

ÍNDICE

Resolución extrajudicial de conflictos en España y Cuba. El modelo de la Universidad de Oriente (Aranzadi)

Resolución extrajudicial de conflictos en España y Cuba. El modelo de la Universidad de Oriente (1ª Edición)

Capítulo 17

DATOS DEL DOCUMENTO

Resolución extrajudicial de conflictos en España y Cuba. El modelo de la Universidad de Oriente

1ª edición | 1 enero 2020

La conciliación en Derecho privado en España. Situación actual y perspectivas de desarrollo

Javier Plaza Penadés (autor) | Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valencia

ÁREA PRINCIPAL

Civil

COMENTARIOS:

I Introducción

En España son muchos y variados los estudios y las asociaciones que defienden la mediación, como sistema de resolución amistosa de controversias, sobre la base de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el que el mediador conduce activamente el procedimiento de resolución amistosa, trabajando con las partes las distintas fases, pero sin posibilidad de realizar propuesta en un sentido o en otro.

Falta pues una visión moderna y asentada de la conciliación, en sentido estricto, como institución de ADR propia, que aunque se muy próxima a la mediación, solapándose en gran parte con ella, se distingue técnicamente de ella en el papel más activo del «conciliador», ya que si bien es cierto que el mediador no puede proponer una solución del conflicto y debe procurar que sean las partes las que lleguen por sí mismas a una solución (sistema autónomo), el conciliador sí que tiene la capacidad de proponer una solución (sistema heterónomo), que en principio no puede imponer y, por ello, dicha solución no es vinculante para las partes, y en eso se diferencia del arbitraje, en que no hay un laudo con carácter ejecutivo, pero el conciliador, al igual que en el proceso arbitral y a diferencia de la mediación, puede proponer y practicar pruebas.

El carácter no vinculante de la conciliación no es un inconveniente, sino una ventaja, ya que las partes pueden preferir la conciliación por el temor a ir a un proceso arbitral y tener un laudo desfavorable. Pero además nada impide que el acuerdo de conciliación pueda tener efectos *erga omnes*, por ejemplo elevándolo a escritura pública, o carácter ejecutivo, bien porque la ley le conceda ese efecto bien porque se formalice un arbitraje abreviado que permita incluir el acuerdo conciliado en un laudo con fuerza ejecutiva.

En España, insisto, no existe una Ley de Conciliación en el ámbito del Derecho privado. Tan solo una regulación sectorial en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pero muy alejada de las metodologías de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, por la que esta ADR en España, a diferencia de la Mediación o del Arbitraje, adolece de la regulación de un proceso estructurado y eficaz.

Además, la Conciliación permitiría que profesionales y expertos de muchas ramas científicas y técnicas que son llamadas a los procesos judiciales como peritos pudieran resolver ellos mismos los conflictos, que son más bien de tipo técnico o que requieren de la opinión de un experto independiente para la adecuada valoración de los hechos.

De ahí la necesidad y la conveniencia de que haya una ley de conciliación privada, similar en desarrollo y eficacia a la de mediación.

II Concepto y regulación de la conciliación de Derecho Privado

Efectivamente, la falta tanto de una tradición en materia de conciliación en Derecho privado, como de una ley española sobre dicha materia obliga a tomar cierto referente en la ley de mediación, pero sin perder de vista que la «conciliación» en el ámbito del Derecho privado es una institución totalmente distinta y diferenciada de la mediación, ya que en la conciliación se admite la práctica de pruebas y la capacidad de proponer una solución a las partes que en principio no es vinculante.

De ahí que el referente normativo más seguro y contrastado a la hora de diseñar un proceso de conciliación propio se encuentre en la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional, adaptada, ya que ello es aplicable a la conciliación interna o nacional.

Es verdad que la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha regulado un «proceso de conciliación», pero éste, aparte de limitado e incompleto, está muy apegado a lo que sería una transacción, más que una conciliación, y además diseñado para realizarse en vía judicial, por lo que su configuración normativa es muy diferente a los modelos de conciliación extrajudicial en derecho privado, cuyo mejor exponente sería el de la Ley Modelo de Conciliación, en el que se inspira, por ejemplo, el procedimiento de resolución de una controversia a través de un experto del Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual); si bien, en el procedimiento de resolución de la opinión por un experto se parte de la obligatoriedad de la opinión, salvo pacto en contrario.

Por ello, a continuación, voy a analizar brevemente el proceso de conciliación en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, para después exponer la Ley Modelo de conciliación de la CNUDMI, lo que puesta en relación con la mediación y con el arbitraje (que no voy a desarrollar por ser ADR más conocidos) permitirá realzar una serie de conclusiones.

III La conciliación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

En el Título IX de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria lleva como rúbrica «*de la conciliación* », si bien se trata de un proceso que diverge notablemente de la conciliación como ADR tal y como, y que además ofrece una

regulación muy limitada y apegada a la tutela última de los Letrados de la Administración Justicia (Secretarios Judiciales)

Veámoslo brevemente:

1. Ámbito de aplicación

En el artículo 139 de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria se regula lo que se denomina «*procedencia de la conciliación* » y se dispone que

«1. Se podrá intentar la conciliación con arreglo a las previsiones de este Título para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito. La utilización de este expediente para finalidades distintas de la prevista en el párrafo anterior y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal tendrá como consecuencia la inadmisión de plano de la petición. ».

El procedimiento de conciliación judicial no cambia en exceso respecto a la norma de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que se estaba aplicando. La nueva Ley 15/2015, sí le otorga a éste procedimiento materias nuevas que, hasta ahora, eran objeto de tramitación por vía judicial, como cuestiones relativas a las materias de sociedades (impugnación de acuerdos sociales, nombramiento de liquidador, convocatoria de Junta General de Accionistas, entre otras) abarcando también materias relativas a derechos de la persona (como cuestiones del derecho al honor o el ejercicio de derecho de rectificación previa a una querrela por injurias), y siguen estando dentro de las materias susceptibles de conciliación previa que evite la judicialización de una cuestión que mediante éste instrumento tenía como finalidad evitar (artículo 139 Ley 15/2015).

Si bien la norma pretende abarcar toda posible materia que trate de evitar la iniciación de un pleito (artículo 139), señala las materias sobre las que no cabe conciliación: Así, el artículo 139-2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, al referirse a la procedencia de la conciliación, establece que «**2. No se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se formulen en relación con:** 1.º Los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre Administración de sus bienes. 2.º Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza. 3.º El proceso de reclamación de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados. 4.º En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.».

Por tanto, podemos concluir que pueden ser objeto de conciliación aquellas materias que lo sean de derecho dispositivo, pero no las que sean de derecho imperativo o ius cogens.

2. Competencia

Recaerá la competencia en el Juez de Paz o el Secretario judicial (letrado de la Administración de Justicia) del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, del domicilio del requerido. Si no lo tuviera en territorio nacional, el de su última residencia en España. No

obstante, lo anterior, si la cuantía de la petición fuera inferior a 6.000 euros y no se tratara de cuestiones atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil, la competencia corresponderá, en su caso, a los Jueces de Paz. Si el requerido fuere persona jurídica, será asimismo competente el del lugar del domicilio del solicitante, siempre que en dicho lugar tenga el requerido delegación, sucursal, establecimiento u oficina abierta al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, debiendo acreditar dicha circunstancia.

Concretamente el artículo 140 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al regular la competencia, determina que: *«1. Será competente para conocer de los actos de conciliación el Juez de Paz o el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, del domicilio del requerido. Si no lo tuviera en territorio nacional, el de su última residencia en España. No obstante, lo anterior, si la cuantía de la petición fuera inferior a 6.000 euros y no se tratará de cuestiones atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil la competencia corresponderá, en su caso a los Jueces de Paz. Si el requerido fuere persona jurídica, será asimismo competente el del lugar del domicilio del solicitante, siempre que en dicho lugar tenga el requerido delegación, sucursal, establecimiento u oficina abierta al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad, debiendo acreditar dicha circunstancia. Si tras la realización de las correspondientes averiguaciones sobre el domicilio o residencia, éstas fueran infructuosas o el requerido de conciliación fuera localizado en otro partido judicial, el Secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz auto dando por terminado el expediente, haciendo constar tal circunstancia y reservado al solicitante de la conciliación el derecho a promover de nuevo el expediente ante el Juzgado competente. 2. Si se suscitaren cuestiones de competencia del Juzgado o de recusación del Secretario judicial o Juez de Paz ante quien se celebre el acto de conciliación, se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites.»*.

3. Solicitud de conciliación

El artículo 141 dispone que *«1. El que intente la conciliación presentará ante el órgano competente solicitud por escrito en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante y del requerido o requeridos de conciliación, el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, el objeto de la conciliación que se pretenda y la fecha, determinando con claridad y precisión cuál es el objeto de la avenencia. El solicitante podrá igualmente formular su solicitud de conciliación cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el órgano correspondiente. 2. Podrán acompañarse a la solicitud aquellos documentos que el solicitante considere oportunos. 3. En los expedientes de conciliación no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.»*.

4. Admisión, señalamiento, citación y efectos de la admisión

Todos estos extremos vienen recogidos en los artículos 142 y 143 de la Ley. El artículo 142, al referirse a la «Admisión, señalamiento y citación » dispone que *«1. El Secretario judicial o Juez de Paz, en los cinco días hábiles siguientes a aquel en que se presente la solicitud, dictará resolución sobre su admisión y citará a los interesados, señalando el día y hora en que haya de tener lugar el acto de conciliación. 2. Entre la citación y el acto de conciliación deberán mediar al menos cinco días. En ningún caso*

podrá demorarse la celebración del acto de conciliación más de diez días desde la admisión de la solicitud. ». Por su parte, el artículo 143 al tratar el tema de los «Efectos de la admisión » establece que «La presentación con ulterior admisión de la solicitud de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la ley, desde el momento de su presentación. El plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Secretario judicial o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente.».

5. Comparecencia y celebración del acto de conciliación

Los artículos 144 y 145 fijan los presupuestos de comparecencia y celebración de la vista. Las partes deberán comparecer por sí mismas o por medio de Procurador, siendo de aplicación las normas sobre representación recogidas en el Título I del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Hasta aquí, nada nuevo. Por lo tanto, hay que aplicar las reglas generales de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, recogidas en su artículo 24 y siguientes respecto a la representación procesal, ni más, ni menos. Si no compareciere el solicitante ni alegare justa causa para no concurrir, se le tendrá por desistido y se archivará el expediente. El requerido podrá reclamar al solicitante la indemnización de los daños y perjuicios que su comparecencia le haya originado, si el solicitante no acreditare que su incomparecencia se debió a justa causa. De la reclamación se dará traslado por cinco días al solicitante, y resolverá el Secretario judicial o el Juez de Paz, sin ulterior recurso, fijando, en su caso, la indemnización que corresponda. Si el requerido de conciliación no compareciere ni alegare justa causa para no concurrir, se pondrá fin al acto, teniéndose la conciliación por intentada a todos los efectos legales. Aquí la norma no dice nada acerca de qué ocurre cuando el requerido no se persona ni alega justa causa. Si, siendo varios los requeridos, concurriese sólo alguno de ellos, se celebrará con él el acto y se tendrá por intentada la conciliación en cuanto a los restantes. Si el Secretario judicial o el Juez de Paz, en su caso, considerase acreditada la justa causa alegada por el solicitante o requerido para no concurrir, se señalará nuevo día y hora para la celebración del acto de conciliación en el plazo de los cinco días siguientes a la decisión de suspender el acto. Para la vista se seguiría las mismas pautas que cualquier vista oral de la ley 1/2000. Esta cuestión era algo que se prevé lógica, pues no deja de ser un procedimiento judicial, pero solicitado motu proprio por una parte interesada.

El artículo 144 de la Ley regula la «*Comparecencia al acto de conciliación* », estableciendo que «**1.** Las partes deberán comparecer por sí mismas o por medio de Procurador, siendo de aplicación las normas sobre representación recogidas en el Título I del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **2.** Si no compareciere el solicitante ni alegare justa causa para no concurrir, se le tendrá por desistido y se archivará el expediente. El requerido podrá reclamar al solicitante la indemnización de los daños y perjuicios que su comparecencia le haya originado, si el solicitante no acreditare que su incomparecencia se debió a justa causa. De la reclamación se dará traslado por cinco días al solicitante, y resolverá el Secretario judicial o el Juez de Paz, sin ulterior recurso, fijando, en su caso, la indemnización que corresponda. **3.** Si el requerido de conciliación no compareciere ni alegare justa causa para no concurrir, se pondrá fin al acto, teniéndose la conciliación por intentada a todos los efectos legales. Si, siendo varios los requeridos, concurriese sólo alguno de ellos, se celebrará con él el acto y se tendrá por intentada la conciliación en cuanto a los restantes. **4.** Si el Secretario judicial o el Juez

de Paz, en su caso, considerase acreditada la justa causa alegada por el solicitante o requerido para no concurrir, se señalará nuevo día y hora para la celebración del acto de conciliación en el plazo de los cinco días siguientes a la decisión de suspender el acto».

Por su parte, el artículo 145 hace alusión a la «*Celebración del acto de conciliación* », disponiendo que «**1.** *En el acto de conciliación expondrá su reclamación el solicitante, manifestando los fundamentos en que la apoye; contestará el requerido lo que crea conveniente y podrán los intervinientes exhibir o aportar cualquier documento en que funden sus alegaciones. Si no hubiera avenencia entre los interesados, el Secretario judicial o el Juez de Paz procurará avenirlos, permitiéndoles replicar y contrarreplicar, si quisieren y ello pudiere facilitar el acuerdo.* **2.** *Si se alegare alguna cuestión que pueda impedir la válida prosecución del acto de conciliación se dará por terminado el acto y se tendrá por intentada la conciliación sin más trámites.* **3.** *Si hubiere conformidad entre los interesados en todo o en parte del objeto de la conciliación, se hará constar detalladamente en un acta todo cuanto acuerden y que el acto terminó con avenencia, así como los términos de la misma, debiendo ser firmada por los comparecientes. Si no pudiere conseguirse acuerdo alguno, se hará constar que el acto terminó sin avenencia.* **4.** *El desarrollo de la comparecencia se registrará si fuera posible, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalizado el acto, el Secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz dictará auto haciendo constar la avenencia o, en su caso, que se intentó sin efecto o que se celebró sin avenencia, acordándose el archivo definitivo de las actuaciones.».*

El artículo 146, por su parte, hace referencia al «*Testimonio y gastos* » e indica que «*Las partes podrán solicitar testimonio del acta que ponga fin al acto de conciliación. Los gastos que ocasionare el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido.* ».

Como conclusión, se trata de una regulación muy reglamentista, que no regula, en puridad, un procedimiento de conciliación, sino un proceso de transacción judicial asistido por un conciliador, y con un procedimiento que por brevedad en los tiempos y por falta de metodología y estructuración hace casi imposible que se pueda alcanzar un acuerdo, por lo que la mayorías de los procesos de conciliación conforme a la LJV están llamados al fracaso (esto es, a que no se alcance un acuerdo o propuesta de solución).

Puede observarse como en realidad no es un proceso de conciliación, ya que en ningún momento el conciliador (Letrado de la Administración de Justicia o Juez de Paz) realiza una propuesta de solución (aunque sea no vinculante) para que las partes la puedan valorar. Pero tampoco es un proceso de mediación, en el que el mediador ayude a las partes a alcanzar por sí mismas un acuerdo con técnicas de mediación y trabajando sesiones conjuntas e individuales (caucus).

6. Ejecución de la conciliación

A los efectos previstos en el artículo 517.2.9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el testimonio del acta junto con el del decreto del Secretario judicial o del auto del Juez de Paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución. A otros efectos, lo convenido tendrá el valor y eficacia de un

convenio consignado en documento público y solemne. Será competente para la ejecución el mismo Juzgado que tramitó la conciliación cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado. En los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado de Primera Instancia a quien hubiere correspondido conocer de la demanda. La ejecución se llevará a cabo conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados.

Regula esta cuestión el artículo 147 de la Ley que se refiere a la «Ejecución », estableciendo que *«1. A los efectos previstos en el artículo 517.2.9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el testimonio del acta junto con el del decreto del Secretario judicial o del auto del Juez de Paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución. A otros efectos, lo convenido tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne. 2. Será competente para la ejecución el mismo Juzgado que tramitó la conciliación cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado. En los demás casos será competente para la ejecución el Juzgado de Primera Instancia a quien hubiere correspondido conocer de la demanda. 3. La ejecución se llevará a cabo conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. ».*

7. Acción de nulidad de la conciliación

Por último, el artículo 148 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria hace referencia a lo que denomina «Acción de nulidad » y establece que *« 1. Contra lo convenido en el acto de conciliación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. 2 . La demanda ejercitando dicha acción deberá interponerse en un plazo de quince días desde que se celebró la conciliación ante el tribunal competente y se sustanciará por los trámites del juicio que corresponda a su materia o cuantía. 3. Acreditado el ejercicio de la acción de nulidad, quedará en suspenso la ejecución de lo convenido en el acto de conciliación hasta que se resuelva definitivamente sobre la acción ejercita.».*

Como puede observarse, la conciliación recibe en este ámbito el mismo tratamiento que la mediación, ya que el acuerdo de mediación, al igual que el de conciliación, es tenido como un contrato privado y por tanto puede declararse nulo o ser anulado por la mismos motivos y fundamentos por los que puede ser declarado nulo (por falta de consentimiento, objeto o causa) o anulado (por vicio).

Además, la conciliación también tiene en dicha ley un tratamiento especial en otros ámbitos, como, por ejemplo, la conciliación del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria, en favor de los registradores, y que, en mi opinión, necesitaría de un desarrollo normativo especial.

Visto el procedimiento de conciliación de los arts. 139 a 148 LJV se observa que en realidad es un proceso en el que se intenta un acuerdo transaccional con la supervisión del Letrado de la Administración de Justicia o Juez de Paz, que tiene como ventaja el carácter ejecutivo, al documentarse vía jurisdiccional, y como desventaja que a falta de acuerdo los gastos serán de cuenta del proponente, lo que retraerá este tipo de solicitudes; pero que no admite, por su regulación, aplicar técnicas de mediación y tampoco concluye como debería hacerlo un proceso de conciliación: con

una propuesta de solución escrita, imparcial, cualificada (revestida de *auctoritas*) y no vinculante, salvo que todas las partes quieran o acepten que sea vinculante.

IV La conciliación en la Ley Modelo CNUDMI

1. Consideraciones generales

Se trata de una Ley Modelo de la CNUDMI del año 2002 (a partir de ahora LM) y cumple tres finalidades básicas:

- Primera: servir de modelo para las legislaciones nacionales de aquellos países que quieran legislar sobre la materia.
- Segunda: servir de base para aquellas personas o instituciones que quieran prestar o recibir servicios de conciliación y que, con el fin de tener seguridad jurídica a falta de normativa estatal, decidan voluntariamente someterse y cumplir los preceptos de la Ley Modelo.
- Tercera: servir de base normativa para que las instituciones que quieren o que deben prestar servicios de conciliación puedan elaborar sus Estatutos o Reglamentos de Régimen o Funcionamiento Interno de conformidad con la Ley Modelo.

Además, tiene otra ventaja como es su carácter universal, lo que permite utilizar esta institución para los supuestos en los que alguna de las partes presenta algún elemento de extranjería y, por tanto, permite su aplicación como «conciliación internacional en el ámbito del Derecho privado».

La estructura de la LM es muy sencilla, ya que no es muy extensa, pues solo tiene catorce artículos, que son:

Artículo 1. Ámbito de aplicación y definiciones

Artículo 2. Interpretación

Artículo 3. Modificación mediante acuerdo

Artículo 4. Inicio del procedimiento de conciliación

Artículo 5. Número y designación de conciliadores

Artículo 6. Sustanciación de la conciliación

Artículo 7. Comunicación entre el conciliador y las partes

Artículo 8. Revelación de información

Artículo 9. Confidencialidad

Artículo 10. Admisibilidad de pruebas en otros procedimientos

Artículo 11. Terminación del procedimiento de conciliación

Artículo 12. El conciliador como árbitro

Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

Artículo 14. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

2. Concepto de conciliación y finalidad de la Ley Modelo de conciliación

La propia Ley Modelo ofrece un concepto amplio de conciliación, en el artículo 1 LM, en el que se señala que:

«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 terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas.

El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia».

Como puede observarse, la diferencia con la «mediación» radica en que el mediador no puede «proponer» solución alguna a las partes, ya que el acuerdo de mediación es un acuerdo que lo alcanzan las partes por sí mismas. Mientras que el conciliador sí puede «proponer», pero no «imponer», ya que si «impusiese» se trataría de un arbitraje.

Dicho esto, vamos a tratar de ubicar la propia institución de la conciliación en el ámbito de las ADR. Así, al surgir una controversia, las partes normalmente tratarán de resolverla por la vía de la negociación, o en todo caso mediante la transacción, sin dar entrada a nadie que sea ajeno a su controversia más allá de las partes y sus legítimos representantes, así como los abogados de las partes. Si fracasan las negociaciones, puede recurrirse a diversos mecanismos de solución de controversias, como la mediación, el arbitraje o la conciliación.

Una de las características esenciales de la conciliación consiste en que las partes en una controversia solicitan los servicios de un tercero. En el arbitraje, las partes encomiendan no sólo el proceso resolutorio de su controversia, sino también su resultado, a un árbitro o a un tribunal arbitral que les impondrá un fallo, a través del laudo, vinculante para ellas.

La conciliación difiere de la negociación y la transacción entre las partes al involucrar en la solución de la controversia a un tercero independiente e imparcial que ha de prestarles asistencia: el conciliador o conciliadores. Difiere, a su vez del arbitraje al detentar las partes, en la conciliación, un control absoluto sobre el resultado de la conciliación, que en principio no es vinculante (salvo que, con posterioridad, todas las partes quieran que lo sea).

En la conciliación, el conciliador (o los conciliadores) ayuda a negociar una solución en que se compaginen las necesidades y los intereses de las partes en la controversia. El proceso conciliatorio se basa totalmente en el consenso y son las partes quienes, con la asistencia de un tercero neutral, determinan el modo en que se dirimirá la controversia. Ese tercero neutral no tiene autoridad para imponer a las partes una solución de la controversia, pero tiene la autoridad moral (*auctoritas*) para proponer una solución, algo que en un proceso puro de mediación estaría prohibido,

ya que el mediador no puede realizar ninguna propuesta y menos en favor de una parte y en detrimento de otra (a diferencia del conciliador).

Se está recurriendo cada vez más a la conciliación para la solución de las controversias en diversas partes del mundo, incluso en regiones en que hasta hace un decenio o dos no era frecuente en la práctica comercial.

Asimismo, la conciliación se está convirtiendo en una opción preferida y promovida para la solución de controversias en los tribunales y en organismos gubernamentales, así como en el ámbito comunitario y comercial. Esta tendencia se refleja, por ejemplo, en el establecimiento de cierto número de órganos privados y públicos que ofrecen sus servicios a las partes que puedan estar interesadas en llegar a una solución amistosa de su controversia. Simultáneamente, en diversas regiones del mundo se ha venido promoviendo una ley de conciliación como método para la solución de las controversias, que no es el caso de España, donde la regulación es sectorial, pero falta una normativa general.

Dado que el papel del conciliador se limita, inicialmente, a facilitar la interlocución entre las partes y no consiste en adoptar decisiones vinculantes, no se necesitan, al igual que ocurre con la mediación, garantías procesales como las que existen en el arbitraje como, por ejemplo, la prohibición de que el conciliador se reúna sólo con una de las partes o la obligación incondicional de revelar a una parte toda la información recibida de la otra.

Se considera, por tanto, de importancia crucial la flexibilidad que permiten los procedimientos de conciliación y la posibilidad de adaptar el proceso a las circunstancias de cada caso y a los deseos de las partes.

Esa flexibilidad ha dado lugar a la opinión generalizada de que no es necesario regular jurídicamente un proceso que tanto depende de la voluntad de las partes. De hecho, se ha considerado que las normas legislativas restringirían y socavarían indebidamente el proceso de conciliación, donde el conciliador tiene la facultad de dirigir ese proceso. Se consideró, en general, que utilizar normas contractuales era la manera adecuada de ofrecer certeza y previsibilidad. El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, aprobado en 1980, tuvo por objeto ofrecer a las partes un conjunto de normas armonizadas internacionalmente que sirvieran para dirimir controversias comerciales internacionales. El Reglamento también fue utilizado como modelo por numerosas instituciones al redactar las normas que regulaban sus propios servicios de conciliación o de mediación.

No obstante, los Estados han venido promulgando leyes sobre conciliación con objeto de responder a las inquietudes de los profesionales del derecho con respecto a la insuficiencia de las soluciones contractuales, por sí mismas, para atender plenamente a las necesidades de las partes, si bien al mismo tiempo son conscientes de la necesidad de preservar la flexibilidad del proceso conciliatorio. La preocupación más importante de las partes en lo que respecta a la conciliación es tener la certeza de que lo que haya declarado o admitido durante el procedimiento no se utilice como prueba en su contra en otro procedimiento, y se consideró que con una solución contractual no se podía lograr ese objetivo. Para abordar ese y otros asuntos (por ejemplo, el papel del conciliador en actuaciones judiciales o arbitrales subsiguientes, el proceso de nombramiento de conciliadores, los principios amplios aplicables al

procedimiento conciliatorio y la ejecutoriedad del acuerdo de transacción), la CNUDMI decidió preparar una ley modelo sobre el tema con objeto de promover el recurso a la conciliación. Se observó que, si bien ciertas cuestiones, como la admisibilidad de ciertas pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales ulteriores o la función del conciliador en ulteriores procedimientos, normalmente podían resolverse remitiéndose a conjuntos de normas como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, había muchos casos en que no se disponía de normas aplicables. Así pues, el proceso de conciliación podría beneficiarse del establecimiento de disposiciones legislativas que no fueran vinculantes y que se aplicaran cuando ambas partes desearan una conciliación, pero no hubieran acordado el reglamento correspondiente.

Fundamentalmente, se trata de proteger la integridad del proceso conciliatorio, por ejemplo, procurando que se cumplan las expectativas de las partes en cuanto a la confidencialidad, y al mismo tiempo se prevé un grado máximo de flexibilidad preservando la autonomía de las partes. De ahí la necesidad y conveniencia de que exista una legislación en el ámbito de cada Estado que armonice y regule los aspectos básicos de la conciliación en asuntos de Derecho dispositivo privado. Además, como los procesos de conciliación, a diferencia del de mediación, son conflictos más técnicos que personales, se prevé una cierta ordenación y práctica de pruebas, junto con la opinión final no vinculante del conciliador, que es otro rasgo que lo diferencia de la mediación, ya que el mediador no debe hacer propuestas procurando que sean las parte las que hagan las propuestas de solución.

En definitiva, la normativa de conciliación, ya sean con una ley o con un Reglamento de una institución (persona jurídica pública o privada) que quiere ofrecer servicios profesionales de conciliación, viene a dotar de seguridad jurídica a un procedimiento de ADR que suele ser idóneo para conflictos de naturaleza técnica (p.e. delimitación de lindes de un inmueble o aspectos físicos o químicos que han producido un daño que hay que reparar y donde no se sabe si ha sido fuerza mayor o negligencia humana ...) donde inicialmente no se quiere una solución que sea ejecutiva y vinculante, como ocurre en un proceso arbitral, y por ello deben de concluir con una propuesta de solución final del conflicto hecha por el conciliador como profesional experto, solución que tiene que ser no vinculante, pero que está revestida de «auctoritas», por lo que puede generar un proceso de transacción o de mediación para tratar de dar cumplimiento voluntario a la opinión del experto, o incluso a un arbitraje, cuando ambas partes quieren que el acuerdo tenga fuerza ejecutiva, lo que se puede conseguir a través de un laudo arbitral (pero sobre la base de la concreta solución dada por el conciliador).

3. Característica de la conciliación en la Ley modelo

Entrando ya en el estudio de la Ley Modelo, más allá de su posible aplicación a conflictos entre nacionales de distintos países, y su aplicación al ámbito comercial en sentido amplio, esto es, al ámbito privado, siempre que sea un ámbito de derecho dispositivo, en el párrafo 3 del artículo 1 de LM se enuncian los elementos para la definición de conciliación, a saber, la existencia de una controversia, la intención de las partes de llegar a un arreglo amistoso y la participación de un tercero o de terceros independientes e imparciales que ayuden a las partes a llegar a una solución amistosa.

La finalidad es distinguir la conciliación, en primer lugar, del arbitraje vinculante, y, en segundo lugar, de la negociación entablada entre las partes o entre sus representantes. La frase «no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia» tiene por objeto aclarar más y recalcar la distinción entre la conciliación y otras vías como la del arbitraje. Al comprobar si en una determinada situación se dan los elementos enunciados en el párrafo 3 del artículo 1 para la definición de la conciliación, se invita a los tribunales a examinar cualquier prueba de la conducta de las partes que demuestre si éstas son conscientes (y reconocen) que participan en un proceso de conciliación.

Puede haber situaciones en que las partes en la controversia procuran la intervención de un tercero en un entorno especial, sin dar a esa intervención el nombre de conciliación, mediación u otra designación afín y sin ser conscientes de que se rigen por la Ley Modelo. En esa situación, surge la duda de si las partes están sujetas o no a las disposiciones de los artículos 9 y 10, relativos a la obligación de confidencialidad y la admisibilidad de ciertas pruebas, respectivamente. Al respecto, la Ley Modelo no da una regla fija, sino que deja decidir al intérprete de la ley, según las circunstancias del caso, lo que las partes entienden y esperan del proceso en el que participan y, sobre esa base, si la Ley Modelo es aplicable. Conciliación en sentido amplio.

La expresión «designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente» en el párrafo 3 del artículo 1 sirve para indicar que la Ley Modelo será aplicable independientemente del nombre con que se designe el procedimiento. La amplitud de la definición pone en evidencia que no se pretende distinguir entre estilos ni criterios de mediación, pero es verdad que los expertos en mediación insisten en que el mediador no puede realizar ningún tipo de propuesta, a diferencia del conciliador, que conserva la capacidad de proponer soluciones propias.

Por supuesto, se ha querido dar a la palabra «conciliación» el carácter amplio de un proceso voluntario en el que el procedimiento no escape al control de las partes y se lleve a cabo con la asistencia de por lo menos un tercero neutral. Pero lo que es evidente es que aunque los métodos de mediación y de conciliación pueden en ocasiones coincidir y en ocasiones diferir en cuanto a la técnica y a la medida y la forma en que el tercero participa en el proceso, por ejemplo, únicamente facilitando el diálogo (que es lo propio de la mediación) o formulando también propuestas sustantivas para poder llegar a una solución (que es lo que distingue la conciliación de la mediación, con independencia de cuál sea el *nomen* que se dé a la institución), está claro que el régimen legislativo de la Ley Modelo ha optado por que se apliquen por igual todos esos métodos, con una Ley modelo que podría aplicarse a procesos de conciliación únicos o singulares, pero también a procesos institucionales que normalmente se regirían por el reglamento de una institución determinada.

Así pues, si en un proceso de mediación todas las partes se ponen de acuerdo para pedirle al mediador que les proponga, por escrito, una solución, que en principio no se puede imponer a las partes por ser no vinculante y porque supondría que el mediador haría de árbitro, lo que normalmente se prohíbe en los Reglamentos de instituciones de ADR (y sin perjuicio de que las partes, con carácter posterior decidan hacerla vinculante), y además el mediador acepta la petición (que supone la aceptación de que va a ir más allá de lo comprometido inicialmente como mediador,

sobre el deber de no tomar partido ni por una ni por otra parte) aunque el acuerdo final se llame de mediación, se trata, en realidad o en puridad, de una conciliación.

4. Inicio del procedimiento de conciliación en la Ley Modelo

El procedimiento de conciliación relativo a una determinada controversia dará comienzo el día en que las partes acuerden iniciarlo. La parte que haya invitado a otra a entablar un procedimiento de conciliación y no reciba de esta última una aceptación 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.

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

«Así, cuando se inicie el procedimiento de conciliación se interrumpirán los plazos de prescripción o se sus penderán los de caducidad del asunto objeto de la conciliación».

Obviamente, cuando el procedimiento de conciliación concluya sin llegarse a un arreglo, el plazo de prescripción se reanudará a partir del momento en que concluyera sin arreglo el procedimiento de conciliación.

El artículo 4 LM regula lo relativo al momento en que puede darse por iniciado un procedimiento conciliatorio. Al aprobar la Ley Modelo, la Comisión convino en que se armonizara el párrafo 1 de este artículo con el párrafo 8 del artículo 1 LM, a fin de tener en cuenta el hecho de que es posible que se recurra a la vía de la conciliación a raíz de una directriz o de un requerimiento que provenga de un órgano encargado de resolver la controversia, como pudiera ser un tribunal judicial o arbitral o una autoridad pública competente.

En virtud del artículo 4, la conciliación da comienzo cuando las partes en una controversia acuerdan entablar el procedimiento. Por consiguiente, aun cuando exista una disposición contractual con arreglo a la cual las partes deban iniciar un procedimiento conciliatorio, o incluso cuando un tribunal judicial o arbitral las conmine a emprender esa vía, el procedimiento de conciliación no comenzará hasta que las partes hayan convenido en entablarlo. La Ley Modelo no regula esas obligaciones ni las consecuencias de su incumplimiento por ambas partes o por una de ellas. Medios por los que las partes pueden ponerse de acuerdo para entablar el proceso.

La referencia genérica al «día en que las partes acuerden iniciarlo» tiene por objeto abarcar los diversos medios por los que las partes pueden recurrir a la conciliación. Cabe citar al respecto, por ejemplo, la aceptación de una de las partes de la invitación enviada por la otra para recurrir a la vía conciliatoria, o la aceptación de ambas partes de una directriz o sugerencia de un tribunal judicial o arbitral o de una autoridad pública competente instándolas a que entablen un proceso de conciliación.

En el párrafo 1 del artículo 4 LM, al referirse únicamente al acuerdo de «iniciar» el procedimiento, deja indeterminado el momento exacto en el que se concierta ese acuerdo a una normativa ajena a la Ley Modelo. En última instancia, el momento en que las partes conciertan el acuerdo tendrá que probarse el plazo para aceptar la invitación, pero lo lógico es que se inicie con un acta inicial de sometimiento de la cuestión a conciliación, en el que se indique quién es el conciliador y que materias de

someten a conciliación, así como una previsión inicial del desarrollo del procedimiento de conciliación.

En el párrafo 2 del artículo 4 LM se establece que la parte que haya cursado una invitación a la conciliación y en el plazo de 30 días a partir de la fecha de envío, o en cualquier otro plazo fijado en ella, no haya recibido la aceptación de la otra parte, podrá considerar que esta última ha rechazado su invitación.

Se ha previsto un plazo de 30 días para responder, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Sin embargo, ese plazo puede ser modificado por las partes de común acuerdo, lo que garantiza una máxima flexibilidad y el respeto del principio de la autonomía de las partes con respecto a la manera de entablar el procedimiento conciliatorio. El párrafo 2 puede plantear un problema en lo relativo a su efecto en el caso de que las partes hayan convenido en recurrir a la conciliación respecto de futuras controversias, pero, cuando se plantee una controversia, una de las partes ya no desee recurrir a la conciliación.

El problema radica en determinar si el párrafo 2 ofrece a esa parte la oportunidad de desatender su obligación contractual simplemente no respondiendo a la invitación dentro de los 30 días. Al preparar la Ley Modelo se convino en que el texto no debía regular las consecuencias de que una de las partes no cumpliera el acuerdo de recurrir a la conciliación, y que el asunto debía estar regulado por el régimen general de las obligaciones aplicable en las circunstancias del caso, es decir, al margen de la Ley Modelo. Así pues, la finalidad del párrafo 2 no es permitir que se desatienda ningún compromiso contractual de conciliar, sino más bien dar certidumbre en una situación en que no quede claro si la parte está dispuesta a conciliar (determinando el momento en que se estime que un intento de conciliación ha fracasado), independientemente de si ese incumplimiento constituye o no una violación de un acuerdo para conciliar en virtud del régimen general de las obligaciones.

Paralelamente, en el artículo 4 no se aborda el supuesto de que una invitación a entablar la conciliación se retire tras haberse formulado. Si bien durante la preparación de la Ley Modelo se propuso una disposición en virtud de la cual la parte que invitara a la conciliación pudiera retirar su invitación mientras no hubiese sido aceptada, se decidió que esa disposición probablemente sería superflua, habida cuenta de la posibilidad que tenían las dos partes de poner fin en cualquier momento al procedimiento en virtud del apartado d) del artículo 11. Además, incluir una disposición que permitiera retirar una invitación a la conciliación podía constituir una injerencia indebida en el derecho de los contratos, al introducir nuevas normas sobre las condiciones en que pudiera retirarse un ofrecimiento o una aceptación.

5. Posible disposición legal sobre la suspensión del plazo de prescripción

El artículo 4 tiene un texto optativo, ya que al preparar la Ley Modelo se debatió acerca de si era conveniente incluir una norma uniforme en virtud de la cual al entablar un procedimiento de conciliación dejarían de correr los plazos de prescripción que afectaran a reclamaciones objeto de la controversia. Hubo una fuerte oposición a que se mantuviera ese artículo en el texto principal, especialmente debido a que la cuestión del plazo de prescripción planteaba problemas técnicos complejos

que dificultarían la incorporación del texto a los regímenes procesales nacionales, que trataban la cuestión de distinta forma. Además, se opinó que la disposición era innecesaria, ya que las partes disponían de otros medios para proteger sus derechos (por ejemplo, convenir en prorrogar el plazo de prescripción o entablar procedimientos arbitrales o judiciales para que ese plazo dejara de correr).

Por ello se sugirió que, antes de aprobar una disposición del tenor del proyecto había que advertir a los Estados de los riesgos inherentes a esa disposición. Se afirmó que establecer como norma que el inicio del procedimiento de conciliación daría lugar a la suspensión del plazo de prescripción haría necesario un alto grado de exactitud con respecto a lo que constituía ese inicio. Al exigir ese grado de exactitud se podía estar desatendiendo el carácter fundamentalmente oficioso y flexible de la conciliación. Se señaló que se podía poner en riesgo la aceptabilidad de la Ley Modelo si ésta entrase en conflicto con las normas de procedimiento vigentes relativas a la suspensión o interrupción de plazos de prescripción.

Además, la buena reputación de la conciliación como técnica de solución de controversias podía verse socavada si se creaban expectativas en relación con sus consecuencias procesales que no se pudieran satisfacer fácilmente debido a las circunstancias en las que solía desarrollarse la conciliación. Se señaló también que debía informarse a los Estados que consideraran la posibilidad de adoptar las posibilidades de que las partes conservaran sus derechos aun cuando no lo adoptaran, a saber, que una parte podía entablar un procedimiento en un tribunal nacional de justicia o de arbitraje para proteger sus intereses. Se sugirió que toda esta cuestión se abordara exclusivamente en la Guía, con las explicaciones del caso respecto de los argumentos que se habían intercambiado acerca de esa disposición durante la preparación de la Ley Modelo. Hubo también fuertes argumentos en favor de incluir el texto, pues se consideraba que si se amparaban los derechos de las partes durante la conciliación se daría un aliciente para recurrir a ese procedimiento. Se argumentó que en algunos ordenamientos jurídicos no era posible concertar una prórroga del plazo de prescripción y que era preferible que las partes dispusieran de un medio sencillo y eficiente para proteger sus derechos, en vez de que sólo les quedara la opción de entablar procedimientos arbitrales o judiciales.

En favor de incorporar una disposición en el texto de la Ley Modelo se afirmó también que, a falta de esa disposición, en algunos ordenamientos jurídicos se trataría el inicio del procedimiento de conciliación como interrupción del plazo de prescripción, el cual, al terminar un intento de conciliación frustrado, volvería a correr una vez más a contar del primer día. Para evitar esto, se necesitaba una disposición específica en la que se estableciera que el inicio del procedimiento conciliatorio daría lugar únicamente a la suspensión del plazo de prescripción. Por último, se decidió incluir la disposición como nota de pie de página relativa al artículo 4 para que los Estados promulgantes pudieran optar por ella.

Por otra parte, los Estados que adopten una disposición relativa a la suspensión del plazo de prescripción tal vez deseen considerar la posibilidad de incorporar disposiciones en que se defina con más exactitud lo que se entiende por «conciliación». Eso puede ser necesario en vista de que en la Ley Modelo se convino en definir el término «conciliación» en un sentido amplio para reflejar el concepto de que es un proceso flexible que, en la práctica, adopta muchas formas, algunas de las

cuales pueden ser oficiosas, y que se puede desarrollar sin que exista un acuerdo por escrito de recurrir a esa vía. Esas disposiciones podrían ser útiles en el contexto de la aplicación de disposiciones relativas a la suspensión de los plazos de prescripción, que por naturaleza deben ser muy específicas debido a las graves consecuencias jurídicas que puede acarrear el hecho de determinar si hubo conciliación y, de ser así, cuándo comenzó. Para determinar si se va a incluir o no una disposición sobre esta cuestión debe tomarse nota del artículo 13 de la Ley Modelo, en que se establece que cualquiera de las partes puede entablar procedimientos arbitrales o judiciales unilateralmente, en la medida en que eso sea necesario para salvaguardar sus derechos. Habida cuenta de que ese acto unilateral no se debe considerar en sí mismo una renuncia del acuerdo de recurrir a la vía de la conciliación, de esa forma una parte puede, mediante un acto unilateral, prorrogar el plazo de prescripción.

Por todo, y en mi opinión, lo mejor es que haya una ley de conciliación y que en ella se clarifique, al igual que ocurre con la mediación, tanto en momento inicial como el final y que se establezca la eficacia de la conciliación en relación con los plazos de prescripción y caducidad, sin que el recurso a las ADR imposibilite o merme el acceso a la justicia.

Pero hasta que exista esa normativa, lo mejor es documentar la eficacia que tiene el inicio del procedimiento de conciliación en la interrupción de los plazos de prescripción y suspensión de los de caducidad en el acta inicial de sometimiento de la cuestión a mediación donde además, y a falta de normativa, se puede convenir por las partes no litigar sobre la cuestión sometida a conciliación.

Precisamente, son este tipo de consideraciones, las consecuencias legales que debe tener un procedimiento de conciliación sobre los plazos de prescripción y caducidad, y la delimitación del momento inicial y final, junto con la regulación de la propuesta de solución no vinculante que pueda formalizar el conciliador, lo que justifica la conveniencia y necesidad de la una ley de conciliación en derecho privado, como institución de resolución amistosa de controversias (en inglés, ADR).

6. Número y designación de conciliadores

Según el artículo 5 LM, el conciliador será uno solo, a menos que las partes acuerden que ha de haber dos o más.

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.

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.

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.

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.

Así pues, a diferencia del arbitraje comercial nacional e internacional, en el que se suele prever, como regla supletoria, la formación de un tribunal de tres árbitros, la práctica de la conciliación demuestra que las partes suelen disponer que un solo conciliador se encargue de ayudarlas a llegar a un arreglo de su controversia. Por esa razón, en el artículo 5 se enuncia, como regla supletoria, que intervendrá un solo conciliador como regla general, y salvo que las partes acuerden lo contrario.

La finalidad del artículo 5 es alentar a las partes a designar de común acuerdo al conciliador. La ventaja de que las partes traten previamente de llegar a un acuerdo sobre la persona que actuará como conciliador estriba en que de este modo se respeta el carácter consensual del procedimiento conciliatorio y se refuerza el control de las partes, todo lo cual fomenta la confianza en el proceso. Si bien al preparar la Ley Modelo se sugirió que, en el supuesto de que hubiera más de un conciliador, se supeditara todo nombramiento de conciliador al acuerdo de las diversas partes, lo que evitaría toda sospecha de parcialidad, prevaleció el parecer de que lo más práctico era permitir que cada parte nombrara un conciliador. De esa forma no sólo se facilita el pronto inicio del proceso de conciliación, sino que tal vez se facilite también la concertación de un arreglo, ya que los conciliadores designados por las partes, sin dejar de actuar con independencia e imparcialidad, estarían en mejores condiciones de aclarar las posturas de las partes y aumentar así la probabilidad de que se llegara a una solución.

De nombrarse dos, tres o más conciliadores, por la peculiaridad de la controversia, debería en principio nombrarse al último conciliador impar por acuerdo de ambas partes. Con ello se reforzaría la confianza de las partes en el proceso conciliatorio.

Las disposiciones del artículo 5 relativas a controversias entre dos partes son aplicables también, mutatis mutandis, a controversias entre varias partes.

7. Falta de acuerdo entre las partes para designar al conciliador

De no ponerse de acuerdo las partes en el nombramiento de un conciliador, se encomendará ese nombramiento a un tercero o a una institución. En los apartados a) y b) del párrafo 3 se ha previsto que ese tercero o institución se limite a facilitar nombres de personas idóneas para esa función o, si así lo acuerdan las partes, que nombre directamente al conciliador o los conciliadores.

En el párrafo 4 se enuncian directrices que habrá de seguir todo tercero o institución para hacer recomendaciones o nombramientos. En ellas se procura favorecer la independencia e imparcialidad del conciliador.

Pero lo normal será que la conciliación se ejerza por una institución legalmente autorizada para ello, y que dicha institución ordene el proceso de selección en

principio por turno, salvo que sea una controversia muy especializada, por lo que habría que elegir por turno pero entre los conciliadores especialistas y sin perjuicio de que las partes puedan designar directamente ello el conciliador o conciliadores de entre el listado de conciliadores de la institución.

8. Imparcialidad de un conciliador

En el párrafo 5 se obliga a toda persona a quien se comunique su posible nombramiento como conciliador a revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Esa obligación rige no sólo desde el momento en que se le proponga actuar como conciliador, sino durante todo el procedimiento. Se sugirió que la disposición abordara las consecuencias que pudiera tener el incumplimiento de esa obligación y, en concreto, que se dijera expresamente que, de no cumplirse el requisito de divulgación, no quedaría anulado el procedimiento conciliatorio. No obstante, prevaleció el criterio de que la reglamentación de las consecuencias del incumplimiento incumbía al derecho interno del Estado promulgante, aunque no a la legislación en que se promulgara el régimen de la Ley Modelo. En particular, el hecho de no revelar circunstancias que pudieran dar lugar a dudas justificadas en el sentido del párrafo 5 no debería, en sí mismo, constituir un motivo para rechazar un acuerdo de transacción que se añadiera a los motivos ya existentes en virtud del derecho de los contratos aplicable.

9. Procedimiento y desarrollo de la conciliación

El artículo 6 LM establece que las partes podrán determinar, por remisión a algún reglamento o por alguna otra vía, la forma en que se sustanciará la conciliación.

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.

En cualquier caso, el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y, por supuesto, podrá proceder, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, a presentar propuestas para un arreglo de la controversia, ya que ésta es la esencia de la conciliación.

Por tanto, el proceso debe combinar aspectos del arbitraje, como los trámites de exposición del problema (demanda y contestación oral o escrita) y prácticas de prueba, pero también puede incorporar muchos aspectos del proceso estructurado de mediación y utilizar técnicas y habilidades de mediación para ver si las partes son capaces de llegar a un acuerdo por sí mismas, y de hecho comparte todos los principios que rigen la mediación (voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad, libertad de procedimiento...).

Paralelamente, en el párrafo 1 del artículo 6, inspirado en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se insiste en que las partes gozan de autonomía para decidir de común acuerdo el curso que se ha de dar a la conciliación. Entre los ejemplos de «reglamento» que pueden utilizar las partes, de común acuerdo, para organizar la conciliación, figura el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) y los de las instituciones de conciliación o mediación que se ofrecen para administrar esa clase de procesos de arreglo de controversias,

aunque lo normal es que si las partes acuden a una institución se sometan a las normas de procedimiento previstas en el Reglamento interno de funcionamiento.

Por ello, en el párrafo 2, inspirado en el párrafo 3 del artículo 7 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, se reconoce que, sin dejar de respetar la voluntad de las partes, el conciliador podrá dirigir el proceso a su propio criterio, dando siempre un trato equitativo e igualitario de las partes (como ocurre en mediación). Así, como orientación acerca del patrón de conducta que ha de aplicar un conciliador, en el párrafo 3 se dispone que el conciliador o el grupo de conciliadores procurarán tratar a las partes con equidad, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso. Lo dispuesto en el párrafo 3 debe considerarse una obligación básica y un patrón de conducta mínimo al que todo conciliador tiene la obligación imperativa de atenerse. En el párrafo 3, al hacerse referencia al tratamiento equitativo de las partes, se procura regular la sustanciación del procedimiento conciliatorio y no el contenido del acuerdo de transacción. Cabe entender que eso abarca también la noción de que los conciliadores no deberán hacer distinciones en el trato que den a las diversas partes, lo que no quiere decir que hayan de dedicar necesariamente el mismo tiempo a las reuniones que celebren con cada una de ellas. El conciliador podrá explicar por adelantado a las partes que puede haber ciertas discrepancias, reales o imaginarias, que no son sino el resultado de su empeño por estudiar todas las cuestiones, intereses o posibilidades que puedan allanar el camino para llegar a un arreglo.

E incluso nada impide que el conciliador haga uso de sesiones individuales o caucus, como ocurre en mediación, cuando lo estime pertinente. Por ello, el artículo 7 señala que el conciliador podrá reunirse o comunicarse con las partes conjuntamente o con cada una de ellas por separado. La reunión por separado del conciliador con cada una de las partes es una práctica tan habitual, que se parte de la base de que el conciliador está facultado para hacerlo, salvo que las partes hayan impuesto alguna restricción al respecto. Algunos Estados han incorporado este principio en su legislación sobre conciliación disponiendo que el conciliador se comunique con las partes conjuntamente o por separado. La finalidad de esta disposición es disipar toda duda al respecto.

Pero lo más significativo, peculiar e innato al proceso de conciliación que el conciliador podrá, en cualquier etapa del proceso, proponer un arreglo de la controversia. Al decidir sobre la oportunidad o el alcance de esa propuesta, el conciliador deberá tener en cuenta diversos factores, entre ellos los deseos de las partes y las técnicas que haya decidido emplear por considerar que son las más propicias para lograr un arreglo.

Respecto de las informaciones a las que tenga acceso el conciliador durante el proceso pesa, de cara a terceros, el más estricto deber de secreto y confidencialidad.

Pero intra partes, 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.

Además, es necesario que exista una comunicación abierta entre las partes y el conciliador. Así, para que la conciliación prospere, las partes y el conciliador deben

estudiar y comprender lo más posible los problemas que se hayan planteado, los antecedentes y las circunstancias que dieron lugar a esos problemas (incluso las razones por las que las partes no pudieron llegar a un acuerdo) y las posibilidades de que las partes los superen y diriman la controversia. Así pues, en el curso de la conciliación tal vez se hable sobre otras cuestiones que no sean las que se habían planteado al comienzo de la conciliación, entre ellas, las posibilidades de reestructurar la futura relación entre las partes o propuestas de concesiones mutuas. Para que esas conversaciones rindan fruto, las partes deben estar dispuestas a ahondar en cuestiones que normalmente no se considerarían en procedimientos arbitrales ni judiciales, entre ellas algunos asuntos que las partes podrían considerar delicados o confidenciales. Si existe el riesgo de que esa información sea revelada a un tercero o hecha pública, o de que, si la conciliación fracasa, una de las partes pueda utilizar la información revelada por la otra o declaraciones hechas por ésta como prueba en actuaciones arbitrales o judiciales, las partes se mostrarían reticentes durante la conciliación y menos dispuestas a llegar a un arreglo. Por consiguiente, resulta esencial que en el régimen jurídico que regule el procedimiento conciliatorio se establezcan salvaguardias para ofrecer el grado necesario de protección jurídica contra la revelación improcedente de ciertos hechos o información. Esas salvaguardias son el eje del régimen de la conciliación y una razón particularmente importante por la que se necesita disponer de legislación en la materia.

10. Respetto de la revelación de información

En el artículo 8 LM se expresa el principio de que toda información que una parte comunique a un conciliador puede ser revelada a la otra parte, a menos que la parte que proporciona la información solicite expresamente lo contrario. El criterio que rige el artículo 8 está en consonancia con la práctica establecida en muchos países, que se refleja en el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. La intención es promover la comunicación abierta y franca de información entre cada una de las partes y el conciliador y, al mismo tiempo, amparar el derecho de las partes a la confidencialidad. La función del conciliador es fomentar un intercambio franco de información con respecto a la controversia. La revelación de información infunde confianza a todas las partes en la conciliación. No obstante, el principio de revelación de información no es absoluto, ya que el conciliador tiene el derecho, pero no la obligación, de revelar esa información a la otra parte.

En realidad, el conciliador no debe revelar determinada información cuando la parte que se la dio lo haya hecho con la condición de que fuera de carácter confidencial. Ese criterio está justificado porque el conciliador no impone una decisión vinculante a las partes.

Durante la preparación de la Ley Modelo se sugirió disponer que la parte que proporcionara la información al conciliador tuviera que dar su consentimiento antes de que se pudiera comunicar esa información a la otra parte. Esa sugerencia en última instancia no se aceptó, pese a que se reconoció que esa práctica se aplicaba ampliamente con buenos resultados en varios países y que, en ciertos países, estaba consagrada en el reglamento de mediación. Sin embargo, a efectos de tener en cuenta lo que podría considerarse una expectativa natural y legítima de las partes de que la información que comuniquen a los conciliadores sea de carácter confidencial, se

recomienda que los conciliadores indiquen a las partes que la información que les comuniquen puede ser revelada a menos que las partes acuerden lo contrario.

Obviamente, el término «información» se ha de interpretar en sentido amplio en el contexto de la norma establecida en el artículo 8 con miras a abarcar toda la información pertinente comunicada por las partes al conciliador. Por «información» se entiende en este artículo no sólo las comunicaciones que se hayan sostenido durante la conciliación, sino también las que hayan tenido lugar antes de que la conciliación se iniciara. La expresión «contenido de esa información» está en consonancia con el artículo 10 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI. Además, se utilizó esa expresión en lugar de «esa información» para reflejar el hecho de que los conciliadores no siempre comunican el contenido literal de la información que reciben de las partes.

11. La confidencialidad

El artículo 9 LM dispone que 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 del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Evidentemente, la confidencialidad debe ser una cuestión que debe de resolverse en los Reglamentos de funcionamiento de las entidades de conciliación y en los escritos en los que se acepte la sumisión de una cuestión a conciliación y donde las partes como el conciliador o conciliadores deben de firmar su compromiso de confidencialidad. Además, si hubiese una ley la cuestión debería resolverse de forma idéntica o similar a como ha hecho la Directiva 2008/52/CE en materia de confidencialidad en la mediación.

Artículo 7. Confidencialidad de la mediación

1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

- a. Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o
- b. cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.

Volviendo al tema de la confidencialidad en la conciliación, consonancia con el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, se apoyó la inclusión en el texto de una regla general sobre la confidencialidad aplicable a todos los participantes en el procedimiento conciliatorio. El artículo 9. La importancia de una disposición sobre la confidencialidad radica en que las partes estarán más predispuestas a aceptar un procedimiento de conciliación si pueden tener la certeza, respaldada por una

obligación legal, de que la información relativa a la conciliación será de carácter confidencial. Se ha dado un sentido amplio a la disposición empleando las palabras «toda información relativa al procedimiento conciliatorio» a fin de abarcar no sólo la información revelada durante el procedimiento, sino también el contenido y el resultado de éste y los hechos relacionados con la conciliación que hayan ocurrido antes de ponerse de acuerdo en recurrir a ésta, como las conversaciones sostenidas sobre la procedencia de recurrir a la conciliación, los términos del acuerdo, la selección de los conciliadores, la invitación a recurrir a la conciliación y la aceptación o el rechazo de la invitación. Se utilizaron las palabras «toda información relativa al procedimiento conciliatorio» porque reflejaban una fórmula ya puesta a prueba en el artículo 14 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

La confidencialidad está expresamente supeditada a la autonomía de las partes para atender a las preocupaciones expresadas en cuanto a la posible improcedencia de imponer una regla no sujeta a la autonomía de las partes que resulte muy difícil de ejecutar. Con ello se refuerza uno de los principales objetivos de la Ley Modelo, que es respetar la autonomía de la voluntad y también ofrecerles una regla clara para darles orientación cuando no hayan convenido lo contrario.

Pero la confidencialidad de la conciliación está sujeta también a excepciones expresas, a saber, cuando la revelación esté prescrita por ley, como en el caso de las pruebas en un proceso penal, o cuando sea necesaria para aplicar o ejecutar un acuerdo de transacción. Si bien en un principio el Grupo de Trabajo que preparó la Ley Modelo se planteó la posibilidad de enunciar una lista de excepciones, predominó con mucho el parecer de que la enumeración de excepciones en el texto de la Ley Modelo podía plantear difíciles problemas de interpretación, concretamente sobre si la lista había de considerarse exhaustiva. El Grupo de Trabajo consideró que sería más pertinente incluir en la presente Guía una lista ilustrativa y no exhaustiva de posibles excepciones a la regla general de confidencialidad. Como ejemplo de excepción prescrita por ley cabe citar la obligación legal del conciliador o de las partes de revelar información si existe un riesgo justificado de que una persona pueda fallecer o sufrir daños físicos sustanciales si no se revela la información, o cuando la información sea de interés público, por ejemplo, cuando exista un riesgo para la salud o la seguridad de las personas o para el medio ambiente.

La intención de los redactores fue que, cuando un tribunal estudie una alegación de que una persona no ha cumplido lo dispuesto en el artículo 9, tenga que tomar en consideración las pruebas sobre la conducta de las partes que demuestren que éstas conocían o desconocían la existencia de un procedimiento conciliatorio, con la consiguiente expectativa de confidencialidad. Por ello los Estados promulgantes debe aclarar y regular el sentido del artículo 9 para reflejar esa en su conciliación interna.

12. Admisibilidad de pruebas en el procedimiento de conciliación

Otra de las peculiaridades de la conciliación y consustancial a su naturaleza de resolver la controversia a través de la opinión de un especialista, que debe alcanzar un importante elemento de convicción respecto de su decisión es la práctica de pruebas cuando sea necesario.

En ese sentido, el artículo 10 de la Ley Modelo dispone que 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 de 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.

Pero el propio artículo 10, punto 3, señala que 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 información podrá revelarse o admitirse como prueba en la medida en que lo prescriba la ley o en que sea necesario a efectos del cumplimiento o ejecución de un acuerdo de transacción.

Y, por supuesto, 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.

Paralelamente, la Ley modelo establece una prohibición general sobre el uso de información obtenida en el curso del procedimiento conciliatorio para otros procedimientos. Así, en el curso de un procedimiento de conciliación las partes suelen formular sugerencias y expresar sus opiniones respecto de posibles propuestas de arreglo, reconocer ciertos hechos, o indicar su deseo de llegar a un arreglo. Si, pese a tales esfuerzos, la conciliación no da lugar a un arreglo y alguna de las partes entabla un procedimiento judicial o arbitral, es posible que esas opiniones, sugerencias, indicaciones o reconocimientos sean utilizados en detrimento de la parte que los expresó. La posibilidad de que esa información trascienda puede disuadir a las partes de esforzarse por llegar a una transacción durante el procedimiento, lo que socavaría la utilidad de la vía conciliatoria. Así pues, la finalidad del artículo 10 es promover un intercambio fluido y sincero de información entre las partes y el conciliador prohibiendo utilizar en procedimientos posteriores la información enumerada en el párrafo 1.

Se utilizan las palabras «y los terceros» para aclarar que toda otra persona que no sea la parte en cuestión (por ejemplo, un testigo o un perito) y que haya participado en el proceso de conciliación quedará igualmente obligada por la regla del párrafo 132. La expresión «de índole similar» se incluyó con objeto de abarcar no sólo

procedimientos administrativos, sino también otros procedimientos, como la exhibición de pruebas (discovery) y las deposiciones, en los países en que esos métodos se emplean para obtener pruebas y no se consideran «procedimientos judiciales».

Esta disposición resulta particularmente necesaria en el caso de que las partes no hayan convenido en someterse a lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, en virtud del cual «las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento

arbitral o judicial [...]:

- a. Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible solución a la controversia;
- b. Hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio;
- c. Propuestas formuladas por el conciliador;
- d. El hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador».

Ahora bien, aun cuando las partes hayan convenido en una regla de esa índole, la disposición legal propuesta como modelo puede ser útil, ya que, al menos en algunos ordenamientos, no es seguro que el tribunal reconozca plenamente la validez de los acuerdos relativos a la admisibilidad de ciertas pruebas en procedimientos judiciales.

En el artículo 10 se han previsto dos consecuencias con respecto a la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos: la obligación de las partes de no invocar los tipos de pruebas mencionados en ese artículo y la obligación de los tribunales de considerar esas pruebas inadmisibles. Se trata de evitar que cierta clase de información sea utilizada en procedimientos judiciales o arbitrales posteriores, independientemente de que las partes hayan convenido en regirse por una disposición como la enunciada en el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

Si las partes no han convenido lo contrario, la Ley Modelo dispone que éstas no podrán invocar en procedimientos arbitrales ni judiciales subsiguientes las clases de pruebas especificadas en las disposiciones modelo. Así pues, esas pruebas no serían admisibles y el tribunal arbitral o judicial no podría ordenar que se revelaran.

En el párrafo 2 se dispone que la prohibición que figura en el artículo 10 es aplicable, en general, a toda la información o clases de pruebas enumeradas en el párrafo 1, independientemente de que se presenten por escrito, en forma verbal, o por medio de un mensaje electrónico. Los documentos preparados únicamente para presentar en el procedimiento de conciliación pueden comprender no sólo declaraciones de las partes, sino también, por ejemplo, testimonios y dictámenes periciales.

13. Revelación de información permitida o exigida por la ley

Al preparar la Ley Modelo se reconoció que en ciertos ordenamientos el término «ley» abarcaba no sólo los textos de las leyes, sino también las decisiones judiciales. Al concluir el texto de la Ley Modelo, la Comisión decidió que el término «ley» se interpretara en sentido estricto, es decir, como legislación, sin abarcar los

mandamientos de los tribunales arbitrales o judiciales en el sentido de que una parte en una conciliación, a solicitud de otra, revele la información mencionada en el párrafo 1. Así pues, si una parte solicita que se revelen pruebas en apoyo de su posición en un litigio o en actuaciones análogas (sin que existan intereses superiores de orden público como los mencionados más adelante), el tribunal no podría dictar un mandamiento de exhibición. No obstante, los mandamientos del tribunal (por ejemplo, mandamientos de exhibición combinados con amenaza de sanciones, incluso sanciones penales, dirigidos a una parte o a otra persona que pueda aportar las pruebas mencionadas en el párrafo 1) se basan normalmente en la legislación, y ciertos tipos de mandamientos (en particular los basados en el derecho procesal penal o en leyes que protejan la seguridad pública o la integridad profesional), pero son una excepción que solo puede aplicarse por tener una cobertura legal específica.

De otra parte, puede haber situaciones en que las pruebas de ciertos hechos sean inadmisibles en virtud del artículo 10, pero puedan llegar a admitirse si existen razones imperativas de orden público, por ejemplo, cuando sea necesario revelar las amenazas físicas o materiales de que haya sido objeto un participante; cuando un participante trate de utilizar la conciliación para planear o cometer un delito; cuando se requieran pruebas para demostrar o rebatir alegaciones de mala conducta profesional basadas en la conducta de una parte durante la conciliación; cuando se requieran pruebas en un procedimiento en que se acuse a una parte de fraude o coacción respecto de la validez y ejecutoriedad de un acuerdo concertado entre las partes, o cuando de las declaraciones efectuadas durante un procedimiento de conciliación se desprenda la existencia de una notable amenaza para la salud o la seguridad pública.

Al procurar que determinada información no se haga valer en procedimientos posteriores, debe tenerse presente que, en la práctica, durante el procedimiento conciliatorio las partes suelen presentar información o pruebas que han existido o se han creado con otros fines y, por el hecho de presentarlas en el procedimiento de conciliación, la parte no las ha invalidado ni las ha hecho inadmisibles en otros procedimientos. A fin de disipar cualquier duda, en el párrafo 5 del artículo 10 puntualiza que ninguna información admisible como prueba en procedimientos judiciales o arbitrales subsiguientes dejará de serlo por el mero hecho de haber sido presentada en un procedimiento de conciliación anterior (por ejemplo, en una controversia sobre el transporte marítimo de mercancías, el conocimiento de embarque sería admisible para demostrar la identidad del cargador, aunque hubiera sido utilizado anteriormente en un procedimiento de conciliación). Sólo son inadmisibles ciertas declaraciones (opiniones, propuestas, etc.) hechas en procedimientos de conciliación, las enumeradas en el párrafo 1, no las pruebas que respalden esas declaraciones.

En muchos ordenamientos jurídicos no se puede obligar a las partes a presentar ante el tribunal documentos que estén amparados por algún «privilegio o secreto», por ejemplo, un escrito intercambiado entre un abogado y su cliente. No obstante, en algunos ordenamientos es posible que se pierda ese privilegio si la parte ha invocado en algún procedimiento el documento protegido. En el curso de una conciliación se pueden presentar documentos protegidos con miras a facilitar el arreglo de la controversia. Para no desarraigar esa práctica, el Estado promulgante podría prever

alguna disposición por la que se estableciera que la presentación de un documento privilegiado o protegido en el curso de una conciliación no constituye renuncia a ese privilegio para un proceso judicial posterior.

14. Terminación del procedimiento de conciliación

El artículo 11 de la Ley Modelo dispone que 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 hay razones para seguir intentando 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.

En este artículo se enumeran diversos supuestos en los que el proceso de conciliación se puede dar por terminado por su carácter voluntario y por el hecho de que las partes y el conciliador tienen un cierto control sobre el procedimiento. En el apartado a) se utiliza la palabra «concertar», en vez de «firmar», a fin de dejar más claramente abierta la posibilidad de que se concierte un arreglo de una forma que no sea por escrito sino verbalmente, al margen de que se puedan utilizar medios electrónicos.

Junto a la posibilidad de acuerdo, se prevé también que el conciliador o el grupo de conciliadores pongan fin al procedimiento, lo que pueden hacer en cualquier momento, previa consulta con las partes (Se convino en que el apartado b) también abarcara los casos de abandono del procedimiento, una vez comenzado éste, cuando el abandono estuviera implícito en la conducta de las partes, por ejemplo, en una opinión negativa de una de las partes sobre las perspectivas de conciliación, o en el hecho de que una de las partes se negara a consultar o reunirse con el conciliador cuando se la invitaba a hacerlo. La expresión «previa consulta con las partes» debe interpretarse en el sentido de que abarca los casos en que el conciliador se ha comunicado con las partes para intentar consultarlas y no ha recibido respuesta.

En virtud del apartado c) ambas partes pueden dar por concluido el procedimiento y, conforme al apartado d), una parte puede notificar a la otra y al conciliador o al grupo de conciliadores que da por terminado el procedimiento.

Como ya se señaló en el contexto del artículo 4, las partes pueden estar obligadas a iniciar un procedimiento de conciliación y a participar en él de buena fe. Esa obligación puede derivarse, por ejemplo, de un acuerdo concertado por las partes antes o después de que surgiera la controversia, de una disposición legal o de una directriz o un requerimiento o invitación judicial. El origen de esa obligación varía de un país a otro y no se aborda en la Ley Modelo. Tampoco se abordan en ésta las consecuencias del incumplimiento de la obligación por una parte.

Si bien en el artículo 11 no se exige que el procedimiento se dé por terminado por escrito, los Estados promulgantes o las instituciones de conciliación podrían

considerar la posibilidad de exigirlo, ya que puede ser necesario determinar exactamente cuándo termina la conciliación para que el tribunal pueda determinar debidamente el momento en que vuelve a empezar a correr el plazo de prescripción y por evidente seguridad jurídica.

Pero lo lógico, por la propia naturaleza de la conciliación, con la intervención de experto, es que, si se completa todo el procedimiento, y ni las partes ni el conciliador han visto causa para ponerle fin, que sea el experto el que formule una propuesta de solución, que tiene que ser no vinculante para las partes, tal y como se indica en artículo 1 *in fine*. Lo recomendable por tanto, salvo que las partes lo hayan excluido, es que la conciliación termine con un acta final, que documente la terminación, pero que, en todo caso, incluya una «propuesta de solución al conflicto formulada por el conciliador».

Evidentemente, la propuesta del conciliador, a diferencia del laudo arbitral, no puede imponerse a las partes y no tiene carácter ejecutivo, pero puede dar lugar a un proceso de mediación, para que las partes traten de cumplir lo propuesto por el conciliador, o a un proceso arbitral, cuando las partes deseen que la propuesta del conciliador contenida en el acta final tenga carácter ejecutivo.

En definitiva, y esta es mi opinión personal, como los procesos de conciliación, frente a los de mediación, permiten que el conciliador proponga una solución a las partes, siempre que dicha solución no se imponga a las partes (salvo que las partes acuerden lo contrario), la conciliación puede ser muy útil para conflictos de naturaleza técnica, donde el experto, después de oír a las partes y practicados los medios de prueba, debe ser capaz, en un acta de final, de dar una propuesta de solución, no vinculante a las partes, pero que las partes pueden hacer ejecutiva, si lo desean, con un proceso arbitral que termine en un laudo.

15. El conciliador no puede ser árbitro

En línea con lo anterior, dispone el artículo 12 que, 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.

En ese sentido también será habitual que las entidades que prestan servicios de mediación, arbitraje y conciliación establezcan incompatibilidades para que un mismo especialista pueda ejercer de mediador y luego de árbitro en el mismo caso o de mediador y luego de conciliador, o de conciliador y luego de árbitro.

Si bien en algunos ordenamientos jurídicos se permite que los conciliadores actúen como árbitros si las partes así lo deciden de común acuerdo, y en otros ordenamientos eso se rige por normas como los códigos de conducta, la Ley Modelo es neutral al respecto y contiene una regla supletoria que queda librada a la autonomía de las partes. En todo caso, el avenimiento de las partes y el conciliador prevalecerá sobre toda limitación que exista al respecto, incluso cuando la materia esté regulada por normas como las que figuran en los códigos de conducta.

El artículo 12 refuerza el efecto del artículo 10 al limitar la posibilidad de que el conciliador actúe como árbitro de una controversia que haya sido o sea objeto del

procedimiento conciliatorio, o de otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o de cualquier contrato conexo. La finalidad del artículo 12 es fomentar la confianza en la conciliación como método de solución de controversias. Es posible que una parte no esté dispuesta a procurar por todos los medios una solución en un procedimiento conciliatorio si existe la posibilidad de que, al fracasar la conciliación, el conciliador sea designado árbitro por la otra parte en un procedimiento de arbitraje posterior.

En algunos casos las partes pueden considerar provechoso que el árbitro posea algún conocimiento del caso, particularmente si estiman que eso le permitirá desempeñar su cometido con más eficiencia. En esos casos, las partes tal vez prefieran que sea el conciliador, y no otra persona, el árbitro de un procedimiento arbitral posterior. Esta disposición no obstaculiza ese nombramiento, siempre y cuando las partes convengan en hacer excepción a la regla, por ejemplo, designando de común acuerdo al conciliador para que asuma la función de árbitro (Las consideraciones por las que se rige un conciliador que haga las veces de árbitro son también pertinentes en los casos en que un conciliador actúe como juez. Ese supuesto no se aborda en la Ley Modelo porque es un caso más raro y el hecho de regularlo podría entrañar una injerencia en el régimen de la administración de justicia.

Por otra parte, los Estados promulgantes pueden considerar la posibilidad de que se necesite una norma especial en el contexto de las normas nacionales que rigen la administración de justicia.

Además, el supuesto del artículo 12 de la Ley Modelo de Conciliación no sólo es aplicable a toda «controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento conciliatorio», sino también a «otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos». En virtud de la primera condición, la disposición es aplicable a los procedimientos conciliatorios pasados y presentes. En virtud del segundo requisito, el artículo es aplicable a controversias derivadas de contratos distintos pero que, en cuanto al factor comercial y a los hechos, guarden una estrecha relación con el objeto de la controversia. Si bien la formulación es muy amplia, para determinar si una controversia plantea cuestiones relacionadas con el contrato o la relación jurídica principal sería preciso examinar las circunstancias de cada caso.

En un proyecto anterior de la Ley Modelo también se limitaba la posibilidad de que un conciliador actuara como representante o asesor letrado de una parte, a menos que las partes, de común acuerdo, decidieran lo contrario. Se señaló, sin embargo, que en algunos Estados, aun cuando las partes se pusieran de acuerdo en que el conciliador actuara como representante o asesor letrado de cualquiera de ellas, eso podía contravenir las normas éticas por las que se debía regir un conciliador y podía considerarse en el sentido de que socavaba la integridad de la conciliación como método de arreglo de controversias. Se rechazó la propuesta de enmendar la disposición para no dejar la cuestión al arbitrio de las partes, por considerarse que con eso se menoscababa el principio de la autonomía de las partes y no se reconocía que, en los ordenamientos jurídicos en que las normas deontológicas impedían a un conciliador actuar como representante o asesor letrado, éste siempre tenía el derecho de negarse a ejercer esas funciones.

En consecuencia, se convino en que la disposición no regulara la cuestión de si el conciliador podía actuar como representante o asesor letrado de una de las partes ya que deontológicamente sería incompatible con la naturaleza del proceso de conciliación.

16. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales

El artículo 13 de la Ley Modelo de Conciliación dispone que 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.

Durante la preparación de la Ley Modelo se observó que el hecho de que las partes entablaran procedimientos arbitrales o judiciales en el curso del proceso de conciliación muy probablemente redundaría en detrimento de la posibilidad de llegar a un arreglo. No obstante, no hubo consenso en cuanto a formular una regla general por la que se prohibiera que las partes entablaran esos procedimientos, o en que ese derecho se limitara a la adopción de las medidas necesarias para impedir la expiración de un plazo de prescripción. Se consideró que si se limitaba el derecho de las partes a entablar procedimientos arbitrales o judiciales, en determinadas situaciones las partes estarían menos dispuestas a ponerse de acuerdo en recurrir a la vía de la conciliación. Además, el hecho de impedir el acceso a los tribunales podía plantear problemas de derecho constitucional, puesto que en algunos ordenamientos jurídicos el acceso a los tribunales se consideraba un derecho inalienable.

En el artículo 13 de la Ley Modelo sólo se aborda la hipótesis de que las partes hubiesen acordado específicamente renunciar a su derecho de entablar procedimientos arbitrales o judiciales en el curso de la conciliación. La consecuencia de esa disposición es que el tribunal judicial o arbitral estará obligado a impedir que se entable un litigio o un arbitraje si eso fuese contrario a lo acordado por las partes «salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan».

Por ello, incluso en el caso de que las partes hayan acordado renunciar a su derecho de entablar procedimientos arbitrales o judiciales en el curso de la conciliación, el artículo 13 establece la posibilidad de que una parte desatienda ese acuerdo cuando, en su opinión, eso es necesario para salvaguardar sus derechos. La disposición está basada en el supuesto de que las partes se limitarán de buena fe a entablar procedimientos arbitrales o judiciales cuando esos procedimientos sean verdaderamente necesarios para salvaguardar sus derechos. Entre las razones que pueden justificar esos procedimientos cabe mencionar la necesidad de solicitar medidas cautelares o de evitar que expire un plazo de prescripción o caducidad.

Una parte también podría entablar un procedimiento judicial o arbitral cuando una de las partes se mantuviera pasiva y de esa forma obstaculizara la ejecución del acuerdo de conciliación. Sin embargo, en ese caso, una parte podría invocar el artículo

11 para entablar un procedimiento judicial o arbitral una vez concluido el procedimiento de conciliación.

En el artículo 13 se deja claro que el derecho de las partes a recurrir a procedimientos arbitrales o judiciales constituye una excepción al deber de los tribunales arbitrales o judiciales de suspender todo procedimiento en el caso de que las partes renuncien al derecho de entablar esos procedimientos.

17. Ejecutoriedad del acuerdo de transacción

Por último, el artículo 14 de la Ley Modelo de Conciliación establece que si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución.

Pero si la legislación aplicable no prevé nada respecto del carácter ejecutivo del acuerdo conciliatorio, dicho carácter ejecutivo se podrá alcanzar a través de un procedimiento arbitral abreviado, que tenga como objetivo documentar el acuerdo en un lado arbitral, el cual tiene reconocida fuerza ejecutivo.

En ese sentido, ya se han apuntado las posibilidades de elevar a escritura pública el acuerdo de conciliación o de realizar un procedimiento arbitral abreviado, iniciado conjuntamente por todas las partes, cuando hay acuerdo en que el acuerdo sea vinculante.

18. Conciliación por medios electrónicos

Por último, conviene señalar que nada impide que la conciliación en todo o en parte, dependiendo de la naturaleza y tipo de controversia, se realice por medios electrónicos o telemáticos, cumpliendo con todas las garantías derivadas de la normativa de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Por tanto, se podrían realizar telemáticamente trámites como:

- solicitud de conciliación
- aceptación de someter la controversia a conciliación
- envío de las posiciones objeto de controversia (demanda, contestación o reconvencción)
- remisión de pruebas
- Propuesta de solución (escrito) del conciliador (inicialmente no vinculante)
- Acuerdo privado de conciliación
- Documentar el acuerdo como Laudo, tras procedimiento arbitral sumario, informados del carácter ejecutivo del mismo.
- Solicitud y recepción de escritura pública del acuerdo de conciliación.

V Conclusión

Con el desarrollo actual de la mediación y del arbitraje, y aprovechado la flexibilidad de la ley Modelo de conciliación, es necesario redefinir y reformular la conciliación como una institución propia de resolución amistosa de controversias, en la que el conciliador, después de un procedimiento que conviene iniciar con una acta escrita en el que se somete la cuestión a conciliación, indicando las partes, el objeto de controversia, las características del procedimiento, el coste de la conciliación... dirige un procedimiento en el que, después de oídas las partes y de la práctica de pruebas

que el conciliador estime conveniente termine en todo caso, y siempre que las partes no lo hayan excluido, con un acta final escrita en el que se documente la opinión no vinculante del conciliador, carente de *potestas*, pero revestida de *auctoritas*, para que las partes, si lo desean, la conviertan en ejecutiva a través de un proceso arbitral.

Es verdad que puede parecer una desventaja inicial que el proceso de conciliación culmine con una opinión del conciliador, como experto, que no sea vinculante para las partes, pero también es verdad que ello puede mitigar las dudas de aquellos que no quieren ir a arbitraje por el temor a tener un laudo desfavorable, y prefieren conocer la propuesta de solución del conciliador, para ver si luego la convierten en vinculante con un laudo arbitral, o bien inician un proceso de mediación o de transacción para dar cumplimiento a lo propuesto por el conciliador en el acta final.

Incluso pueden en cualquier momento, tanto inicial como durante el desarrollo de la conciliación, dar carácter vinculante a la propuesta del conciliador, en cuyo caso la propuesta del conciliador será vinculante para las partes.

Además, este modelo es el que se ha propuesto por el Consejo Valenciano de Cooperativismo, que por Ley estaba obligado a tener un centro u organismo de mediación, de arbitraje y de conciliación, y que frente al nuevo modelo de mediación derivado de la Directiva comunitaria 2008/52/CE y de la Ley española de mediación de 2012, ha optado por redefinir un modelo de conciliación, dentro de la Ley Modelo CNUDMI, que permite concluir con un acta final en la que en todo caso se contendrá, salvo que se haya alcanzado acuerdo por las partes, una propuesta de solución no vinculante para las partes, que, en caso de común acuerdo por ambas partes, podrán convertir en laudo arbitral a través de un procedimiento arbitral abreviado.

Y lo mismo ocurre con el servicio de mediación y conciliación de la Universidad de Valencia, que se puede consultar en: <https://www.uv.es/uvweb/universidad/es/universitat/delegacion-proteccion-datos-/servicio-mediacion-conciliacion-1286118239064.html> y que establece ese modelo basado en la total imparcialidad de la mediación a la hora de realizar propuestas, a diferencia de la conciliación, en la que el conciliador realiza una propuesta final de solución.

Concluyo señalando que lo deseable en España sería o bien desarrollar una ley especial de conciliación privada, o bien que se regulase en la propia Ley de mediación un modelo conciliatorio en el que el mediador, como conciliador, pudiera realizar una propuesta de solución no vinculante para las partes, pero que concluyese con una propuesta escrita del mediador-conciliador.