

Revista de la Comisión de Arbitraje

Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC

ICC@100 years



Revista de la Comisión de Arbitraje

Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC

Ciudad de Panamá
República de Panamá
2019

Junta Directiva de ICC Panamá

Presidente Esteban López M.
Vicepresidente José Javier Rivera
Secretario César Tribaldos
Subsecretario Cecilia Arosemena
Tesorero Edgardo Carles
Subtesorero Yhordis Velarde
Vocal 1 Aura Ferrer
Vocal 2 Araldía Araya de Rodríguez
Vocal 3 Idelcarmen Pérez de Palma
Vocal 4 Agenor Correa
Vocal 5 Alexis Herrera Jr.
Vocal 6 Miriam G. Figueroa B.

Directiva de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC Panamá

Presidenta Miriam G. Figueroa B.
Vicepresidenta Idelcarmen Pérez de Palma
Secretaria María del Pilar Vásquez

Comité Editorial de la Revista

Miriam G. Figueroa B.
María del Pilar Vásquez
Esteban López M.
Juan Pablo Fábrega

Coordinación de la Revista

Miriam G. Figueroa B.

Grupo de Trabajo de la Revista

Miriam G. Figueroa B.
María del Pilar Vásquez
Juan Pablo Fábrega
María Fábrega
Romano Feoli
Sofía Cohen

Derechos Reservados © 2019 ICC Panamá.

ICC Panamá tiene autorización para publicar el material contenido en la presente revista y tiene reservados todos los derechos de esta.

ICC Panamá ha realizado todo esfuerzo razonable para asegurar la calidad del contenido de esta revista.

El contenido intelectual, de investigación y originalidad de los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores.

ISSN-L 2644-4216

Colaboradores:
Karla Turner
Melissa Castro

Impreso en Editora Sibauste, S. A.
Tel.: [507] 229-4577
esibauste@cwpanama.net

Contenido

Prólogo	11
Editorial	15
Los inicios de ICC en Panamá	17
Aportes de ICC Panamá	19
Aportes de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC Panamá	23
Reglas Incoterms® 2020 Álvarez, Lilia Marcela Panamá	27
Contribuciones de la práctica internacional del arbitraje al desarrollo del proceso arbitral panameño Arrue Montenegro, Carlos A. Panamá	40
Las Reglas de Praga. Un análisis crítico Bravo Taberné, Antonio España	60
Cien años sin soledad, las relaciones entre la CCI, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL Cainzos, José Antonio España	72
ICC Guatemala y el fomento de la certeza del comercio internacional. La formalización de los contratos y acuerdos previos de la compraventa internacional de bienes y servicios como aspectos esenciales Díaz Cuevas, Mariano Guatemala	105

Convención de Singapur: no sólo el clima está cambiando

Macarena Letelier Velasco / Claudio Osses Garrido

Directora Ejecutiva CAM Santiago – Chile
Secretaria Comisión Arbitraje ICC Chile

Departamento de Estudios CAM Santiago
Ayudante del Centro de Derecho Ambiental de la U. de Chile

1. Introducción

Durante los últimos años hemos sido testigos de cambios que han impactado el día a día de las personas, sin duda uno de los más notables es el cambio climático¹. Lluvias en épocas inesperadas, temperaturas elevadas en estaciones frías, o bien nevazones a las que no estábamos acostumbrados que cubren de blanco Santiago².

Hoy nos queremos detener en otro cambio, uno que se ha producido de manera paulatina, y gracias, entre otros, a la visión que tuvo hace 100 años la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³: *el desarrollo y uso por parte de las personas de los*

1. El cambio climático antrópico “[s]e refiere al efecto cuantificable de la intervención humana en el sistema climático. Según el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) es una ‘importante variación estadística en el estado medio del clima o en su variabilidad, que persiste durante un período prolongado’”. ROJAS, Maisa. Introducción: Contexto biofísico y humano del cambio climático en Chile: Escenarios climáticos y la vulnerabilidad de Chile. En: MORAGA, Pilar (Editora). La protección del medio ambiente: reflexiones para una reforma constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2019, p. 58.
2. Chile cuenta con siete de las nueve características que determinan la vulnerabilidad de un país ante el cambio climático según los criterios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. *Ibid.*, p. 63-63.
3. “La resolución amistosa de disputas comerciales internacionales ha sido importante para la CCI desde su inicio. Si miramos hacia atrás al comienzo de los años 20, cuando el esquema de resolución de controversias comerciales internacionales se discutió por primera vez por la CCI, encontramos que la conciliación, lejos de ser eclipsada por el arbitraje, era concebida como su igual y en la práctica era la más destacada de los dos servicios (...) En aquellos días fue producto de su tiempo, arraigada en la voluntad de alcanzar un entendimiento internacional a través de la amistad”. HAMILTON, Steuart. *ICC Conciliation: A Glimpse into History*. En: ICC. *Special Supplement 2001: ADR: International Applications*. 2001. Disponible en library.iccwbo.org/Content/dr/ARTICLES/ART_0169.htm. Traducción libre.

mecanismos alternativos o, mejor llamados, “adecuados” de resolución de conflictos, que tienen como base el diálogo entre las partes antes que la confrontación, entre ellos el arbitraje⁴ y la mediación⁵.

La experiencia ha demostrado que quienes se ven involucrados en un conflicto pueden incluso lograr acuerdos donde ambas partes queden conformes sin verse expuestos a un ganar o perder⁶, favoreciendo, en este último caso, el clima de conflictividad que se acumula en una sociedad y amenazando la paz social⁷.

Para el desarrollo y masificación del uso de estos mecanismos adecuados se requieren una serie de factores, como la adaptación de políticas públicas⁸, y la conformación de un círculo virtuoso en el que sean parte los expertos, académicos, árbitros, mediadores y profesionales, con agendas transparentes, conocimientos y reconocimiento.

4. Como nos enseña Jan Paulsson, la aceptación del arbitraje es una característica distintiva de las sociedades libres y el ideal del arbitraje es la libertad reconciliada con el Derecho: “La idea del arbitraje es aquella de la resolución vinculante de controversias, aceptada con serenidad por aquellos que deben soportar sus consecuencias, por la especial confianza que tienen en los tomadores de decisiones elegidos (...) En francés, el sustantivo *arbitre* significa no solo ‘árbitro’ de la raíz latina *arbitr*, sino que también ‘libre albedrío’ de la raíz latina *arbitrium*”. PAULSSON, Jan. *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press. Reino Unido, 2013, p.1. Traducción libre. Una de las ventajas del arbitraje internacional “es su facilitación de la autonomía de las partes y la flexibilidad procesal (...) una de las razones principales para otorgar autonomía procesal a las partes es permitirles prescindir de las formalidades técnicas de los procedimientos ante cortes nacionales y en su lugar adaptar los procedimientos a sus disputas particulares (...) las partes generalmente son libres de acordar el calendario del proceso arbitral, la existencia y el alcance de las revelaciones, las formas de presentar la evidencia fáctica y de expertos, la duración de la(s) audiencia(s) y otras materias”. BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice* (2^o ed.). Kluwer Law International. Países Bajos, 2016, p. 11 y 12. Traducción libre.
5. Siguiendo el artículo 2.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Convención de Singapur sobre la Mediación): “Se entenderá por “mediación”, cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”.
6. “Dado que el propósito principal de la mediación es encontrar una solución comercial a la disputa (...) y no ‘ganar’, la mediación pone a los abogados litigantes en una posición difícil; tienen que abandonar sus instintos de ‘gladiador’ y adoptar el rol de asesores comerciales”. GUTTMAN, Marla; MICHAELSON, Peter L., et al. *Overcoming Challenges in United States Patent Infringement Disputes with the Effective Use of Mediation*. En: Comitê Brasileiro de Arbitragem CBA & IOB. *Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual*. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBA & IOB. 2014, p. 71. Traducción libre. Sin embargo, antes de formar a los abogados, es necesario formar a los estudiantes de Derecho: “[f]rente a una formación académica centrada en la cultura del litigio (...), es inevitable que los abogados tengan dificultades para aceptar o buscar métodos diferentes para resolver disputas. Los marcos curriculares y las enseñanzas centradas principalmente en el método tradicional de jurisdicción estatal transforman a los estudiantes de Derecho, futuros practicantes de la profesión, en notables litigantes. Esto colabora para que el propio conflicto sea visto por esta clase como una competencia en que necesariamente uno de los lados debe perder para que el otro pueda ganar”. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *A necessidade de preparação do advogado para o avanço da mediação no Brasil*. En: Revista Brasileira de Arbitragem, 2019, p. 41.
7. “El arbitraje internacional tiene una larga historia (...) se desarrolló como una respuesta natural a las necesidades del comercio de una resolución de controversias justa y rápida. En la historia de las naciones también hay muchos ejemplos en donde el arbitraje internacional –dada su autonomía y carácter informal– fue el único medio de solución pacífica de controversias, tanto en el comercio como en la política”. MAGNUSSON, Annette & PETRIK, Natalia. *East Meets West in Stockholm*. En: MARKALOVA, N. G. & MURANOV, A. I. (Edit.): *Арбитраж И Регулирование Международного Коммерческого Оборота: Российские, Иностранные И Трансграничные Подходы*. Liber Amicorum в честь 70-летия А.С. Комарова. Наука права. Moscú, 2019, p. 339-340. Traducción libre.
8. “La adopción de una política pública permanente de incentivo a los métodos consensuales fue el primer gran paso de Brasil rumbo a una mayor difusión de la mediación como instrumento de prevención y solución de litigios en el ámbito judicial”. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *Op. Cit.* p. 38. Traducción libre.

Luego es fundamental la formación y capacitación constante⁹ de estos profesionales. Hemos visto como las universidades y centros de formación han incrementado los últimos años cursos de pregrado y postgrado en estas materias, tanto a nivel clínico como práctico¹⁰.

El Poder Judicial de un país cumple un rol único al validar, reconocer y apoyar estos mecanismos¹¹, de lo contrario no tendría sentido un laudo y acuerdo sin posibilidad de cumplimiento forzado ante la justicia ordinaria.

Las Cámaras de Comercio con sus Centros o Cortes de Arbitraje proporcionan no sólo la infraestructura necesaria con los equipos humanos encargados de la administración de los casos, sino que son responsables de difundir¹² los beneficios de estos sistemas, entregar marcos claros en su uso mediante reglamentos, tarifarios conocidos y

9. "En el ámbito mercantil la mediación en España sigue siendo poco conocida y utilizada. (...) El arbitraje y los abogados mercantilistas pueden llegar a sentir recelo ante esa perspectiva que significará cambios indudables en su vida profesional. (...) No obstante esos cambios pueden ser para ellos finalmente beneficiosos, y favorecer una práctica jurídica más satisfactoria". ITURMENDI, Blanca, & RODRÍGUEZ, Fernando. *La mediación que viene ¿Riesgo para los abogados mercantilistas? ¿Y para arbitraje?* En: Revista del Club Español de Arbitraje, N° 26. 2016, p. 86. Como sostienen Rennó y De Castro (Op. Cit. p. 46, 56-57, traducción libre) "la mediación no avanza si el abogado no se incorpora a su papel. La consecuencia inmediata de eso es la insatisfacción de las partes, quienes, ante la experiencia frustrada, dejan de creer en la mediación como una herramienta adecuada y eficaz para resolver conflictos (...) En este sentido se vuelve imperiosa la preparación de los abogados para que adopten una postura colaborativa, que tiene como principales aspectos el conocimiento de su función en la mediación, el desarrollo de habilidades autocompositivas, la realización de un análisis estratégico del conflicto y el dominio de técnicas de negociación".
10. En cuanto a la enseñanza práctica del arbitraje en Chile, destaca la participación de diferentes universidades en *moots*. Como bien expresa Jörg Risse las facultades de Derecho enseñan cierto conocimiento del Derecho, pero lo que importan en la vida real son las habilidades. Dice el autor que un *moot court* (o simplemente *moot*) es un simulacro de juicio para estudiantes de Derecho que se caracteriza por tener un caso ficticio, un elemento práctico (a diferencia de las clases o seminarios, es un ejercicio práctico de roles y una preparación excelente para la vida profesional en que los estudiantes actúan como un equipo de abogados en un caso o arbitraje simulado y deben preparar escritos y argumentos orales para ambas partes de la disputa, usualmente en inglés), un elemento competitivo, un elemento educacional (subyaciendo en ellos la idea de conducir investigaciones jurídica meticolosas, y de aplicar el conocimiento teórico a un caso práctico) y un elemento social (en que los estudiantes no pueden participar de modo individual, sino que como parte de un equipo). RISSE, Jörg. *The Complete (but Unofficial) Guide to the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* (4° ed.). C.H.Beck-Hart-Nomos. Alemania, 2017, p. 2 y 13-14. Traducción libre.
11. En su famosa Sentencia C-893/01 del 22 de agosto de 2001 (disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-893-01.htm), la Corte Constitucional de la República de Colombia sostuvo que: "los mecanismos alternativos de solución de conflictos (...) no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan (...) En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización [sic] de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social". Sobre el arbitraje, la doctrina ha dicho que "[u]na buena base legal no es per se suficiente. El desarrollo del arbitraje depende de la difusión del instituto y del apoyo de las cortes locales que, finalmente, interpretan y determinan sus límites. Y, por último, la doctrina jurídica sirve como instrumento de apoyo y fomento". Braghetta, Andriana. *Polygamy of Treaties in Arbitration – A Latin American and MERCOSUL Perspective*. En: FERNÁNDEZ-BALLESTER, Miguel Angel & ARIAS LOZANO, David (Ed.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Wolters Kluwer España - La Ley. España, 2010. p. 253. Traducción libre.
12. "El principal obstáculo y a su vez el principal desafío de quienes hoy desempeñan algún rol en materia de resolución alternativa de disputas en Chile, es la falta de información por parte de la comunidad en general, incluso la legal, acerca de las diferentes alternativas disponibles". HELMLINGER, Karin & CRUZ, Javier. *Evolución de la Resolución Alternativa de Controversias Civiles y Comerciales en Chile*. En: VARGAS, Juan Enrique & GORJÓN, Francisco. *Arbitraje y Mediación en las Américas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - Universidad Autónoma

transparentes, control de conflictos de intereses y fomentar las relaciones entre centros de distintos países, con el fin de estandarizar normas mínimas, entendiendo, que la globalización económica también alcanza la manera en que las partes resolverán sus potenciales futuros conflictos.

Por las razones señaladas, los acuerdos alcanzados entre centros, desde intercambio de profesionales, seminarios en conjunto y paneles compartidos de expertos, son la base para que luego los países puedan adherir acuerdos internacionales en la materia que unifiquen criterios y establezcan el reconocimiento de esos mecanismos sin importar la sede jurisdiccional donde se tramitaron otorgando así fuerza al cumplimiento de los mismos en otros países.

Así fue como la Convención de Nueva York del año 1958 constituyó un hito en el desarrollo del arbitraje comercial internacional¹³ y hoy la Convención de Singapur viene a ser el espejo, ahora, en la mediación¹⁴. Los 100 años de la CCI reciben como reconocimiento a su labor esta Convención, señal clara de la validez que hoy se le da a la mediación en el mundo entero.

2. Convención de Singapur sobre la Mediación

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, fue aprobada el 20 de diciembre de 2018. La apertura a su firma se inició el jueves 7 de agosto de 2019 en Singapur y luego continuará en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Entre los 46 países signatarios¹⁵ está Chile, lo que sin duda es una excelente noticia y prepara el camino para la esperada Ley de Mediación en materia civil y

de Nuevo León, México, 2005. p. 125. "Datos recopilados a través de muestras estadísticas, realizados durante el año 2016, indican que los agentes del conflicto empresarial –empresarios, abogados y jueces- no cuentan con información suficiente sobre la mediación ni están conscientes de sus beneficios (...) Por contrapartida, Chile es el país latinoamericano con mayores índices de litigiosidad". JEQUIER, Eduardo. *La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de lege ferenda*. En: *Ius et Praxis*, vol.24, N° 3. 2018, p. 578.

13. "El auge del arbitraje internacional está estrechamente entrelazado con el éxito de la Convención de Nueva York. La Convención, con sus actuales 147 Estados Miembros [,] uno de los instrumentos internacionales más efectivos (si no el más efectivo) en el campo del Derecho Comercial, ha sido pionera, en la unificación del arbitraje internacional". WOLFF, Reinmar. *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary*. C.H.Beck-Hart-Nomos. Alemania, 2012, p. v. Traducción libre. El 19 de julio de 2019 se anunció oficialmente que Papúa Nueva Guinea se convirtió en el Estado Parte de la Convención de Nueva York N° 160. UNIS. *Papua New Guinea accedes to the UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention)*. 2019. Disponible en www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unis1276.html.
14. "La Convención de Singapur y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación son un reconocimiento de la importancia de la mediación internacional y podrían mejorar el estado de la mediación internacional y promover su uso". ROONEY, Kim. *Turning the rivalrous Relations between Arbitration and Mediation into Cooperative or Convergent Modes of a Dispute Settlement Mechanism for Commercial Disputes in East Asia*. En: *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 12, N° 1, 2019. p. 122. Traducción libre.
15. Los 46 países que firmaron la Convención de Singapur el 7 de agosto son: Afganistán, Bielorrusia, Benín, Brunéi Darussalam, Chile, China, Colombia, Congo, República Democrática del Congo, Suazilandia, Fiyi, Georgia,

comercial, tan necesaria para una sociedad que busca, por una parte, disminuir el ambiente de conflictividad y, por otra, aumentar la confianza en las personas y en las instituciones.

El ámbito de aplicación de la Convención de Singapur recae en todo acuerdo de transacción resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial y que, en el momento de celebrarse, sea internacional.

Como requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción, la Convención establece: i) que el acuerdo de transacción esté firmado por las partes (incluyendo referencia a las comunicaciones electrónicas), ii) pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, iii) traducción al idioma oficial de la Parte en que se solicitan medidas, iv) cualquier documento necesario para verificar que se han cumplido los requisitos de la Convención. Además, se indica que la autoridad debe actuar con celeridad al momento de examinar la solicitud.

Se contemplan, también, los motivos para denegar el otorgamiento de medidas, destacando entre ellos la incapacidad de las partes del acuerdo de transacción, si el acuerdo es nulo, ineficaz o no puede cumplirse, el incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación por parte del mediador (sin el cual la parte no habría concertado el acuerdo de transacción) y la falta de revelación por el mediador de circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de su imparcialidad o independencia (cuando el hecho de no haberlas revelado repercute de manera sustancial o ejerza una influencia indebida en una de las partes).

En un escenario internacional donde las relaciones comerciales internacionales no sólo se dan entre grandes empresas, sino que hoy también son parte emprendedores, PYMES e incluso personas naturales, se hace necesario desarrollar y acordar herramientas eficaces y eficientes para la solución de conflictos que eventualmente se produzcan por incumplimientos. Lo anterior evita dificultades a quienes requieran demandar en otro país, donde lo más probable es que se desconozcan las normas sustantivas y procesales y sea una carga extra difícil de soportar, logrando en definitiva que el conflicto permanezca y el resultado económico no sea el esperado.

Quienes suscribieron este acuerdo reconocen que en el ámbito nacional y en la resolución de los conflictos, hoy se asigna un valor especial a quienes generan confianza, lideran, utilizan el diálogo con escucha activa, y optan por soluciones que

lejos de confrontar a las partes, buscan que ambas arriben a un acuerdo¹⁶ satisfactorio. Estas características, muchas veces innatas, han dado forma a la preparación de profesionales expertos que conocen y aplican el llamado proceso de mediación.

Este mecanismo adecuado de resolución de conflictos se encuentra regulado hoy en Chile en materia laboral, de familia, penal, escolar, de salud pública, entre otras¹⁷. El tema es que más de la mitad de las causas que ingresan al Poder Judicial son de materias civiles y las personas buscan justicia –cuando lo hacen– mediante un procedimiento ordinario, el que por sus características puede no ser suficiente para asegurar un real acceso a la justicia a todos¹⁸. Por estas razones el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos trabajó durante todo el año pasado una propuesta pública que viene a hacerse cargo de ese vacío en materia civil y hoy es parte de la Reforma Procesal Civil que esperamos ingrese este año al Congreso¹⁹.

El mediador, tercero ajeno al conflicto, facilitador del diálogo²⁰ y entendimiento entre las partes, busca acercar las posiciones de los implicados, descubriendo los reales intereses de cada una. En un proceso de mediación se valora la presencia de

16. “[L]a mediación es radicalmente diferente del arbitraje y de la adjudicación por las Cortes [estatales] porque el propósito de la mediación es alcanzar un acuerdo y no terminar en una decisión impuesta (“laudo” o “sentencia”). ANDREWS, Neil. *Mediation: International Experience and Global Trends*. En: *Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, N° 2. 2017, p. 219. Traducción libre.
17. En materia ambiental, en nuestro continente destaca el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), cuyo artículo 8.7 sobre acceso a la justicia en asuntos ambientales dispone que “Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”. El Acuerdo de Escazú se encuentra abierto a la firma de los países de América Latina y el Caribe, en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, desde el 27 de septiembre de 2018 al 26 de septiembre de 2020. Si bien el proceso de negociación del mismo fue liderado por Chile y Costa Rica, el 25 de septiembre de 2018 Chile anunció su decisión de postergar la firma del acuerdo.
18. Al igual como ocurre en España creemos que “en multitud de ocasiones llegan procedimientos a los Juzgados de escasa cuantía y entidad jurídica e incluso alarma social, que no tienen sentido jurídico ni necesidad social de llegar a los Juzgados y Tribunales, y que podrían ser previamente estudiados en un ámbito vinculado a la mediación, sin que esto supusiese que se le anulase o impidiese el acceso posterior al proceso judicial (...) se debería legislar en el sentido de establecer la obligación legal de deber recurrir a la mediación en cuantías menores de determinada cantidad económica (...) Esta obligación no impedirá la posterior remisión de las partes a la jurisdicción civil y motivará la paralización de los plazos de prescripción y caducidad”. PÉREZ, Lucas. *La mediación en España, el momento del cambio de paradigma. Estudio comparado con la Unión Europea*. En: *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 11 N° 2. IproLex. 2018, pp. 455-546.
19. Como se ha adelantado en instancias de difusión previa, el proyecto contempla ciertas materias de mediación previa y obligatoria. Al respecto, compartimos la opinión de Eduardo Jequier en el sentido de que en algunos casos “la obligatoriedad de la mediación se explica a partir de la naturaleza supraindividual de los intereses involucrados en los conflictos respectivos, que por involucrar el interés colectivo justifican y legitiman precisamente la intervención del Estado en un ámbito reservado en principio a la autonomía de la voluntad (...), sin embargo, tal aserto (...) no obsta a que la mediación pueda ser establecida como gestión obligatoria cuando se trata de conflictos sobre derechos e intereses disponibles para las partes, como ocurre en el ámbito empresarial, pues con ello (...) no se impide ni se entorpece el libre acceso de aquellas a la tutela jurisdiccional”. JEQUIER, Eduardo. *La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile*. Una aproximación de lege ferenda. En: *Ius et Praxis*, vol.24, N° 3. 2018 p. 556.
20. “[C]uando las personas conectan más profundamente con las demás a través de un diálogo seguro y constructivo, los resultados son mejores para ambas (...) Mientras que deben permanecer imparciales, los mediadores realmente necesitan establecer una conexión humana con ambas partes. El arte de la mediación no es diferente del arte de la buena enfermería, enseñanza o terapia: cuando se realiza una conexión auténtica con aquellos

Granada, Haití, Honduras, India, Irán, Israel, Jamaica, Jordania, Kazajstán, Laos, Malasia, Maldivas, Mauricio, Montenegro, Nigeria, Macedonia del Norte, Palaos, Paraguay, Filipinas, Qatar, República de Corea, Samoa, Arabia Saudita, Serbia, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Timor Oriental, Turquía, Uganda, Ucrania, Estados Unidos de América, Uruguay y Venezuela. UNIS. The United Nations “Singapore Convention on Mediation” opens for signature in Singapore. 2019. Disponible en www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl278.html.

ciertos principios durante su desarrollo. Entre ellos, la confidencialidad, neutralidad, creatividad y eficiencia; así lo han señalado diversas partes consultadas luego de finalizar un proceso de mediación en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, institución que cuenta desde el año 1998 con un reglamento de mediación²¹ y ha conocido a la fecha más de 300 casos.

Firmar la Convención de Singapur, claramente muestra el espíritu del Ejecutivo de incrementar el uso de este sistema, que no sólo amplía el acceso a la justicia, sino que, al trabajar el conflicto en su real dimensión, más allá de determinar quién tiene la razón, aporta una mejor convivencia social e impacta positivamente en la economía al reducir el tiempo en que se resuelven casos que involucran costos²² y paralización de relaciones comerciales.

Cabe recordar que en el preámbulo de la Convención de Singapur se estacan dentro de los beneficios²³ de la mediación “disminuir los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación comercial, facilitar la administración de las operaciones internacionales por las partes en una relación comercial y dar lugar a economías en la administración de justicia por los Estados”.

Finalmente, esta Convención reconoce el valor de la mediación como método de arreglo amistoso de controversias en las relaciones comerciales internacionales. Se observó que la decisión de la CNUDMI de preparar la Convención tuvo por objeto ofrecer a los Estados normas uniformes sobre la ejecución transfronteriza de los acuerdos de transacción

a quienes se atiende, éstos son capaces de llegar más allá en el proceso (...) Los nueve componentes de una aproximación humanista a la mediación y al diálogo están orientados a aprovechar las mejores fortalezas y potencialidades que son inherentes al proceso de comunicación”. LEWIS, Ted, & UMBREIT, Mark (2015). *A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An evolving Transformative Practice*. En: Conflict Resolution Quarterly, vol. 33, N°1. 2015, pp. 9 y 14. Traducción libre.

21. “En el ámbito empresarial y de los negocios en general, tanto en lo que se refiere a materias civiles y comerciales, en 1998, después de cinco años de experiencia en materia de arbitraje institucional, el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago decidió introducir un nuevo servicio: la mediación. Ello debido a la constatación de que en la práctica no todo litigio es susceptible de ser resuelto por medio del arbitraje, sea por consideraciones de tiempo, recursos o bien de protección de las relaciones de las partes”. HELMLINGER, Karin & CRUZ, Javier. *Evolución de la Resolución Alternativa de Controversias Civiles y Comerciales en Chile*. En: VARGAS, Juan Enrique & GORJÓN, Francisco. *Arbitraje y Mediación en las Américas*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2005. p. 120.
22. “[L]a autocomposición es considerada una forma más adecuada para resolver conflictos cuando el contexto fáctico demuestra, principalmente, la necesidad de reducción de costos, celeridad y mantención de las relaciones”. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *Op. Cit.*, p. 34. Traducción libre.
23. “La mediación frente a otros sistemas tradicionales de resolución de conflictos, como el arbitraje o la vía judicial, supone entre otras ventajas: rapidez, reducción de costes, flexibilidad, confidencialidad (...) se evita la publicidad que conlleva un proceso judicial preservando así de los daños reputacionales a las Empresas y validez y ejecutividad de los acuerdos alcanzados. Además, la imagen de la empresa se ve reforzada cuando acude a esta vía de resolución de conflictos, generando confianza en el mercado y mayor fiabilidad y reputación comercial. A través de la mediación mercantil se posibilita a las partes poder alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto en términos aceptables para ambas partes evitando los riesgos que supone la incertidumbre de dejar la decisión en manos de un juez o un árbitro, que controla el proceso ajeno a sus particulares circunstancias, ya que en la mediación son las partes las que tienen el control, pudiendo alcanzar el acuerdo que más les convenga a sus intereses”. LÁZARO, Marta. *La mediación comercial una vía de solución de conflictos para las PYMES españolas con intereses comerciales en China*. En: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, vol. XI, N° 2. IproLex. España, 2018, p. 525.

internacionales resultantes de la mediación. Y, por ello, se exhorta a los gobiernos y a las organizaciones regionales de integración económica, que deseen fortalecer el marco jurídico sobre la solución de controversias internacionales, a que consideren la posibilidad de hacerse partes en la Convención.

3. Chile y la Mediación: ¿Qué valor le damos a la firma de la Convención de Singapur?

Más allá del ámbito familiar o laboral con que usualmente se le asocia en Chile a la mediación, este método alternativo de resolución de conflictos ha ido ganando un creciente espacio en el ámbito comercial²⁴, debido a las ventajas que ya hemos descrito.

En un escenario de relaciones comerciales cada vez más globalizadas y complejas, donde además han ocurrido cambios culturales importantes²⁵, es necesario desarrollar soluciones eficaces y eficientes para las controversias que eventualmente se producen, que permitan evitar las desventajas asociadas a su judicialización.

Hoy somos testigos del valor que se le asigna a conceptos tales como confianza, diálogo, habilidades blandas y empatía, entre otros. Las empresas han ido creando gerencias de asuntos corporativos y de desarrollo sustentable, y también los servicios públicos, como en el caso de Perú con la Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad. Lo anterior obedece al interés de crear instancias profesionalizadas cuya misión sea negociar acuerdos frente a posibles conflictos, o bien preparar caminos para evitarlos antes de que puedan generarse. De este modo ha llegado a ser una herramienta básica en el ámbito comercial, cada vez que las partes la consideran en sus contratos como instancia para resolver sus divergencias.

La mediación, entendida como una negociación directa de las partes en conflicto con la intervención de un tercero neutral que las ayudará a alcanzar un acuerdo satisfactorio para ellas, fue definida en Chile por la Ley N°19.968, que creó los Tribunales de Familia como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”.

24. En el ámbito internacional destaca que “[e]n 2018, el Centro [Internacional de ADR de la CCI] registró 37 nuevos ingresos bajo el Reglamento de Mediación de la CCI (...) Las controversias abarcaron un rango amplio de sectores comerciales. Las disputas de construcción e ingeniería fueron las más frecuentes, representando casi el 35% de los casos, seguidas por disputas relativas a energía y telecomunicaciones”. International Chamber of Commerce. *ICC Dispute Resolution 2018 Statistics*. 2019. p. 17. Traducción libre.
25. “La SMC [Convención de Singapur sobre la Mediación] es el resultado de la comprensión de dos cuestiones. Primero, el arbitraje no siempre se percibe como satisfactorio de las expectativas de las partes. Segundo, la ejecución transfronteriza de los acuerdos de arbitraje es, o puede ser, difícil de conseguir. Ya en 2008, el Chief Justice Spigelman afirmaba en un discurso que: El arbitraje ya no está satisfaciendo la necesidad básica de los clientes comerciales de una resolución temprana y efectiva de controversias. Estamos recurriendo cada vez más a otros medios, a la mediación y a otras formas de ADR”. ZELLER, Bruno, & TRAKMAN, Leon. *Mediation and arbitration: the process of enforcement*. Uniform Law Review. Vol. 24, N° 2. 2019, pp. 16-17. Traducción libre.

Como todo tema en desarrollo, aun cuando hay bastante doctrina escrita acerca de la mediación, debemos estudiar y analizar puntos en discusión en esta materia. Por ejemplo, se discute si el mediador debe ser un especialista en la materia objeto de la controversia, o un facilitador del diálogo entre las partes. En este punto, si bien es razonable que este entienda sobre qué discuten los involucrados en el problema, la cualidad más importante del mediador será la capacidad profesional para acercar a las partes y lograr que ellas mismas propongan un acuerdo que las ayude a superar el conflicto, agregando valor a la relación para el futuro.

4. Significativo aumento de los casos: reconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina.

La mediación no tiene un solo propósito, como es la resolución del conflicto, alcanzando un acuerdo satisfactorio para las partes: éstas también pueden beneficiarse si logran, junto al mediador, mejorar la relación entre ellas luego del proceso al que se someten. En efecto, las partes pueden alcanzar una nueva etapa en su relación contractual, donde se recupera la confianza y se mira hacia el futuro desde una perspectiva colaborativa.

Son múltiples las ventajas de llevar adelante estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos en centros que administren estos sistemas. Entre dichos beneficios se cuenta la existencia de una nómina de mediadores calificados que las partes podrán nombrar de común acuerdo (o el Consejo del centro en su defecto), el control de los costos involucrados en el proceso, un equipo de profesionales y administrativos que apoyan a las partes y al mediador, instalaciones necesarias y adecuadas para que las partes puedan tener con el mediador sesiones conjuntas, o separadas, entre otros.

El CAM Santiago publicó su reglamento de mediación en el año 1997 y, además, cuenta con un Código de Ética de los Mediadores. El actual Reglamento de Mediación, vigente a partir del 1º de noviembre del 2000, privilegia, por una parte, la flexibilidad del proceso²⁶, y por otra, garantiza la seriedad y certeza del mismo. Luego de casi 20 años se han conocido más de 200 mediaciones, siendo el año 2015 el más exitoso a la fecha en cuanto a los resultados, toda vez que en el 25% de los casos en que ambas partes iniciaron junto al mediador el camino para lograr un acuerdo, este finalmente se produjo. Durante el presente año, si bien muchos casos aún están en desarrollo, el número de ingresos ya superó los del año pasado en un 30% a esta fecha. Entre 2014 y el 2019 los ingresos se han triplicado.

Es interesante destacar que hoy los acuerdos de cooperación entre instituciones que administran métodos de resolución de conflictos contemplan la mediación con igual

26. “En vista de la alta importancia de la flexibilidad para el proceso de mediación, las legislaciones necesitan proporcionar un alto grado de autonomía de las partes al momento de implementar sus objetivos regulatorios”. HOPT, Klaus J. & STEFFEK, Felix. *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. Oxford University Press. Reino Unido, 2013, p. 53. Traducción libre.

fuerza que el arbitraje. Ejemplo de esto es el convenio de cooperación que suscribieron los centros de arbitraje de las Cámaras de Comercio de Lima, Santiago, Bogotá y México en junio de 2018 en el marco de la Alianza del Pacífico.

5. Sobrecarga del sistema judicial

En algunas ocasiones, hay quienes confunden los conceptos de mediación y conciliación. En Chile, la primera es un método para resolver conflictos y la segunda una etapa procesal obligatoria dentro de un proceso, en la que se busca que las partes lleguen a un acuerdo antes de avanzar con el juicio²⁷. El tema lleva a confusión generalmente entre las partes en una mediación, ya que no tienen la obligación de comparecer con un abogado. Asimismo, en otros países, centros que administran arbitrajes y mediaciones se denominan “Centros de Arbitraje y Conciliación”, como es el caso del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, siendo los conceptos de mediación y conciliación sinónimos en dichas legislaciones²⁸.

Al tratar las diferencias entre la mediación y la conciliación, Rennó y De Castro destacan que: “la mediación busca la resolución del conflicto como un todo, con el restablecimiento de las relaciones, percibiéndose el acuerdo como consecuencia natural del éxito del procedimiento (...), [que] la mediación se extiende más en el tiempo por tratar cuestiones subjetivas del conflicto y proponer soluciones prospectivas (...) [y que] el mediador tiene la función de facilitar el diálogo entre las partes para que ellas mismas lleguen a una solución”²⁹.

Lo descrito en los párrafos anteriores constituye muestra de un buen comienzo, pero queda mucho por avanzar, aprender, capacitar y cambiar en nuestra cultura acerca de la confianza en este tipo de método para lograr así un mayor uso del mismo. Como muy bien lo graficó el ex ministro de Justicia don Luis Bates H., en su artículo “Reflexiones

27. De este modo, mientras que la mediación “[e]s un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y asistido, destinado a precaver un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente”, la conciliación “[e]s un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente” y “ha sido definida como ‘el acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo’”. MATURANA, Cristián. *Derecho Procesal Orgánico: Parte General*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2015, p. 24 y 31.

28. En la primera nota al pie de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002) se señala que “En los textos ya aprobados y demás documentos pertinentes, la CNUDMI utilizó el término ‘conciliación’ en el entendimiento de que los términos ‘conciliación’ y ‘mediación’ eran intercambiables. Al preparar esta Ley Modelo, la Comisión decidió utilizar en cambio el término ‘mediación’, para tratar de adaptarse al uso que efectivamente se hace de estos términos en la práctica y con la expectativa de que el cambio facilite la promoción de la Ley Modelo y aumente su visibilidad (...)”. El artículo 1.3 de esta ley indica que a efectos de la misma “se entenderá por ‘mediación’ todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el mediador’) que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.

29. RENNÓ, Leandro & DE CASTRO, Ana Luiza. *Op. Cit.*, p. 36. Traducción libre.

sobre la Justicia”, publicado en “Estudios de Arbitraje. Homenaje a Patricio Aylwin Azócar”: “En la medida en que se perpetúe la percepción de la abogacía como instrumento de litigio en el que “yo gano y tú pierdes”, en vez de soluciones pacíficas en las que “yo gano y tú ganas”, seguirán la educación y la profesión legal contribuyendo al desarrollo de los conocimientos y las destrezas propias del litigio y seguirán los abogados sobrecargando el ya asfixiado sistema judicial y con ello obstaculizando la actuación de los jueces”³⁰.

Entendemos estas palabras en el sentido de que todos quienes somos abogados y debemos asesorar a partes envueltas en un conflicto³¹, o bien en una etapa previa durante la evaluación del mecanismo de resolución que estas incorporarán en su contrato, tenemos que ser capaces de transmitir las ventajas del sistema donde ambas partes pueden verse beneficiadas con una mediación exitosa.

El crecimiento y resultado de las mediaciones de los últimos años hace indispensable contar con abogados preparados para abordar estos procesos y eventualmente asumir el rol de mediadores. No cabe duda de que los conocimientos de técnicas de mediación y la práctica de casos concretos, resultan clave para la intervención en la solución de disputas, tanto desde el rol de mediador como desde la posición de abogado interviniente en el proceso.

6. Conclusiones.

La importancia que atribuimos a la firma de la Convención de Singapur por parte del Estado de Chile impacta en varios ámbitos.

En materia internacional Chile forma parte de APEC y de la Alianza del Pacífico. Los países miembros tienen mesas de trabajo sobre estos temas, incluso fomentado su uso en soportes tecnológicos como son los ODR –*Online Dispute Resolution*– y Chile tiene que avanzar para no quedar atrás.

Como ya se mencionó, es importante que Chile sea parte de estos cambios, ya que hoy existen acuerdos de cooperación entre instituciones que administran métodos de resolución de conflictos, que contemplan la mediación con igual fuerza que el arbitraje.

Más importante aún es entender que ha cambiado la manera de enfrentarse a un conflicto y hoy se valora el diálogo como eje fundamental, ya sea entre partes o con la intervención de un tercero llamado mediador. Son muchos los países en los cuales éste es el mecanismo de resolución más utilizado y, si queremos destacarnos como un lugar atractivo para invertir, o bien liderar acuerdos en materia económica, no podemos quedarnos atrás en la estandarización de normas jurídicas de este tipo.

Así reconocemos la mediación como un mecanismo que hoy se privilegia frente a otros por sus ventajas y sabemos la importancia que tiene avanzar con la Reforma Procesal Civil que contiene la tan esperada Ley de Mediación supletoria a las regulaciones sectoriales en la materia.

En definitiva, no sólo el clima está cambiando en el mundo, también hay nuevos vientos en la forma en que las personas enfrentan un conflicto o se hacen cargo del mismo. Desde aceptarse hace 100 años la figura del duelo entre partes, hoy valoramos y fomentamos el uso del diálogo para lograr acuerdos, reconocemos a los mediadores como expertos que agregan valor a la negociación entre partes y quienes utilizan estos mecanismos se distinguen positivamente, convirtiéndose en parte de este cambio ya no sólo climático.

30. BATES, Luis. *Reflexiones sobre la justicia*. En: PICAND, Eduardo (Editor). *Estudios de Arbitraje. Homenaje a Patricio Aylwin Azócar*. Thomson Reuters. Santiago, 2014. Disponible en proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2014/41691665/v1/document/A112AADE-9E3B-BC4C-1405-F41066AAE60F/anchor/A112AADE-9E3B-BC4C-1405-F41066AAE60F

31. Esto implica no limitar la concepción del rol de abogado a la figura del abogado litigante con el objeto de no descuidar “otras destrezas que también son esenciales para hacer nuestro trabajo, las cuales nada tienen que ver con la práctica del litigio (...) Un abogado debería considerarse un profesional contratado para hacer lo que debería hacerse por el cliente. Si un acuerdo a través de una negociación o alguna forma alternativa de resolución de conflictos es lo mejor para el cliente, entonces eso es lo que debería hacerse. Si los esfuerzos por llegar a un acuerdo fracasan, entonces el abogado debe prepararse a sí mismo y al cliente para el proceso apropiado”. SOULTAU, Sebastián. *Mediation advocacy: destrezas (¿legales?) en un contexto no adversarial*. pp. 79-106. En BULLARD, Alfredo (Editor). *Destrezas legales en el litigio arbitral*. Palestra. Lima, 2018, pp. 79 y 85.

¿Qué es la ICC?

Es la organización mundial de mayor representatividad y reconocimiento en la promoción del comercio Internacional, que permite a las empresas garantizar la paz, la prosperidad y las oportunidades para todos.

Con más de 45 millones de miembros y presencia efectiva en más de 100 países, a través de sus Comités Nacionales.

Organización con participación directa en su calidad de observador antes las Naciones Unidas.

Sobre ICC Panamá

El Capítulo Panameño de la Cámara de Comercio Internacional (ICC Panamá) es una asociación sin fines de lucro, fundada en nuestro país en el año 2004.

ICC Panamá se rige por el objetivo global de la ICC, que es promover el comercio internacional, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de las regulaciones.

ICC PANAMÁ

www.iccpanama.org

Comitecci@panacamara.org

T +507 306-3133