holanda, 1993.<sup>9</sup>
- Lagomarsino Carlos A. R., "Transacción", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1986, t. XXVI.
- Lovenheim Peter, *How To Mediate Your Dispute*. Nolo Press, Berkeley, 1996.
- Manresa y Navarro, José María e Ignacio Miguel y Reus José, *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1874.
- Mantilla Molina Roberto L., *Derecho Mercantil*. 10a. ed., Porrúa, México, 1968.
- Marriott Arthur, "Tell it to the judge ... but only if you feel you must': The 1995 Freshfields Lecture", en *Arbitration International*, revista de la London Court of International Arbitration. 1996, v. 12, no. 1.
- McLaughlin, Joseph T. y Beever Vanessa, "Alternative Dispute Resolution". Documento presentado en el evento México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales, organizado por el despacho Shearman & Sterling y otros despachos de abogados, México, D.F., 9 de noviembre de 1995.
- Méndez Silva Ricardo, "Mediación Internacional", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa, México, 1987, t. II.
- México: *Relación de Tratados en Vigor, Diciembre-1991*. Secretaría de Relaciones Exteriores. 1a. ed., Editorial Themis, México, 1991.
- Nápoli Rodolfo A., "Conciliación y Arbitraje", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill, Buenos Aires, 1992, t. III.
- Ovalle Favela José, "Instituciones No Jurisdiccionales: Conciliación, Arbitraje y Ombudsman", en *Justicia y Sociedad*. 1a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, No. 176.
- Pallares Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 5a. ed., Porrúa, México, 1966.
- Pina Rafael de y Pina Vara Rafael de, "Conciliación" y "Mediación", en *Diccionario de Derecho*. 21a. ed., Porrúa, México, 1995.

- Reuben Richard C., "The Lawyer Turns Piecemaker", en la revista *ABA Journal*, agosto 1996.
- Reus Emilio, *Ley del Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1981*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881.
- Rodríguez y Rodríguez Joaquín, *Derecho Mercantil*. 10a. ed., Porrúa, México, 1972.
- Silva Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*. Pereznieto Editores, México, 1994.
- Silva Jorge Alberto, *Codificación Procesal Civil y Mercantil Internacional*. Harla, México, 1995.
- Siqueiros José Luis, "Métodos de Solución de Controversias en los Esquemas Interamericanos de Integración y Libre Comercio", en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, 1995, No. 25, t. II.
- Stahl Sidney, "An Introduction to Mediation/Conciliation". Documento presentado en conferencia a los miembros del Consejo Directivo y del Consejo Consultivo del International Mediation Center. México, D.F., 6 de septiembre de 1996.
- Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México*. 3a. ed. Porrúa, México, 1967.
- Villoro Toranzo Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*. 1a. ed., Porrúa, México, 1966.
- Villoro Toranzo Miguel, *Las Relaciones Jurídicas*. 1a. ed., Jus, México, 1976.
- Villoro Toranzo Miguel, *Deontología Jurídica*. 1a. ed., Textos Universitarios, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 1987.
- Villoro Toranzo Miguel, *Metodología del Trabajo Jurídico*. 5a. reimpresión, Textos Universitarios, Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, Editorial Limusa, México, 1995.
- Wilde Zulema D. y Gaibrois Luis M., *¿Qué es la Mediación?*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.