

NEGOCIACIÓN Y CONCILIACIÓN COMO MEDIOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INVERSIÓN Y COMERCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL¹

Luis Miguel DÍAZ*

SUMARIO: I. *Negociaciones en derecho internacional público*. II. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*. III. *Controversias privadas internacionales en el TLCAN*. IV. *La Ley Modelo en Conciliación Comercial Internacional de las Naciones Unidas*.

I. NEGOCIACIONES EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

A partir de 1929 con el Tratado General para la Renuncia a la Guerra, se prohibió el recurso a la fuerza como medio legítimo para resolver controversias internacionales.² En este Tratado, conocido también como Pacto Kellogg, Pacto Briand Kellogg o como Pacto de París, los Estados convinieron en nunca solucionar sus disputas

* Díaz es licenciado en Derecho de la UNAM y doctor en Ciencias Jurídicas de Harvard Law School. Autor de libros y artículos. La mayoría de su tiempo la dedica a asociar procesos. Presidente del Centro Interdisciplinario para el Manejo de Conflictos A. C., en la Ciudad de México. www.solucionenegociada.com

¹ Este artículo es una composición para el Foro de Arbitraje en Materia de Inversión compuesta principalmente de escritos que he publicado sobre la solución pacífica de controversias internacionales.

² Firmado en París el 27 de agosto de 1928.

o conflictos de cualquier naturaleza y origen por medio de la guerra, sino sólo por medios pacíficos.

A partir del Pacto de París, la solución a los conflictos, además de que debe ser siempre por la vía pacífica, debe procurar que las partes tengan una comunicación constante, amigable y razonable.³ Gobiernos e instituciones privadas internacionales han plasmado en distintos instrumentos jurídicos internacionales, la necesidad de agotar la negociación y consultas entre las partes, antes de acudir a cualquier medio litigioso de solución de controversias como es el arbitraje.

En el contexto de la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional indicó: “Antes de que una controversia pueda ser objeto de una acción de derecho, su contenido debe haber sido claramente definido mediante negociaciones diplomáticas”.⁴

En el marco de las Naciones Unidas establecidas en la Carta de San Francisco en 1945, el artículo 33 de la Carta de la ONU indica:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

³ Aprobado por el Senado el 23 de octubre de 1929. Publicado en el *Diario Oficial* del 24 de diciembre de 1929. Texto en *Colección de tratados celebrados por México, Senado y SRE, 1924-1928*, t. V, pp. 723-725. Son Estados parte los siguientes: Afganistán, Albania, Antigua y Barbuda, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Checoslovaquia (ahora Estados sucesores), Dinamarca, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Estonia, Etiopía, Fidji, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Hungría, Islandia, India, Irán, Irak, Irlanda, Italia, Japón, Latvia, Liberia, Lituania, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, Arabia Saudita, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido, Estados Unidos, Venezuela y Yugoslavia (ahora Estados sucesores). Véase *México: relación de tratados en vigor*, México, SRE, 1996, pp. 135 y 136.

⁴ P.C.I.J. Serie A, núm. 2, p.15.

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.⁵

La Corte Internacional de Justicia de La Haya declaró que “no es necesario insistir en el carácter fundamental de las negociaciones como método para resolver conflictos”.⁶

En la Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales se reconoció a las negociaciones directas como un medio flexible y eficaz que las partes deberán tomar en cuenta al escoger un método para llegar a un arreglo efectivo y pronto de su conflicto.⁷

En los tratados, la palabra diplomacia se usa como sinónimo de negociación.⁸ Las negociaciones bilaterales por lo general se realizan directamente entre delegaciones o representantes debidamente designados por sus gobiernos. Aunque formalmente los negociadores suelen ser ministros o funcionarios de los ministerios de relaciones exteriores de las partes, en realidad muchas controversias se resuelven por negociadores especializados. Existen casos en que los jefes de Estado o de gobierno inician las negociaciones y posteriormente se desarrollan a un nivel jerárquico inferior o de expertos. En ocasiones es a la inversa, es decir, los jefes de Estado participan sólo para concluir las negociaciones. Las misiones diplomáticas permanentes juegan un papel determinante en la presentación de la postura de sus respectivos gobiernos en las ne-

⁵ Firmada por México el 26 de junio de 1945 en San Francisco, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre de 1945.

⁶ I.C.J. Reports 1969, párrafo 86, p. 48. El sitio de la Corte Internacional de Justicia: <http://www.un.org/spanish/aboutun/organs/icj.htm>.

⁷ Declaración de Manila en Doc.: A/Res. 37/10, de 15 de noviembre de 1982. Texto en español en Gutiérrez Espada, Cesáreo y Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *Textos de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 817-821. Véase también Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, México, Harla, 1993.

⁸ Véase artículo 36, “Draft Convention on the Law of Treaties”, *American Journal of International Law*, Supplement, Part III, Law of Treaties, vol. 29, 1935, p. 665.

gociaciones con el ministerio de relaciones exteriores del Estado en el que están acreditadas.

Cuando en un conflicto los Estados partes no tienen relaciones diplomáticas, parece conveniente que las negociaciones para resolver la controversia se lleven a cabo en un tercer Estado o a través de sus misiones permanentes ante la ONU.

En algunos casos se puede encargar a particulares que fueron prominentes funcionarios públicos o académicos, la preparación del terreno para las negociaciones propiamente dichas o para que sean ellos los negociadores.

Las negociaciones plurilaterales tienen lugar cuando varios Estados son parte en una misma controversia. Una conferencia internacional puede ofrecer el marco para el proceso de negociación. Se han dado casos en que una de las partes convoca a una conferencia en la que una o varias partes en la controversia se han abstenido de participar. Cuando esto sucede no es posible que se den las negociaciones.

Los Estados que no son parte en un conflicto pero tienen interés en que éste se solucione, pueden crear un grupo de amigos para analizar la controversia y proponer soluciones a la misma, aunque las partes en conflicto no participen. En caso de que éstas acepten dichas soluciones, tales grupos habrán contribuido al arreglo de la disputa.

Las negociaciones colectivas en el marco de una organización internacional son cada día más frecuentes. La Corte Internacional de Justicia ha señalado el reconocimiento y eficacia de la diplomacia mediante conferencia como una de las formas establecidas de negociación internacional:

...la diplomacia mediante conferencia o la diplomacia parlamentaria ha llegado a ser reconocida en los últimos cuatro o cinco decenios como una de las formas establecidas de negociación internacional. En los casos en que las cuestiones controvertidas son de interés común para un grupo de Estados de un lado u otro en una entidad organizada, la diplomacia parlamentaria

o de conferencia ha resultado ser con frecuencia la forma más práctica de negociación...⁹

En las negociaciones bilaterales o en las plurilaterales, lo común es que se realicen en la capital de una de las partes, alternativamente en cada una de las capitales o, en caso de ser países vecinos en una localidad próxima a la frontera común. También se pueden llevar a cabo en una o varias ciudades situadas fuera de los territorios respectivos de las partes en conflicto.

Las negociaciones colectivas en el seno de una organización internacional pueden celebrarse en la sede de la organización o en otro lugar, siempre que el órgano que tenga competencia en la esfera del arreglo pacífico de las controversias así lo decida.

En las negociaciones bilaterales, las partes son las que deciden el grado de publicidad que desean dar a sus negociaciones. Las negociaciones bilaterales que han sido alentadas por organizaciones internacionales pueden ser objeto de un cierto grado de publicidad. Las negociaciones que se realizan en el seno de un órgano de una organización internacional, al menos en parte, se llevan a cabo en público y se consignan en documentos oficiales. Sin embargo, cada vez se realizan más negociaciones colectivas en privado y de manera no oficial.

El proceso de negociación, según las circunstancias, puede durar desde minutos hasta decenios, incluso de manera intermitente. Sin embargo, en algunos tratados se fija un plazo dentro del cual se debe terminar la negociación. Si ésta no ha dado frutos, se podrá recurrir a otro medio de arreglo pacífico.

Varios tratados establecen la obligación expresa para las partes de adoptar una actitud positiva al celebrar consultas encaminadas a resolver las controversias derivadas de la interpretación o aplicación del tratado.¹⁰

⁹ I.C.J. Reports 1962, p. 346.

¹⁰ Por ejemplo, en el artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 47) se establece: "Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda dirigirle cualquier

Esta idea se expresa también en la Declaración de Manila, en la que se dispone que cuando los Estados opten por las negociaciones directas, deberían “negociar efectivamente a fin de llegar a un pronto arreglo aceptable para las partes”.¹¹ Este precepto reitera en el contexto específico de la negociación la idea general en virtud de la cual “los Estados procurarán, de buena fe y con un espíritu de cooperación, el arreglo pronto y equitativo de sus controversias internacionales por cualquiera de los medios siguientes...”.¹²

También en las resoluciones de órganos de las organizaciones internacionales en las que se pide a los Estados partes en una controversia que entablen negociaciones, se ha subrayado la necesidad de que todos los interesados adopten una actitud positiva con miras a solucionar el conflicto.

El fallo de la Corte Internacional de Justicia en África sudoccidental (objeciones preliminares) indicó:

...lo que importa no es tanto la forma de la negociación como la actitud y las posiciones de las Partes sobre los temas de fondo de la cuestión de que se trata. Mientras ambas Partes mantengan posiciones inflexibles...no hay razón para pensar que la controversia pueda resolverse por nuevas negociaciones entre las Partes.¹³

Asimismo, la Corte, en su fallo en Plataforma continental del Mar del Norte, declaró:

Las Partes están obligadas a entablar negociaciones con miras a llegar a un acuerdo y no simplemente pasar por un proceso formal de negociación, como una especie de condición previa para la aplicación automática de un determinado método de delimitación a falta de acuerdo; están obligadas a conducirse de manera que

otra parte contratante, y deberá prestarse a la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo”.

¹¹ Sección 1, párrafo 10.

¹² Sección 1, párrafo 5.

¹³ I.C.J. Reports 1962, p. 346.

las negociaciones sean significativas, lo que no sucederá si cualquiera de ellas insiste en su propia posición sin prever ninguna modificación de la misma.¹⁴

Aunque las medidas encaminadas a facilitar el proceso de negociación pueden ser tomadas conjuntamente por las partes sin que participe un tercero, los órganos de la ONU o de otras organizaciones internacionales pueden facilitar el proceso de negociación poniendo a disposición de las partes los servicios de un tercero o recomendando que las partes se pongan de acuerdo para nombrar a una persona ajena a la controversia para que preste su asistencia al proceso de negociación.

En este sentido, dentro de las facultades del Consejo de Seguridad están las de “recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados,¹⁵ recomendar los términos de arreglo que (el Consejo de Seguridad) considere apropiado”,¹⁶ y hacer recomendaciones a las partes a “efecto de que se llegue a un arreglo pacífico”.¹⁷

La Asamblea General tiene la facultad de

recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones y resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas¹⁸ [salvo que] el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación¹⁹ [y que no lo solicite dicho Consejo].

¹⁴ I.C.J. Reports 1969, p. 47.

¹⁵ Artículo 36 (1) de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁶ Artículo 37 (2) de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁷ Artículo 38 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁸ Artículo 14 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁹ Artículo 12(1) de la Carta de las Naciones Unidas.

Entre las funciones del Secretario General de la ONU, en cuanto al arreglo pacífico de controversias, figuran las siguientes: comunicaciones, que comprenden gestiones y llamamientos; conversaciones y consultas con las partes; actividades de determinación de los hechos; participación en las negociaciones encaminadas al arreglo de una controversia o a la ejecución de un arreglo convenido o prestación de asistencia a esas negociaciones.²⁰

La existencia de negociaciones no debe impedir el examen de una controversia. Sobre este tema, la Corte Internacional de Justicia declaró, en Plataforma Continental del Mar Egeo, que no podía compartir la opinión de que no debía seguir adelante con el asunto mientras las partes continuaran negociando y de que la existencia de negociaciones activas en curso constituía un impedimento al ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

Además, declaró:

Las negociaciones y el arreglo judicial se enumeran juntos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas como medio para el arreglo pacífico de las controversias. La jurisprudencia de la Corte ofrece varios ejemplos de asuntos en los que las negociaciones y el recurso al arreglo judicial se han desarrollado *pari passu*. Varios asuntos... muestran que los procedimientos judiciales pueden interrumpirse cuando tales negociaciones conducen a la solución de la controversia. En consecuencia, el hecho de que se realicen activamente negociaciones durante las presentes actuaciones judiciales no constituye legalmente obstáculo alguno al ejercicio por la corte de su función judicial.²¹

²⁰ Véase *Repertorio de la práctica de los órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento núm. 3, vol. IV, artículos 97 a 101 de la Carta de las Naciones Unidas, 1973, pp. 145-152; también A/44/959, S/21274, A/44/344/Add.1, A/44/886, S/21029, y *Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones*, Suplemento núm. 1 (A/45/1).

²¹ I.C.J., Reports 1980, p. 24, párrafo 43.

II. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

El TLCAN contiene varios sistemas de solución de conflictos.²²

En el capítulo XI sobre inversión se estableció un novedoso mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión entre una Parte y un inversionista de otra Parte. “Se acordó que las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia en materia de inversión por vía de consulta o negociación”.²³

El capítulo XIX prevé un mecanismo de consultas entre las Partes para examinar cualquier problema que resulte de la ejecución u operación de este capítulo y para recomendar soluciones cuando corresponda. En el caso de que una Parte adopte reformas legislativas o reglamentarias que perjudiquen a la otra, ésta podrá solicitar la formación de un panel binacional, el cual emitirá una opinión declarativa. En caso de que exista alguna inconformidad con esta opinión, se seguirá un proceso de consultas entre las Partes que busca que la Parte que adoptó dichas reformas rectifique su conducta.

En el capítulo XX se prevén las consultas, negociaciones, buenos oficios, la conciliación y el arbitraje. Si no se resuelve el asunto conforme a las consultas entre las Partes, cualquiera de ellas podrá solicitar a la Comisión de Libre Comercio, la cual se avo-

²² Son Partes Canadá, Estados Unidos y México. Publicado en el *Diario Oficial de la federación* el 20 de diciembre de 1993. Entró en vigor el 1o. de enero de 1994. También en la Colección de Tratados Celebrados por México, Senado y SRE, 1992, t. XXXV, pp. 5-689; 1992, t. XXXVI, pp. 691-1386; 1992, t. XXXVII, pp. 1387-1925. Texto completo en http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=628. Véase Díaz, Luis Miguel y Garza, Antonio, “Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista Investigaciones Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, 1993, pp. 71-94; y Díaz, L. M. y Oretskin, N., “Mediation furthers the principles of transparency and cooperation to solve disputes in the NAFTA free trade area”, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 30, núm. 2, 2002, pp. 73-89,

²³ Artículo 1118, sección B del capítulo XI y artículo 1120.

cará a la solución de la controversia. La Comisión podrá recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución mutuamente satisfactoria de la controversia.²⁴

Sistema similar ocurre con el Acuerdo Paralelo de Cooperación Ambiental (ACAAN).²⁵ Dentro de las medidas que las Partes, se comprometieron a llevar a cabo con el objeto de aplicar de manera efectiva sus leyes y reglamentos ambientales, así como de lograr altos niveles de protección del ambiente, es la de proveer o alentar el uso de servicios de mediación.²⁶

El ACAAN reconoce que para realizar los objetivos ambientales del TLC, es preciso prevenir o evitar las controversias, y en su caso resolverlas de manera conjunta entre las Partes, tratando de evitar que la controversia la decida otra persona distinta a ellas. Asimismo, en caso de haber desacuerdo sobre la interpretación y la aplicación del ACAAN, las Partes procurarán en todo momento lograr un consenso sobre el tema y harán su mayor esfuerzo por resolver, mediante cooperación y consultas, cualquier asunto que pudiera afectar el funcionamiento de dicho Acuerdo.²⁷

Al respecto, también se dispone que cuando una Parte solicite consultas con cualquiera otra Parte sobre la existencia de una pauta persistente de omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental de esa otra Parte, ambas harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto a través de las consultas entre ellas.²⁸ Si por medio de estas consultas no logran resolver su diferencia, cualquier Parte podrá solicitar una sesión extraordinaria del Consejo. Éste ayudará a las Partes a al-

²⁴ Artículo 2007.

²⁵ Firmado en las ciudades de México, Ottawa y Washington, D. C., el 14 de septiembre de 1993. *Colección de tratados celebrados por México*, Senado y SRE, 1992, t. XXXVII, pp. 1927 y 1979.

²⁶ Artículo 5 (1) h.

²⁷ Artículo 20 (1).

²⁸ Artículo 22.

canzar una solución mutuamente satisfactoria de la controversia y podrá recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias.²⁹

Si el Consejo no resuelve la controversia, podrá convocar a un panel arbitral para examinar el asunto.³⁰ Aún cuando el panel haya determinado en su informe final que ha habido una pauta persistente de omisiones de la Parte demandada en la aplicación efectiva de su legislación ambiental, las Partes pueden acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio,³¹ el cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel.

En el preámbulo del Acuerdo de Cooperación Laboral (ACLAN), los gobiernos reconocen que para promover el desarrollo económico basado en altos niveles de capacitación y productividad en América del Norte, es necesario el fortalecimiento de la cooperación obrero-patronal, a fin de crear un diálogo más intenso entre las organizaciones de trabajadores y de patrones, así como para impulsar la creatividad y la productividad en los centros de trabajo.³²

En este sentido, cada Parte se comprometió a promover la observancia de su legislación laboral y a aplicarla efectivamente a través de medidas gubernamentales adecuadas, tales como el proveer y alentar el uso de servicios de mediación, conciliación y arbitraje.³³

Una de las funciones del Consejo de la Comisión para la Cooperación Laboral, que es el órgano rector de dicha Comisión, es facilitar las consultas de Parte a Parte, incluyendo el intercambio de información. Deberán procurar en todo momento lograr el consenso sobre la interpretación y aplicación del ACLAN, y harán su

²⁹ Artículo 23 (1).

³⁰ Artículo 24.

³¹ Artículos 31-34.

³² Firmado en las ciudades de México, Ottawa y Washington, D. C., el 14 de septiembre de 1993. *Colección de tratados celebrados por México, Senado y SRE*, 1992, t. XXXVII, pp. 1927 y 1979.

³³ Artículo 3(1) f.

mayor esfuerzo por resolver, mediante cooperación y consultas, cualquier asunto que pudiera afectar su funcionamiento.³⁴

Dentro de la parte de solución de controversias (quinta parte) se establece que cualquiera de las Partes podrá solicitar, por escrito, consultas con cualquiera otra respecto a la existencia de una pauta persistente de omisiones. Si las Partes no logran resolver el asunto por medio de consultas, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito una sesión extraordinaria del Consejo, que podrá recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias. Esto con el claro objetivo de evitar cualquier tipo de litigio.³⁵

Se busca evitar lo más posible, por medio de acuerdos, diálogos, negociaciones y consultas, confrontaciones innecesarias, conflictos cuya solución es más factible fuera del litigio.

III. CONTROVERSIAS PRIVADAS INTERNACIONALES EN EL TLCAN

El TLCAN apoya la solución de controversias internacionales sobre asuntos de inversión y comercio del sector privado a través del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas que establece el artículo 2022.³⁶

El Comité se ha integrado por un máximo de 10 miembros de cada Parte; de esos miembros, hasta dos pueden ser funcionarios de esa Parte designados como sus representantes y hasta ocho son representantes no gubernamentales. Cada Parte designa a sus miembros del Comité, pudiendo limitar la duración del encargo. Los representantes gubernamentales fungen como presidentes del Comité.³⁷

³⁴ Artículos 10(1) f, 11(1) i, y 20.

³⁵ Artículos 27-29.

³⁶ http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=894.

³⁷ http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=930#mandato.

Entre otros asuntos, el Comité ha señalado que las Partes que pretendan celebrar un contrato internacional deberían considerar los diversos medios alternativos para solucionar controversias sin necesidad de recurrir a los tribunales. En virtud de que ninguna Parte quisiera verse en los tribunales de otro país, estos medios, generalmente conocidos como Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), ofrecen un mecanismo neutral y privado para resolver las controversias.

Al momento de elaborar el contrato, las Partes deberían considerar si querrán utilizar los tribunales o uno o más medios privados de solución de controversias en caso de que surgiese una controversia. Una cláusula MASC bien redactada puede significar no solamente una resolución efectiva de cualquier controversia, adicionalmente puede disminuir violaciones al contrato al proveer un mecanismo efectivo para ejercer los derechos contractuales.

Existen diversas formas de MASC. Las dos más comúnmente utilizadas son la mediación y el arbitraje. La mediación dispone un foro privado y confidencial en el cual una persona imparcial—el mediador— facilita la comunicación entre las partes con la intención de lograr la solución de una controversia. El mediador actúa como un intermediario respecto de quien cada parte debe sentirse cómoda para discutir su punto de vista sobre la controversia. El mediador pretenderá centrar a las Partes en los temas cruciales de la controversia y en los intereses de cada Parte para lograr una solución. El mediador puede proponer opciones de solución a consideración de las Partes, pero las propuestas del mediador no son vinculantes para ellas.

El mediador puede o no ser un abogado. Es recomendable que él o ella sea alguien en quien ambas Partes confíen. La mediación es a menudo conducida sin la participación de abogados que representen a las Partes.

La hipótesis de la negociación y mediación para manejar conflictos descansa en una nueva manera de pensar sobre los conflictos y en tres presupuestos:

- a) Que las Partes realmente desean una solución satisfactoria a su conflicto.
- b) Que las Partes prefieren tener opciones para resolver su conflicto, que no tenerlas.
- c) Que las Partes tengan confianza en el negociador facilitador.

IV. LA LEY MODELO EN CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS

La Ley Modelo en Conciliación Comercial Internacional³⁸ se inspira en la creencia de que los protagonistas de conflictos legales pueden resolverlos por sí mismos y en que un creciente número de conflictos legales internacionales de inversión y comerciales parecen no tener soluciones legales.

1. Negociación de la Ley Modelo

En la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI),³⁹ se negoció la Ley Modelo entre

³⁸ Texto disponible en www.uncitral.org. La Comisión sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha aprobado las siguientes leyes modelo: Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992), Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994), Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001) y Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

³⁹ La Comisión está integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos. Los miembros de la Comisión son elegidos por periodos de seis años y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años. Al 25 de junio de 2007, los miembros de la CNUDMI y los años en que expiraban sus mandatos eran los siguientes: Algeria (2010), Federación Rusa (2013), Mongolia (2010), Alemania (2013), Fiyi (2010), Namibia (2013), Armenia (2013), Francia (2013), Nigeria (2010), Australia (2010), Gabón (2010), Noruega (2013), Austria (2010), Grecia (2013), Pakistán (2010),

2000 y 2002. Los resultados de dichas negociaciones fueron el Texto de la Ley Modelo y una Guía explicativa de su texto y sus antecedentes.⁴⁰

La Guía se elaboró pensando en los órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo que se hayan de encargar de efectuar la revisión legislativa en los países interesados. También la información de la Guía fue concebida pensando en otros usuarios del texto como empresarios, jueces, abogados en ejercicio y círculos académicos.⁴¹

Posteriormente, la Asamblea General aprobó la Resolución en la que recomendó a todos los Estados que consideraran debidamente la posibilidad de incorporar a su derecho interno la Ley Modelo, en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las

Bahrain (2013), Guatemala (2010), Paraguay (2010), Belarus (2010), Honduras (2013), Polonia (2010), Benin (2013), India (2010), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2013), Bolivia (2013), Irán (Republica Islámica de) (2010), Republica Checa (2010), Bulgaria (2013), Israel (2010), Republica de Corea (2013), Camerún (2013), Italia (2010), Senegal (2013), Canadá (2013), Japón (2013), Serbia (2010), Chile (2013), Kenia (2010), Singapur (2013), China (2013), Letonia (2013), Sri Lanka (2013), Colombia (2010), Líbano (2010), Sudáfrica (2013), Ecuador (2010), Madagascar (2010), Suiza (2010), Egipto (2013), Malasia (2013), Tailandia (2010), El Salvador (2013), Malta (2013), Uganda (2010), España (2010), Marruecos (2013), Venezuela (República Bolivariana de) (2010), Estados Unidos (2010), México (2013), Zimbabwe (2010).

⁴⁰ En su 32o. periodo de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión tuvo a su disposición la nota titulada “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional” (A/CN.9/460). La Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre los temas prioritarios figurase la labor sobre la conciliación. La Ley Modelo fue elaborada en el transcurso de cuatro periodos de sesiones del Grupo de Trabajo (32o. a 35o., los informes correspondientes figuran en los documentos A/CN.9/468, A/CN.9/485, A/CN.9/487 y A/CN.9/506).

⁴¹ Durante la preparación de la Ley Modelo participaron en el debate representantes de unos 90 Estados, 12 organizaciones intergubernamentales y 22 organizaciones internacionales no gubernamentales. Participó una representación del Comité 2022 del NAFTA sobre Solución de Controversias Privadas Comerciales Internacionales, que incluía un jurista de cada uno de los tres países, Canadá, Estados Unidos y México.

necesidades concretas de la práctica comercial internacional en materia de conciliación.⁴²

2. *Conciliación en la Ley Modelo*

El término “conciliación” se utiliza en la Ley Modelo para designar, en sentido amplio, todo procedimiento por el que una persona o un grupo de personas prestan asistencia a las Partes en una controversia para que puedan llegar a una solución amistosa. En la conciliación, el conciliador ayuda a negociar una transacción en que se compaginen las necesidades y los intereses de las Partes en la controversia. El tercero neutral no tiene autoridad para imponer a las Partes una solución de la controversia.

En muy importante destacar que leyes nacionales y tratados internacionales usan diversos términos como conciliación, mediación amigable, composición, evaluación neutral, grupo de amigos, dictamen neutral, mini-proceso o expresiones similares para significar todo procedimiento por el que las Partes en una controversia reciben ayuda de un tercero para solucionarla. Todos esos términos representan diversas técnicas y adaptaciones de procedimientos para dirimir controversias que son denominados métodos alternos a los tradicionales de solución de controversias por vía judicial.

En la Ley Modelo se utiliza el término conciliación para englobar a todos esos procedimientos. En la doctrina se hacen distin-

⁴² Para los testimonios de la preparación de la Ley Modelo, véase www.un-citral.org bajo el título “Travaux préparatoires” y en el Anuario de la CNUDMI. Esta información aparece en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso). Canadá (2005), Croacia (2003), Hungría (2002) y Nicaragua (2005) han promulgado legislación basada en la Ley Modelo. Se han preparado leyes uniformes influidas por la Ley Modelo y sus principios básicos en: los Estados Unidos de América (*Ley Uniforme de Mediación, aprobada en 2001 por la Conferencia Nacional de Comisarios sobre Derecho Estatal Uniforme*) y promulgada por los estados de Illinois, Iowa, Nebraska, Nueva Jersey, Ohio y Washington. En www.nccusl.org/Update/ aparece el texto del Acta Uniforme de Mediación de los Estados Unidos (*Uniform Mediation Act*) adoptada en 2001 y modificada en 2003 para incorporar la referencia a la Ley Modelo.

ciones entre esos conceptos en función del método empleado por el tercero o del grado en que el tercero interviene en el proceso. En algunos casos, las diversas expresiones parecen más variantes lingüísticas que rasgos singulares del método empleado. En la medida en que una “vía alternativa para la solución de una controversia” tenga como característica que el tercero se limita a ayudar a las Partes a dirimir la controversia y que no puede imponerles una decisión vinculante, dicha vía está comprendida en la Ley Modelo.

Dado que el conciliador no toma decisiones, no se necesitan garantías procesales como las que existen en los procesos judiciales o en el arbitraje. La Ley considera crucial la flexibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las Partes.

A los ojos de los negociadores de la Ley, cuya inmensa mayoría fue de abogados y no mediadores profesionales, la preocupación más importante de las Partes en lo que respecta a la conciliación era tener la certeza de que lo que se haya declarado o admitido durante el procedimiento no se utilizaría como prueba en su contra en otro procedimiento. Se consideró que con una solución contractual no se podía lograr ese objetivo, por lo que varios de los artículos de la Ley desarrollaron reglas, generalmente sujetas a la voluntad de las Partes, en cuestiones como el papel del conciliador en actuaciones judiciales o arbitrales subsiguientes, el proceso de nombramiento de conciliadores, los principios amplios aplicables al procedimiento conciliatorio, confidencialidad de la información y la ejecutoriedad del acuerdo de transacción.

La Ley Modelo consta de 14 artículos que contienen definiciones, procedimientos y directrices para que las Partes retengan el control sobre el procedimiento y su resultado. Busca propiciar una mayor integridad y certeza al proceso conciliatorio.

En breve, la Ley Modelo sobre Conciliación persigue:

- Minimizar la judicialización de la conciliación.
- Reafirmar el principio de la voluntad suprema de las Partes.

- Fomentar y proteger la confidencialidad de la información.
- Uniformar el término conciliación.
- Armonizar la práctica de conciliación en distintas legislaciones.
- Facilitar la solución de conflictos legales sin soluciones legales.

3. *Texto de Ley Modelo*

Artículo 1o. *Ámbito de aplicación y definiciones:*

- 1) La presente Ley se aplicará a la conciliación comercial⁴³ internacional.⁴⁴
- 2) A los efectos de la presente Ley, el término “conciliador” podrá hacer referencia a un único conciliador o, en su caso, a dos o más conciliadores.
- 3) A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de “conciliación”, “mediación” o algún otro de sentido equivalente, en el que las Partes soliciten a un tercero o

⁴³ Debe darse una interpretación amplia al término “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

⁴⁴ Los Estados que deseen incorporar la presente Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación tanto nacionales como internacionales tal vez deseen enmendar el texto del modo siguiente:

- Suprimase la palabra “internacional” en el párrafo 1 del artículo 1o. y
- Suprimanse los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 1o.

terceros (“el conciliador”), que les presten asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las Partes una solución de la controversia.

- 4) Una conciliación será internacional cuando:
 - a) Las Partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o
 - b) el Estado en que las Partes tengan sus establecimientos no sea:
 - i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni
 - ii) el Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.
- 5) A los efectos del presente artículo:
 - a) Cuando alguna de las Partes tenga más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación;
 - b) cuando alguna de las Partes no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.
- 6) La presente Ley también será aplicable a las conciliaciones comerciales cuando las Partes convengan que la conciliación es internacional o que la presente Ley sea aplicable.
- 7) Las Partes podrán convenir en que la presente Ley no sea aplicable.
- 8) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9), la presente Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las Partes antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de un tribunal de justicia, tribunal arbitral o una entidad pública competente.
- 9) La presente Ley no será aplicable:

a) Cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las Partes...

Artículo 2o. Interpretación

- 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 3o. Modificación mediante acuerdo

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2o. y en el párrafo 3 del artículo 7o., las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 4o. Inicio del procedimiento de conciliación⁴⁵

- 1) El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las Partes acuerden iniciarlo.
- 2) La Parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una acep-

⁴⁵ Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a la prescripción podrían incorporar en su respectiva ley el siguiente artículo:

Artículo X. Suspensión del plazo de prescripción

1) Cuando se inicie el procedimiento de conciliación, dejará de correr el plazo de prescripción del asunto objeto de la conciliación.

2) Cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanuda a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

tación de la invitación en el plazo de 30 días a partir de la fecha en que envió la invitación o en cualquier otro plazo fijado en ella, podrá considerar que la otra Parte ha rechazado su oferta de conciliación.

Artículo 50. Número y designación de conciliadores

- 1) El conciliador será uno solo, a menos que las Partes acuerden que ha de haber dos o más.
- 2) Las Partes tratarán de ponerse de acuerdo para designar al conciliador o los conciliadores, a menos que se haya convenido en un procedimiento diferente para su designación.
- 3) Las Partes podrán recabar la asistencia de una institución o persona para la designación de los conciliadores. En particular:
 - a) Las Partes podrán solicitar a tal institución o persona que les recomiende personas idóneas para desempeñar la función de conciliador; o
 - b) Las Partes podrán convenir en que el nombramiento de uno o más conciliadores sea efectuado directamente por dicha institución o persona.
- 4) Al formular recomendaciones o efectuar nombramientos de personas para el cargo de conciliador, la institución o persona tendrá en cuenta las consideraciones que puedan garantizar el nombramiento de un conciliador independiente e imparcial y, en su caso, tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un conciliador de nacionalidad distinta a las nacionalidades de las Partes.
- 5) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El conciliador, desde el momento de su nombramiento y durante todo el procedimiento conciliatorio, revelará sin demora tales circunstancias a las Partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

Artículo 6o. Sustanciación de la conciliación

- 1) Las partes podrán determinar, por remisión, a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.
- 2) De no haber acuerdo al respecto, el conciliador podrá sustanciar el procedimiento conciliatorio del modo que estime adecuado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, los deseos que expresen las Partes y la necesidad de lograr un rápido arreglo de la controversia.
- 3) En cualquier caso, el conciliador procurará dar a las Partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 4) El conciliador podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia.

Artículo 7o. Comunicación entre el conciliador y las Partes

El conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado.

Artículo 8o. Revelación de información

El conciliador, si recibe de una de las Partes información relativa a la controversia, podrá revelar el contenido de esa información a la otra Parte. No obstante, el conciliador no podrá revelar a ninguna de las otras partes la información que reciba de esa Parte si ésta pone la condición expresa de que se mantenga confidencial.

Artículo 9o. Confidencialidad

A menos que las Partes convengan otra cosa, toda información relativa al procedimiento conciliatorio deberá considerarse confidencial, salvo que su divulgación esté prescrita por ley

o que sea necesaria a efectos de cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

- 1) Las Partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con:
 - a) La invitación de una de las Partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una las Partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio;
 - b) las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las Partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia;
 - c) las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las Partes en el curso del procedimiento conciliatorio;
 - d) las propuestas presentadas por el conciliador;
 - e) el hecho de que una de las Partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador;
 - f) cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.
- 2) El párrafo 1) del presente artículo será aplicable cualquiera que sea la forma que revistan la información o las pruebas mencionadas en dicho párrafo.
- 3) Ningún tribunal arbitral, tribunal de justicia ni cualquier otra autoridad pública competente podrá revelar la información a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo y, si esa información se presentase como prueba en contravención del párrafo 1) del presente artículo, dicha prueba no se considerará admisible. No obstante, esa in-

formación podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos de cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

- 4) Las disposiciones de los párrafos 1), 2) y 3) del presente artículo serán aplicables independientemente de que el procedimiento arbitral, judicial o de índole similar se refiera a la controversia que sea o haya sido objeto del procedimiento conciliatorio.
- 5) Sin perjuicio de las limitaciones enunciadas en el párrafo 1) del presente artículo, ninguna prueba que sea admisible en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar dejará de serlo por el hecho de haber sido utilizada en un procedimiento de conciliación.

Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

El procedimiento de conciliación se dará por terminado:

- a) Al concertar las Partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo;
- b) al efectuar el conciliador, previa consulta con las Partes, una declaración en la que se haga constar que ya no ha lugar a que siga intentándose llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración;
- c) al hacer las Partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o
- d) al hacer una Parte a la otra o las otras Partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración.

Artículo 12. El conciliador como árbitro

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

Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Cuando las Partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las Partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.

Artículo 14. Ejecutabilidad del acuerdo de transacción⁴⁶

Si las Partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y ejecutable... [los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad].

⁴⁶ Al aplicar el procedimiento de ejecución de los acuerdos de transacción, el Estado promulgante podrá considerar la posibilidad de que dicho procedimiento sea imperativo.