

DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN AL ÁMBITO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE MEDIACIÓN COMERCIAL DE 2018

Arnulfo Sánchez García¹

Universidad Autónoma de Nuevo León

11

Sumario: 1.- La nueva Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018; 2.- Sustitución del término mediación por el de conciliación al ámbito de la Ley Modelo de 2018; 3.- Elementos de contraste entre la mediación y la conciliación desde una perspectiva general; 4.- Concepto de mediación en la Nueva ley modelo de 2018; 5.- Conclusiones.

Resumen: El presente capítulo hace las veces de preámbulo de la obra, teniendo en cuenta que ofrece un análisis de las aportaciones conceptuales que hace la nueva Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de 2018, respecto de su antecesora sobre Conciliación Comercial, de 2002. En ese sentido, se esbozan los elementos de contraste que suelen distinguir a la mediación respecto de la conciliación tanto en la doctrina como en la legislación, con la intención de brindar al lector los elementos contextuales para el manejo y consulta de la presente obra.

Palabras clave: ley modelo, mediación, conciliación, principios de la mediación.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Abogado. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel II CONACYT (SNI-II). Secretario General de la Asociación Internacional de Doctores en Métodos Alternos de Solución de Conflictos ASID/MASC. arnulfo.sanchezgrc@uanl.edu.mx / arnulfosanchezgracia@hotmail.com

1. LA NUEVA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL Y ACUERDOS DE TRANSACCIÓN INTERNACIONALES RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN, DE 2018

La solución alternativa de conflictos es una tendencia a nivel mundial desde hace por lo menos dos décadas, donde paulatinamente se fue incorporando su estudio en planes y programas de estudios en universidades de distintas latitudes, y su discusión se generalizó al interior de los Poderes Legislativos y Poderes Judiciales de una gran cantidad de Estados, así como al seno de la Unión Europea. Para muestra, basta la simple lectura del *Libro Verde* sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19 de abril de 2002, elaborado al auspicio de la Comisión de las Comunidades Europeas (Libro Verde sobre MASC), mismo que ya en ese año resaltaba que existía un marcado interés en el tema por ser de actualidad, permeando la necesidad de su utilización en cada vez más instrumentos regulatorios al interior de los Estados que componen la Unión Europea (Comisión de las Comunidades Europeas, 2002).

12

Lo cierto es que al momento de la publicación del *Libro Verde* sobre MASC, se reconocía que en el estatus legislativo que guardaban los distintos Estados Miembros *no era detallado*, aunque distintos países habían tenido iniciativas legislativas, administrativas y judiciales, intentando con ello disponer y dar orden a la aplicación de los MASC para la solución de conflictos de distinta índole.

Es así, como el mismo año 2002, a iniciativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), alumbró la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 19 de noviembre (Ley Modelo sobre Conciliación), misma que fue adoptada mediante Resolución 57/18 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Dicha normativa estimaba desde su preámbulo dos cosas especialmente relevantes; primero, que con la aparición de dicha la Ley Modelo se ayudaría a los distintos Estados a mejorar sustancialmente su legislación interna, pero también reconociendo que su adopción y correspondiente invitación a su utilización por los Estados, implicaría un impulso para crear un marco unificado que brindara opciones *más justas y eficientes* para la solución de los conflictos, lo cual, evidentemente fue referenciado a las controversias comerciales, pero tampoco limitando los alcances que se pudieran tener en la generación de una tendencia

que habilitase un mayor número de opciones, útiles para resolver controversias o disputas de las más diversas materia –exceptuando aquello afectado por el orden público o indisponible a las partes–, con impacto directo en el ciudadano común, así como en los operadores del comercio internacional.

Ahora bien, como es sabido, la acogida dada a la Ley Modelo sobre Conciliación fue discreta, sobre todo si se le compara con el destacado impacto generado por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial, pero tal circunstancia no la desmerece, sino que al contrario, ha sido un instrumento que con su aparición contribuyó a lo que se le puede denominar “*La Revolución de los MASC*”, pues a partir de su adopción, ha sido notoria la actividad legislativa en la materia, pues como se verá a lo largo de la presente obra, la mayoría de los países y territorios que componen América Latina y el Caribe cuentan con una legislación aceptable sobre MASC, salvo contadas excepciones.

Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional fiel al mandato de innovar y proponer mejoras constantes al Derecho Comercial Internacional para derribar las barreras jurídicas al comercio, culminó los trabajos para la creación de una nueva Ley Modelo, los cuales se ven reflejados en el informe A/73/496, al tenor de su 51º periodo de sesiones, de 7 de noviembre de 2018, dando lugar a la Resolución 63/199 mediante la cual, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Ley Modelo sobre Mediación).

La adopción de esta Ley Modelo obedece a distintas razones, pero consideramos pertinente rescatar dos por ser útiles para dar claridad al ámbito de la presente obra. La primera consistió en la inclusión de un régimen modelo aplicable a los acuerdos derivados de procesos de mediación internacional, innominados por la Ley Modelo como “acuerdos de transacción”, y traemos esto a colación, porque proponer un marco regulatorio para dichos acuerdos fue precisamente un aspecto en el que se pudo observar un área de oportunidad para unificar su conceptualización a nivel jurídico. No sobra decir que compartimos dicha óptica, teniendo en cuenta la necesidad de dar seguridad a los usuarios de la mediación y la conciliación al momento de hacer valer los derechos frente a las correspondientes obligaciones contenidas en dichos instrumentos, ya que es una manera de generalizar su uso.

En segundo lugar, se decidió modernizar a la Ley Modelo. Esto parte de algo que tanto la CNUDMI, así como la doctrina internacional han reconocido de manera constante, consistente en la falta de unificación y consenso conceptual sobre mediación y conciliación al interior de los distintos Estados, *v. gr.* en algunos Estados se diferencia la mediación de la conciliación dependiendo de si se aplica el proceso alternativo en sede judicial o extrajudicial, o dependiendo de la materia, el rol del facilitador, entre otros.

En ese sentido, la misma Ley Modelo de mediación aclara y reconoce en su preámbulo que el término *mediación* se ha generalizado internacionalmente con mayor ventaja respecto del término *conciliación*. Esto consideramos que era importante de atender y entender, ya que una Ley Modelo como lo era la de conciliación, al estar fuera de la tendencia, lógicamente se reducían sus posibilidades de ser traspuesta a las legislaciones internas y lograr una verdadera armonización universal del derecho de los MASC aplicados a la materia comercial.

En general, la aparición de la nueva Ley Modelo, ratifica la confianza que los MASC han suscitado en los últimos dos lustros, por lo que se espera un mayor desarrollo en sus réditos de acceso a la justicia en los próximos años. Así mismo, la nueva Ley Modelo verdaderamente se pone en tendencia, atendiendo al rumbo marcado por distintos elementos como lo es la doctrina más autorizada, la propensión legislativa al interior de una gran cantidad de Estados –como se observara a lo largo del capitulo de la presente obra–, así como la opinión generalizada de los profesionales de justicia a nivel internacional, y de los propios usuarios de los MASC como lo son los operadores del comercio internacional.

14

2. SUSTITUCIÓN DEL TÉRMINO MEDIACIÓN POR EL DE CONCILIACIÓN AL ÁMBITO DE LA LEY MODELO DE 2018

En materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, la constante es encontrar una variedad de conceptos y sus distintas divergencias en cuanto a su definición, o lo que es lo mismo, una marcada desunificación conceptual en la materia, aunque debemos reconocer que el arbitraje es el único MASC que pareciera salvar apretadamente esta circunstancia, recordando que dicho mecanismo se encuentra contorneado por importantes instrumentos internacionales, como lo es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, entre otros instrumentos con gran aceptación en todos los sistemas jurídicos del mundo, esto es, a nivel universal, lo que verdaderamente le ha dado un orden conceptual.

Así pues, se tiene que para nominar y definir figuras tan básicas como: conciliador, mediador, facilitador, acuerdo de mediación, acuerdo de conciliación, etapas de mediación, entre muchos otros, se observa una desintegración doctrinal y legislativa. Para muestra, el propio concepto de MASC, que suele aparecer en la doctrina y cuerpos legales con variadas referencias como lo son:

ACRÓNIMO	DENOMINACIÓN
RAC	Resolución alterna de conflictos
RAD	Resolución alternativa de disputas
TARC	Técnicas alternativas de resolución de conflictos
TARC	Técnicas alternativas de resolución de controversias
MASC	Métodos alternos de solución de conflictos
MASC	Métodos alternos de solución de controversias
MASC	Mecanismos alternativos de solución de controversias
MARC	Métodos alternos de resolución de controversias
MARC	Métodos alternos de resolución de conflictos
MARD	Métodos alternos de resolución de disputas
MASD	Métodos alternos de solución de disputas
GAC	Gestión alternativa de conflictos
GAD	Gestión alternativa de disputas
ADR	Alternative Disputes Resolution

Fuente: Sánchez García (2015)

Así, avocarnos a realizar aclaraciones conceptuales respecto de los dos MASC que se han de tratar en la presente obra –mediación/conciliación–, es de relevancia sobre todo práctica, ya que al interior de los diferentes Estados y territorios de ultramar que componen América Latina y el Caribe, se suele hacer uso de ambos vocablos de una manera que no siempre resulta coincidente, de hecho, algunas legislaciones –distintas leyes de un país o dentro de un mismo cuerpo normativo– se suelen utilizar dichos términos de manera alternada o dando significaciones o alcances diversos a una y otra figura. Este punto es relevante si de lo que se trata es apuntar a una armonización real de la regulación en materia de MASC, así como a su implementación internacional por los operadores del comercio internacional –sin desvirtuar

su uso para resolver conflictos del orden civil, familiar o de diversa naturaleza– o al ámbito doméstico, por ello, debe allanarse también el camino en el ámbito conceptual.

Dicho lo anterior, es llamativo el hecho de que dentro del lenguaje que se había utilizado tanto en documentos de trabajo, como en los propios instrumentos de la UNCITRAL se había utilizado generalmente el término “*conciliación*”, asimilando al mismo el de “*mediación*”. Ahora bien, la Nueva Ley Modelo, introduce diversos cambios conceptuales, entre ellos el de la sustitución del término de *conciliación* por el de *mediación*. Las razones para operar dicho cambio se han vertido a manera de explicación en el párrafo 5 del documento UNCITRAL A/CN.9/942, así como párrafos 102 al 104 del documento UNCITRAL A/CN.9/929, y el 120 del documento UNCITRAL A/CN.9/867.

Esto, lejos de ser una improvisación, ha sido producto de un intenso debate lleno de *reservas y precauciones* al interior de las Comisiones de trabajo. Dichas propuestas se fundamentaron y asumieron principalmente bajo los argumentos recogidos en los documentos antes mencionados, mismos que pueden resumirse de la siguiente manera:

16

- a. Que el término de mediación, se utiliza de manera más amplia que el de conciliación;
- b. Que la sustitución debía hacerse de manera prudente, pues se corría el riesgo de variar sustantivamente el sentido de ambas figuras –conciliación y mediación–;
- c. Que se debía tener en cuenta que históricamente se había hecho referencia en la documentación de la UNCITRAL al término conciliación;
- d. Que al ser mayoritariamente utilizado el término de mediación, la sustitución de este en lugar de conciliación, daría mayor promoción y visibilidad al instrumento;
- e. Que para evitar confusiones o malentendidos, era importante aclarar con la sustitución que dentro del término mediación, quedarían abarcadas una amplia gama de actividades definidas al ámbito del Art. 1.3 de la Ley Modelo, independientemente de las expresiones utilizadas;
- f. Que debía hacerse hincapié en que la sustitución de un término por otro, no obedecía a promover la terminología de un sistema jurídico o tradición jurídica específica;
- g. Que era de importancia que si se realizaba la sustitución, esto debía hacerse sistemáticamente en todos los textos de la CNUDMI, así como en las explicaciones correspondientes;
- h. Que dadas las condiciones anteriores, era viable realizar la sustitución de un término por otro.

En ese sentido, es claro que el cambio se debió estrictamente a una visión pragmática, que atiende más a una corriente terminológica a nivel global, descartando cuestiones sustantivas u opiniones del orden estrictamente científico o académico sobre el tema. Esto es, descartaron inclinaciones del orden subjetivo, para ponerse en tendencia bajo criterios objetivos, lo cual implica una apuesta por remontar la popularidad entre los Estados de la Ley Modelo en la materia, de cara a darle utilidad práctica y colocarla como un estandarte destinado a abanderar la tendencia que se ha fraguado a nivel internacional en aspectos nominales y conceptuales.

Ello es coincidente con la vocación de la UNCITRAL, que en términos amplios implica precisamente eliminar las barreras jurídicas al comercio internacional, de ahí que elegir el término más utilizado en el mundo para que figure en la ley modelo, si bien es cierto, es un cambio que pareciera radical –sobre todo tratándose de instrumentos internacionales de vocación modelo no vinculantes–, también es cierto que es razonable, porque colocar el lenguaje más común en la Ley Modelo, tiene como fin crear sinergias legislativas al interior de los Estados, para armonizar a nivel mundial las distintas legislaciones internas, universalizando en este caso, en Derecho de los MASC.

3. ELEMENTOS DE CONTRASTE ENTRE LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA GENERAL

En el siguiente cuadro se hará referencia a distintos elementos de contraste que se han tenido en cuenta en diferentes sistemas jurídicos o tradiciones jurídicas para diferenciar la mediación de la conciliación, de cara a su aplicación interna:

DESCRIPCIÓN DEL ELEMENTO DE CONTRASTE	CUESTIONES A TENER EN CUENTA
<p>EL FORO EN QUE SE TRAMITA EL MASC –YA SEA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL–</p>	<p>Explicación: Es un elemento de distinción o contraste que diferencia la mediación respecto de la conciliación, al tomar como elemento determinante la naturaleza del foro donde se realiza el proceso de MASC, así como su correlación con el proceso judicial.</p> <p>En general, este supuesto no suele tomar en consideración otros elementos como lo son el rol del facilitador, o la naturaleza del acuerdo por el que se accede a la mediación o conciliación.</p> <p>Descripción hipotética: La denominación del mecanismo dependerá de si este se tramita en sede judicial –durante la tramitación de un juicio– o extrajudicial –antes o después del trámite del juicio–.</p>
<p>EL ROL QUE REALIZA EL FACILITADOR</p>	<p>Explicación: Se trata del elemento de contraste generalmente más aceptado; se centra en el rol o actividad que realiza el facilitador.</p> <p>Con ello se quiere decir que, en el caso de la mediación, el facilitador se abstiene de formular propuestas de arreglo, o sugerencia alguna sobre la manera en que se debe resolver la controversia.</p> <p>Distinto ocurre en la conciliación, donde el facilitador formula propuestas de arreglo de acuerdo a las circunstancias del caso; estas pueden ir desde una sugerencia simple respecto del sentido que se le puede dar al arreglo, o a una propuesta con mayor detalle en su elaboración.</p> <p>En ese sentido, es dable reconocer que bajo este elemento de contraste, el conciliador va más allá de la pura y simple facilitación, haciendo manifestaciones que las partes pueden hacer suyas, a modo de declaraciones de voluntad que en su momento integrarán en acuerdo de mediación que ponga fin, total, o parcialmente al conflicto.</p> <p>Descripción hipotética: Si el facilitador formula propuestas de arreglo, se estará ante una conciliación. Si no lo hace se estará ante una mediación.</p>

<p>LA HABILITACIÓN O PODERES QUE LAS PARTES O LA LEY, LE OTORGA AL FACILITADOR PARA GUIAR EL PROCESO ALTERNATIVO Y EN SU CASO, PROPONER ESQUEMAS DE ARREGLO.</p>	<p>Explicación: Este elemento de contraste surge de la hipótesis que presupone que para que un proceso de justicia alternativa encuadre en la figura de conciliación, las partes o la ley deben autorizarlo expresamente para desempeñarse con ese rol, esto es, autorizarlo a sugerir a las partes esquemas de arreglo.</p> <p>La autorización o inhabilitación del facilitador para proponer esquemas de arreglo puede estar dispuesta en la ley, pudiendo en algunos casos ser preceptivo para el facilitador formularlas en caso de que no se llegue al acuerdo –por ejemplo el Art. 684-E, fracción VIII <i>in fine</i>, de la Ley Federal del Trabajo mexicana, de 1 de abril de 19702. Puede derivarse de la habilitación que para tal efecto hagan las parte, lo cual es jurídicamente comparable al supuesto donde los litigantes en un arbitraje otorgan poderes especiales al tribunal arbitral para resolver como amigables componedores o <i>ex aequo et bono</i>.</p>
	<p>La implicación es significativa, dado su impacto a modo de elemento de validez, de manera que sí el facilitador no tiene tal habilitación, ese hecho puede viciar el proceso de mediación, sobre todo por la influencia que puede crear en las partes, que se puede traducir como consecuencia lógica en un elemento de nulidad, con posibles afectaciones a su eficacia jurídica.</p>
	<p>Descripción hipotética: Si la ley o las partes habilitan al facilitador para proponer esquemas de arreglo, se estará ante una conciliación, si este no está habitado por cualquiera de los dos medios antes indicando, se estará ante una mediación.</p>

² “Artículo 684-E.- El procedimiento de conciliación se tramitará conforme a las reglas siguientes... VIII. Si las partes acuden a la audiencia, la Autoridad Conciliadora deberá requerirles para que se identifiquen con cualquier documento oficial y, en su caso, verificar que la persona que comparezca en representación de la persona moral acredite su personalidad. También se le asignará a la parte citada, un buzón electrónico para recibir notificaciones en el procedimiento de conciliación prejudicial; hecho lo anterior formulará una propuesta de contenido y alcances de un arreglo conciliatorio, planteando opciones de solución justas y equitativas que a su juicio sean adecuadas para dar por terminada la controversia; de estar de acuerdo las partes, celebrarán convenio por escrito, que deberá ratificarse en ese acto, entregándose copia autorizada de este.”...

<p>LA MATERIA (JURÍDICA) DE PROCESO ALTERNATIVO</p>	<p>Explicación: Este elemento de contraste atiende principalmente cuestiones de tradición jurídica, que se enfoca mayoritariamente en el lenguaje que históricamente se ha utilizado en determinadas materias jurídicas, p. ej. el ámbito laboral, de consumo, médico, etc.</p> <p>Este elemento normalmente es nominativo, sin atender elementos diferenciadores en cuanto a la operatividad, roles, autoridades participantes o pendencia de un proceso judicial.</p>
	<p>Descripción hipotética: La distinción o confusión de la mediación y la conciliación en una misma figura, depende de la tradición jurídica en una materia determinada en un sistema jurídico determinado.</p>
<p>LA DENOMINACIÓN HECHA POR LA LEGISLACIÓN INTERNA RESPECTO DEL PROCESO DE JUSTICIA ALTERNATIVA</p>	<p>Explicación: Se configura este elemento de contraste cuando la legislación establece una denominación al mecanismo alternativo, pudiendo señalar dos supuestos sin afán de exhaustividad:</p> <p>Que dentro del cuerpo legal no se distinga entre los roles que puede desempeñar el facilitador, esto es, no restringiendo la posibilidad de que este pueda –o no proponer esquemas de arreglo, pero entendiendo nominalmente que se refiere a conciliación o mediación, según sea el caso.</p> <p>Que el cuerpo legal otorgue o limite invariablemente la posibilidad de que el facilitador sugiera a las partes esquemas de arreglo.</p>
	<p>Es relevante señalar que este elemento de contraste encierra cuestiones de denominación legal, más allá de marcar diferencias en cuanto a roles, autoridades intervinientes, o pendencia de algún proceso judicial en curso.</p>
	<p>Descripción hipotética: Independientemente del funcionamiento o atribuciones del facilitador, se determinará como mediación o conciliación por la mera denominación legal.</p>

Fuente: Elaboración propia

4. CONCEPTO DE MEDIACIÓN EN LA NUEVA LEY MODELO DE MEDIACIÓN

La nueva Ley Modelo sobre Mediación Comercial ha utilizado la misma técnica que se usaba en su símil sobre Conciliación Comercial, en el sentido de incardina en un mismo concepto a todas las formas o modalidades de mecanismos alternativos donde participa un facilitador.

En ese sentido, en el Art. 1.3 se establece que por *mediación* se ha de entender todas las variantes de mecanismos como lo son la mediación, la conciliación, y agregado: *otro de sentido equivalente*. Entendemos, pues, que el sentido es un mecanismo donde participe un facilitador, mismo que podrá tener más o menos habilitaciones, roles o elementos de participación en el proceso alternativo, todo dispuesto para alcanzar la resolución parcial o total del conflicto.

Ahora bien, en el Art. 1.1, donde se contornea inicialmente que el objeto de aplicación de la Ley Modelo –entendiendo por ello el momento en que es transpuesta a una legislación nacional– será la mediación. Ello es esperable, pero es el eje detonador del cambio de denominación, postura que a todos los efectos asume la Asamblea de las Naciones Unidas al adoptar el texto de la Ley Modelo.

Ahora bien, una cuestión de igual relevancia, es la nota aclaratoria número 1, que aparece en el texto del Art. 1.1, pues esta a todas luces crea un efecto de enmienda a todos los documentos de la UNCITRAL que en el pasado hicieron referencia al término *conciliación*, como término *intercambiable* por el de mediación, considerando que a partir de su adopción esto tendrá que ser al revés, en aras de garantizar la *visibilidad* de la nueva Ley Modelo.

5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los ajustes conceptuales a partir de la Ley Modelo sobre Mediación de 2018, se ha querido poner en conocimiento del lector el detalle y las razones que justifican dicha medida, así como aportar los elementos de contraste más usuales al interior de los sistemas jurídicos entre mediación y conciliación –desde luego sin afán de exhaustividad–, esto con el propósito de brindar una óptica general de los elementos dispares que el lector encontrará dentro de la presente obra, cuando se aborda el análisis de las diferentes

legislaciones internas de cada uno de los países estudiados, pero con la firme intención de dar mayor claridad y comprensión a su lectura.

Otro aspecto de relevancia es que la aclaración conceptual y sus implicaciones prácticas en la implementación de los MASC, llámese mediación, conciliación, facilitación o cualquier otro término, que se deben entender bajo un techo común delimitado por los principios jurídicos que obran sobre dichos procesos alternativos, de manera que se pueda visualizar la obra como un todo, respetando en todo momento la opinión particular de cada uno de las coautoras y coautores.