

LA MEDIACIÓN, UNA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL QUE FOMENTA LA CONTINUIDAD DE LAS RELACIONES COMERCIALES

RAQUEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

*Abogada. Colaboradora del Grupo investigador en cuestiones actuales
de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia.*

RAFAEL JORDÁ GARCÍA

*Abogado. Profesor Asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 24-07-2013

Fecha de aceptación: 04-09-2013

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto el análisis del papel de la mediación en las relaciones comerciales internacionales. La práctica comercial internacional puede resultar favorecida por la mediación pues aunque no garantiza, en caso de conflicto, la obtención de un acuerdo que ponga fin a la controversia, se ha comprobado que puede permitir a las partes no solo mantener o fortalecer sus relaciones comerciales, sino que están además más dispuestas a cumplir el acuerdo alcanzado. La mediación en este ámbito puede resultar atractiva por la posibilidad de usar medios telemáticos que permitan salvar la distancia entre las partes, la colisión entre distintos ordenamientos jurídicos, la confidencialidad respecto al procedimiento por cuestiones de imagen, la posibilidad de acortar los costes y plazos y, sobre todo que, siendo ellas mismas quienes definen el acuerdo, la solución puede ser mucho más práctica y menos jurídica. En cualquier caso, serán los agentes que operan en el tráfico mercantil los que marquen las pautas y el ritmo de desarrollo de la mediación en el ámbito de la contratación internacional, apostando o no por la transacción pre-litigiosa como método adecuado para la solución de conflictos que les permita mantener las relaciones comerciales.

PALABRAS CLAVE: Mediación, conflicto, contratación mercantil, internacional, MASC, ejecución, conciliación.

ABSTRACT: The purpose of the present study is to analyze the role of mediation in the international trade relations. The international commercial practice can be favored by the mediation, since even if it does not guarantee, in the event of a dispute, reaching an agreement that puts an end to the controversy, it has been proven that it

may allow the parties not only to keep or strengthen their trade relations, but also they will be more willing to comply with the agreement reached. The mediation in this field might prove attractive by the possibility of using telematic means that allow the parties to bridge the gap between them, the conflict between various legal systems, the confidentiality with regards to the procedure for image purposes, the possibility to shorten the costs and deadlines and, above all, that, being the parties the ones that define the agreement, the solution can be much more practical and less legal. In any case, the agents operating in the daily business life will be the ones that set the guidelines and the pace of development of the mediation in the field of international contracts, seeking or not the pre-litigious transaction as suitable method for the solution of conflicts that allow them to keep the trade relations.

KEYWORDS: *Mediation, conflict, commercial contracts, international, ADR, enforcement, conciliation.*

SUMARIO: I. LA MEDIACIÓN, UN ADR ESPECIALMENTE IDÓNEO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. II. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FRENTE AL RESTO DE ADR EN CONFLICTOS SURGIDOS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. 1. Análisis de la idoneidad de los diferentes tipos de ADR como sistema de solución de conflictos asociados a los contratos internacionales. 1.1. La negociación o transacción. 1.2. La conciliación. 1.3. El arbitraje. 2. Especial reflexión sobre las ventajas de la mediación frente al arbitraje en los conflictos comerciales internacionales. III. MARCADA VOCACIÓN INTERNACIONAL DE LA LEY DE MEDIACIÓN. 1. Conflictos transfronterizos, el género. Conflictos en la contratación internacional, una de las especies. 1.1. Elemento subjetivo requerido para los conflictos transfronterizos. Aplicación a Estados distintos de la CEE. 1.2. Elemento objetivo: la sumisión a la mediación o su aplicación obligatoria. 2. Conflictos transfronterizos a posteriori. IV. LA “LEY MODELO” COMO INSTRUMENTO DE GENERALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. V. LA CLÁUSULA DE MEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. VI. LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. 1. La ejecución en el extranjero de un acuerdo alcanzado en España en atención al procedimiento establecido en la Ley de Mediación. 2. La ejecución en España de acuerdos de mediación internacionales

alcanzados bajo un régimen distinto a la Ley de Mediación. VII. CONSIDERACIONES
FINALES.

I. LA MEDIACIÓN, UN ADR ESPECIALMENTE IDÓNEO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Una consecuencia inherente a la creación y proliferación de las relaciones comerciales en un mundo tan globalizado como el actual es la aparición de conflictos o controversias que plantean problemas específicos¹ que deben ser eficazmente solventados, por lo que organizar sistemas que permitan obtener una solución práctica y rápida² es hoy día una de las mayores preocupaciones de las sociedades desarrolladas.

Así pues, y pese a que el derecho de los ciudadanos a poder acceder a un sistema judicial con el fin de solucionar sus conflictos aparece consagrado en la práctica totalidad de las sociedades democráticas³, ligado así tradicionalmente a una función jurisdiccional⁴, en los últimos años esta vinculación ha comenzado a disociarse,

¹ Tales como, por ejemplo, la existencia de distintos ordenamientos jurídicos implicados, la necesaria protección en los mercados de la imagen de marca, la existencia de relaciones comerciales subyacentes que deben ser mantenidas, etc.

² En el ámbito de la contratación internacional, cuando surgen conflictos la relación subyacente entre las partes implicadas se ve gravemente afectada, dado que las posibles diferencias o discrepancias que éstas puedan tener se profundizan y polarizan impidiendo la posibilidad de poder avanzar en futuras negociaciones comerciales, incluso en aquellas que nada tengan que ver con el conflicto surgido. Véase ABAY CASTAÑEDO, A. “Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy”, en AAVV, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. GONZALO QUIROGA, M., Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 102.

³ En nuestro caso un buen ejemplo de ello es el artículo 24 de la Constitución Española, que en su apartado primero dispone que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Véase, en tal sentido, BETANCOURT, J.C. “Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, IproLex 212 Volumen 5 Issue 2, pp. 413 – 435.

⁴ GONZALO QUIROGA, M. “Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general” en AA.VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (Dir. GONZALO QUIROGA, M.). Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2006, p. 26. La autora recoge de manera muy sintética y clara esta idea al afirmar que “como es sabido, el acceso a la justicia es un Derecho Fundamental consagrado por el artículo seis del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Derecho elevado a principio general de Derecho Comunitario por el artículo 47

especialmente en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil⁵ en el que, para muchos agentes del tráfico comercial, la vía judicial no siempre se configura como la vía más adecuada para resolver los conflictos surgidos, lo que ha venido propiciando el uso de sistemas alternativos que permitan asegurar la protección de los derechos de una manera más rápida y eficaz⁶.

En este sentido, si bien es cierto que los inconvenientes que puede plantear la jurisdicción ordinaria hacen que sean muy diversos los tipos de conflictos cuya solución extrajudicial resulta buscada por las partes, merecen una especial mención aquellos que han surgido fruto de una discrepancia ligada a la contratación internacional, y ello no sólo porque esta materia se encuentre englobada dentro de aquellas que el legislador considera como disponibles para las partes, sino porque la complejidad que éstas pueden revertir y la más que probable duradera relación comercial existente entre ellas los convierten en conflictos que, en gran medida, pueden aprovecharse de las ventajas que éstos ofrecen y que pueden resumirse principalmente en rapidez, flexibilidad, confidencialidad, especialidad, coste, practicidad y aprovechamiento de las nuevas tecnologías.

Ahora bien, esta idoneidad de los conflictos surgidos en el ámbito de la contratación civil y mercantil internacional para ser objeto de un sistema alternativo de

de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas del mundo, en concreto en el artículo 24 de la Constitución española”.

⁵ MARTÍN DIZ, F. “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Diario La Ley*, nº 6480, Sección Doctrina, 11 de mayo de 2006. En este sentido, afirma el autor que “la raigambre del tratamiento judicial de los litigios se enfrenta cada vez más a la excesiva prolongación temporal de los procedimientos y los gastos económicos, a veces desproporcionados en relación con el asunto que se ventila. A todas estas ya clásicas desventajas, en el concreto supuesto de los litigios transfronterizos se añaden otras dificultades derivadas de una mayor complejidad en cuanto a los posibles conflictos entre leyes y jurisdicciones. Es por ello que las ADR se han desarrollado principalmente con el fin de paliar las dificultades de acceso a la justicia, como delo complementario a los procedimientos judiciales. En otros términos, el fomento comunitario de estas modalidades de solución extrajudicial constituiría una respuesta a la multiplicación de litigios transfronterizos resultante de la intensificación de las relaciones civiles y mercantiles de los ciudadanos europeos”.

⁶ En tal sentido, VIGORITI, V., “Acceso a la justicia, sistemas alternativos de solución de conflictos, perspectivas”, *Anuario de justicia alternativa*, núm. 9/2008, enero 2008, pp. 1-2.

resolución de conflictos o ADR, no sólo radica en las particularidades de la materia sino también en las especiales características del ámbito subjetivo que éstas poseen, pues no olvidemos que pese a que en España, en contra de lo que sucede en los países desarrollados de nuestro entorno, nos encontramos con una cultura social que anhela una resolución judicial que ponga fin a sus conflictos⁷, es probable que al menos una de las partes sí que posea una cultura transaccional que abogue por métodos no adversariales a la hora de solventar sus discrepancias y que, por tanto, exija en la firma de sus contratos la inclusión de cláusulas que deriven la resolución de las controversias surgidas a instituciones como la mediación.

En este sentido, si bien el ejemplo paradigmático de cultura transaccional moderna lo encontramos en Estados Unidos⁸, no debemos perder de vista el acogimiento que los métodos alternativos de resolución de conflictos han tenido en muchos otros países de nuestro entorno y con los que existe un alto nivel de relaciones comerciales, sirviendo como ejemplo de ellos los países miembros de la Unión Europea, donde nos encontramos con numerosos textos legales en los que éstos han sido

⁷ Esta característica de la sociedad española ha sido resaltada por muchos autores, pudiendo citar aquí, a título de ejemplo, la afirmación recogida por RODRÍGUEZ PRIETO, F. en su artículo “La mediación como instrumento de resolución de disputas”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, nº 47, 2013, en la se destaca que “al contrario de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno con una sociedad civil más madura, en España apenas se ha empezado a utilizar el mejor procedimiento de prevención y resolución de estos problemas: La mediación”; y en igual sentido se pronuncia el Magistrado GONZÁLEZ MARTÍN, L.A. en “Aspectos procesales de la Ley de Mediación”, *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, Nº 183, enero de 2013, pp. 28-40, al afirmar que “en nuestro país se carece de cultura de transacción, se desconocen los métodos no adversariales para resolver conflictos y se observa una creciente tendencia a utilizar el proceso judicial como vía para conseguir venganza social y protagonismo mediático”.

⁸ Pese a que la doctrina no se pone de acuerdo en cuál fue es el origen del movimiento que abogaba por los métodos alternativos de solución de conflictos –para algunos, por ejemplo, estos movimientos comenzaron ya en la década de los años 20 tras la Primera Guerra Mundial, mientras que otros lo fijan en la conferencia dada por el Profesor Frank Sander de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard en el año 1976 al introducir la expresión “alternative dispute resolution (ADR)” como parte de la teoría general del conflicto–, sí que parece existir un acuerdo entre los autores al afirmar que esta idea fue concebida en los Estados Unidos, donde ya se fue desarrollando paulatinamente hasta llegar a positivizarse con el Civil Justice Reform Act of 1990 y con la posterior Alternative Dispute Resolution Act of 1998. En este sentido, véase BETANCOURT, J.C. “Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización”, *est. cit.*

positivizados⁹, siendo la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que referiremos *infra*, un buen ejemplo de ello¹⁰.



Por su importancia en el ámbito de la contratación internacional dado el incremento de las transacciones comerciales realizadas *on-line*, debemos destacar el avance legislativo que ha supuesto la reciente votación el pasado 12 de marzo de 2013 a favor de la nueva legislación sobre resolución alternativa de disputas (ADR) y la resolución de conflictos *on-line* (ODR), normas que pretenden asegurar que los consumidores puedan recurrir a entidades de resolución de disputa alternativa para todo tipo de controversias contractuales que tengan con los comerciantes, estableciéndose así mismo una plataforma *on-line* de toda la Unión Europea para el manejo de conflictos de consumo que surjan de las transacciones en línea (plataforma que vinculará a todas las entidades de resolución alternativa de conflictos nacionales y operará en todos los idiomas oficiales de la Unión Europea)¹¹.

Por su parte, el legislador español, siendo consciente de que en ocasiones la vía judicial no siempre es la que más ventajas ofrece a los ciudadanos y dentro del marco europeo en el que, como hemos visto, se aconseja el uso de los ADR como complemento a la jurisdicción ordinaria, a fin de poder cambiar esta cultura no sólo permite, sino que potencia la existencia de métodos extrajudiciales de resolución de

⁹ El interés por los métodos alternativos de solución de conflictos ha resultado especialmente relevante en la última década en la Unión Europea tras publicarse el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil” en el año 2002, COM (2002) 196 final, Bruselas, 19.04.2002, en el que tras fijarse como objetivo el inicio de una amplia consulta en relación a diversas cuestiones jurídicas de los ADR, ya se resaltaban los beneficios que éstos podrían presentar frente al sistema judicial especialmente en materia de resolución de conflictos transfronteros mercantiles y civiles –entre los que, lógicamente, se encuentran los derivados de la contratación internacional civil y mercantil–.

¹⁰ Debemos advertir al lector desde este momento del alto grado importancia que en el marco europeo se está dando a estos sistemas alternativos –e incluso complementarios–, siendo una buena muestra de ello la necesaria garantía del desarrollo de los ADR que aparecía ya recogida tanto en el texto del rechazado Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, como finalmente en el Tratado de Lisboa.

¹¹ Véase, http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_policy_work_en.htm, web en la que se especifica que los Estados miembros tendrán dos años para implementar las referidas reglas ADR/ODR, entendiendo que la plataforma ODR estará operativa a finales de 2015.

conflictos para determinadas materias, buscando con ello que los ADR alcancen paulatinamente un mayor auge en España en detrimento del acceso a la vía judicial y que ha culminado con la promulgación de la Ley 5/2012, de Mediación, que también resulta de aplicación a la contratación internacional civil y mercantil, como se analizará posteriormente.

Ahora bien, pese a esta potenciación por parte del legislador español, no debemos olvidar que es la propia voluntad de las partes la única garantía que les permite acudir a un ADR para buscar una solución a un conflicto, ya sea presente o futuro, pues nadie puede ser obligado a someterse a la decisión de un tercero ajeno al orden jurisdiccional si antes no expresó su voluntad de hacerlo¹².

Así pues, y por lo que respecta al proceso de mediación en el ámbito de la contratación internacional que se configura como el objeto de análisis del presente trabajo, las partes puedan someterse a mediación para resolver sus conflictos, ya sea previéndola en el propio contrato, ya sea acordando de mutuo acuerdo acudir a ella tras el nacimiento de la controversia, si bien en ninguno de los casos se garantiza que dicho proceso culminará con una solución en forma de acuerdo pese a ser éste el objetivo perseguido con ella; pese a lo cual, como tendremos oportunidad de analizar a lo largo del presente trabajo, son muchos los autores los que la recomiendan, al menos, como el primero de los pasos a seguir para intentar solventar el conflicto surgido.

II. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FRENTE AL RESTO DE ADR EN CONFLICTOS SURGIDOS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

La mediación como sistema de solución de conflictos pretende que las partes se involucren en la resolución de sus diferencias, dado que el tercero que actúa como

¹² En este sentido, resulta oportuno destacar aquí que, en contra de la voluntariedad que configura la columna vertebral de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, el rechazado Proyecto de Ley de 2001 establecía la mediación obligatoria para determinados aspectos.

mediador no está facultado para tomar una decisión vinculante para las partes, por lo que este sistema se plantea como una buena alternativa para solventar los posibles conflictos derivados de la contratación internacional civil y mercantil al permitir alcanzar una solución realmente práctica para los complejos intereses de ambas partes sin tener que quedar constreñidos por una rígida regulación que, en muchos casos, será desconocida para al menos una de las partes.

Sin perjuicio del posterior análisis que realizaremos de esta figura con motivo del estudio de la marcada vocación internacional que presenta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, podemos definir la mediación aquí sintéticamente como el sistema en el que las partes optan por facultar a un tercero para que intente eliminar las barreras que impiden la adopción de un acuerdo que satisfaga a ambas partes, fomentando así la empatía entre ellas, lo que configura al tercero denominado “mediador” como el elemento potenciador del diálogo y favorecedor de un adecuado clima de negociación.

Así pues, estas limitadas facultades que las partes confieren al mediador hacen imposible que éste proponga soluciones a la controversia ni mucho menos la imponga, por lo que la nota más característica de este ADR es que “los sujetos enfrentados en la controversia son los que deciden en última instancia la solución del problema”¹³, lo que sin duda alguna en el ámbito de la contratación internacional no sólo permite el mantenimiento de la relación subyacente, sino que otorga a las partes en todo momento el control sobre la posible solución que, en su caso, finalmente se alcance.

Nótese además que, como ya anticipábamos, aunque en última instancia es posible que la mediación finalice sin haber sido posible alcanzar un acuerdo, ello no implica necesariamente que el proceso seguido se muestre como carente de utilidad práctica, pues no debe olvidarse que éste genera empatía durante el proceso que puede mejorar las relaciones entre las partes enfrentadas, rebajando así la tensión generada por

¹³ MORENO BLESAS, L., “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 97, octubre 2008.

la disputa y favoreciendo la posibilidad de que, al margen de la controversia surgida, puedan seguir manteniendo una relación comercial entre ellas duradera en el tiempo¹⁴.



Estos aspectos que acabamos de analizar convierten a la mediación en un ADR especialmente idóneo para solventar los posibles conflictos derivados de la contratación internacional civil y mercantil¹⁵, si bien no es el único, por lo que resulta oportuno exponer aquí las características que configuran al resto de los ADR más utilizados por las partes.

1. Análisis de la idoneidad de los diferentes tipos de ADR como sistema de solución de conflictos asociados a los contratos internacionales.

Sin ánimo de ser exhaustivos, puede afirmarse que existen cuatro principales métodos de solución de conflictos, estos es, la negociación o transacción, la mediación, la conciliación y el arbitraje (métodos que, no obstante, pueden interconectarse y formar lo que podríamos denominar como ADR híbridos para dar lugar a multitud de posibilidades y que, en aquellos supuestos en los que se desarrollen a distancia a través de medios electrónicos se identifican con el acrónimo ORD de *on-line dispute resolution*¹⁶), radicando las diferencias existentes entre ellos en el alcance de dos

¹⁴ Estas ventajas que aparecen inherentes a la mediación y que no se encuentran ni en la jurisdicción ordinaria ni en el arbitraje, en los que necesariamente el proceso terminará con “vencedores y vencidos”, aparece recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la que se afirma que “*la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto*”.

¹⁵ Dado que las características que definen a este sistema derivan en una mayor eficacia práctica en los casos en los que existe una interdependencia entre las partes, tradicionalmente se ha tratado de potenciar este método en ámbitos como el familiar, pero ello no debe hacernos olvidar que esta interdependencia también está presente en un gran número de conflictos comerciales internacionales entre empresas que, en mayor o menor medida, cuentan con una relación comercial que deben mantener en beneficio de sus intereses empresariales, siendo por tanto uno de los ADR más idóneos para solventar los conflictos surgidos en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil.

¹⁶ MARTÍN DIZ, F. “Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación”, *Práctica de Tribunales*, Nº 98, Noviembre-Diciembre 2012. El autor efectúa una sintética y clara distinción entre los ADR y los ODR al afirmar que “en el espectro de las ADR, se ha comenzado a diferenciar entre aquellas

parámetros esenciales: las facultades de las que goza, en su caso, el tercero que interviene y el grado de obligatoriedad y ejecutividad que tendrá el acuerdo alcanzado¹⁷.



Dada la importancia que estos dos extremos tienen a la hora de optar por un método u otro, no cabe duda alguna de que de ellas dependerá que puedan ser considerados como idóneos o apropiados para poder solventar los conflictos que puedan surgir en las relaciones comerciales internacionales en las que, en la mayoría de los casos, nos encontramos ante partes entre las que existe una relación comercial que desean mantener en el tiempo, por lo que consideramos oportuno aquí realizar un sucinto análisis de cada uno de ellos a fin de que el lector pueda comprender por qué es la mediación uno de los sistemas alternativos de solución de conflictos más idóneo en el ámbito de la contratación internacional.

1.1. La negociación o transacción.

El primer ADR que nos ocupa es el de la negociación o transacción post-contractual, esto es, aquella negociación a la que recurren las partes tras el nacimiento de la controversia y que se caracteriza por ser el único método en el que no resulta necesaria la intervención de un tercero.

En los conflictos comerciales internacionales, pese a que en este sistema no se precisa la intervención de un tercero, en la práctica las partes están asistidos por asesores legales para que éstas puedan conocer con exactitud las implicaciones jurídicas y económicas que tendrían las posibles opciones a las que se enfrentan, incluida la vía

que se llevan a cabo con presencialidad (face to face) y aquellas otras que se celebra a distancia (on-line). A estas últimas se les ha asignado el acrónimo ODR (on-line dispute resolution), como mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que presentan la particularidad de su acentuado carácter telemático-tecnológico¹⁷. En este sentido, destacar que existen empresas que como terceros neutrales al conflicto ofrecen sus servicios como plataforma electrónica para la resolución de conflictos on-line (vid. MADRID PARRA, A., “El uso medios electrónicos en la mediación patrimonial privada”, *Derecho de los Negocios*, nº 269, mayo-junio 2013, que cita a empresas como e-Bay o PayPal).

¹⁷ Véase, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad Social Corporativa y Métodos Alternativos De Solución De Conflictos”, en AA.VV *Responsabilidad social de la empresa y Derecho Mercantil* (Coord. ALFONSO SANCHEZ, R.), Granada, Ed. Comares, 2010, pp. 103-128, en el que se recoge un análisis detallado de los cuatro principales métodos de solución de conflictos, la negociación o transacción, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

judicial –no olvidemos que, en estos casos, entrarán en juego con casi total seguridad al menos dos ordenamientos jurídicos distintos que deberán ser conocidos por especialistas en la materia–, pasando incluso a ser éstos los que negocien directamente en defensa de los intereses de sus clientes.

Ahora bien, este sistema sólo presenta una efectividad práctica en aquellas situaciones en las que existe una paridad de fuerzas entre ambas partes, pues de lo contrario el más débil no tendría armas con las que defenderse y se vería abocado a acudir finalmente a un método distinto para solucionar el conflicto, dado que la ausencia de un tercero neutral que fomente el diálogo en un clima adecuado como así lo haría un mediador puede llegar a frustrar el resultado de la negociación¹⁸.

1.2. La conciliación.

En estrecha relación con la mediación nos encontramos con la conciliación, siendo ésta un sistema en el que el tercero que interviene en el conflicto está dotado de unas mayores facultades de las que las partes otorgan al mediador, pues a diferencia de éste no sólo tendrá como objetivo el favorecimiento de un adecuado marco de diálogo sino que, además, está facultado para proponer –que no imponer– posibles soluciones al conflicto.

De esta forma, el conciliador podría calificarse como un experto mediador que muestra a las partes distintas alternativas que podrían solucionar la controversia que las enfrenta, por lo que éste será más efectivo que el mediador en aquellos casos en los que existan barreras psicológicas que impidan ver el conflicto con objetividad y raciocinio;

¹⁸ Aunque a todas luces la negociación debe ser considerada como un método alternativo de solución de conflictos, ésta no aparece englobada dentro del grupo de los ADR que en los últimos años están siendo desarrollados por los legisladores, dado que ésta goza ya de un amplio desarrollo al ser el primer paso a seguir a la hora de intentar solventar un conflicto, siendo la intención de los poderes públicos la de “potenciar otros tipos de soluciones extrajudiciales para los casos en que, fracasada la negociación, sigue existiendo la necesidad de tratar de resolver el conflicto por un procedimiento que proporcione una solución más adecuada y ágil que la que cabría obtener por la vía judicial” (HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos” en AA.VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. GONZALO QUIROGA, M., Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2006, pp. 355-362).

barreras que, con poca frecuencia se dan en los conflictos comerciales internacionales en los que las controversias radican en cuestiones puramente de índole económica en las que, casi con total seguridad, sean las partes las más capacitadas para proponer una solución práctica y efectiva para el supuesto concreto al tener un mayor conocimiento de las implicaciones que ésta tendrá para ellas¹⁹.



1.3. El arbitraje.

El último de los ADR que analizaremos es el arbitraje, método que presenta una gran diferencia respecto a los anteriores al estar facultado el tercero interviniente, denominado árbitro²⁰, para imponer a las partes que someten su conflicto ante él la solución que considere más apropiada, por lo que “en el arbitraje el tercero actúa como un mediador que tiene la última palabra”²¹.

Esta importante facultad decisoria que las partes voluntariamente otorgan al árbitro convierte a este ADR como una vía realmente análoga al sistema jurisdiccional, siendo el tercero interviniente quien protagoniza el papel de juez; papel protagonista que, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, es otorgado libremente a quien las partes de común acuerdo eligen.

Ahora bien, pese a la similitud que este sistema presenta con la vía judicial, son las ventajas que el arbitraje ofrece a las partes como ADR las que han llevado a las

¹⁹ Pese a que la conciliación es uno de los principales ADR, son muchos los autores los que consideran que es también un método alternativo que, al menos en teoría, se sigue dentro de la vía judicial, pues no olvidemos que el legislador español, al regular en los artículos 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la fase de la audiencia previa al juicio, pretendía mostrar esta vista como una oportunidad para alcanzar un acuerdo entre las partes en la que el Juzgador debía actuar de “conciliador”. Sin embargo, la realidad ha demostrado la inoperatividad que presenta la conciliación en el ámbito judicial civil, habiéndose transformado esta primogénita finalidad en la de examinar las cuestiones procesales que pudieran obstaculizar el desarrollo del proceso y la fijación de los hechos controvertidos. Véase MORENO BLESA, L., “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”, *est. cit.*

²⁰ La referencia que aquí se efectúa al árbitro no debe entenderse en sentido estricto como meramente un tercero interviniente, pues esta figura puede estar formada no sólo por una persona, sino también por una Corte Arbitral compuesta por varios árbitros.

²¹ HOYO SIERRA, I.A., “La idoneidad de los métodos alternativos de solución de conflictos”, *est. cit.*, p. 357.

empresas a incluir en sus contratos una cláusula de sumisión a este método, en el que dentro de las notas características que como todo sistema alternativo de solución de conflictos posee, su principal ventaja es que el procedimiento necesariamente acabará con una decisión que podrá ser directamente ejecutable²².

Como ya habrá tenido oportunidad de advertir el lector, el éxito que este ADR está teniendo en los últimos años con el notable incremento de disputas que se ven sometidas a él tiene su razón de ser, principalmente, en ser el único sistema extrajudicial en el que, con total seguridad, finalmente la controversia será resuelta sin tener que airear sus conflictos ante un tribunal público, lo que sin duda alguna resulta especialmente atractivo para las empresas con implantación internacional que lo último que quieren es ver cómo su nombre puede verse empañado de cara al mercado global.

Por otra parte, no debe olvidarse que hasta la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la que se le ha dado fuerza ejecutiva a los acuerdos adoptados bajo ciertas premisas que en ella aparecen recogidas, tal y como analizaremos más adelante, resultaba especialmente relevante la ejecutividad de la que goza el laudo arbitral y que permite a las partes acudir a vía judicial para exigir su ejecución forzosa²³.

²² Pese a que, en la actualidad, el arbitraje sea junto con la mediación los dos principales ADR utilizados para solventar los conflictos surgidos en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil, nos encontramos ante una figura que, a diferencia de lo que ocurre con la mediación, ya se encontraba regulada en España desde la década de los cincuenta. Véase SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. "Responsabilidad Social Corporativa y Métodos Alternativos De Solución De Conflictos", *est. cit.*, en el que se afirma que "la figura del arbitraje ha sido regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico fundamentalmente por tres leyes: la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953, ampliamente criticada por sus formalidades y conocida como la ley anti-arbitraje; la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que pese a su buena acogida, pronto quedó desfasada; y la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que tomando como base la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, protagonizó la armonización necesaria para convertirla en un instrumento idóneo para la resolución de conflictos en el comercio internacional".

²³ Con carácter previo a la promulgación de la Ley de Mediación, en caso de que las partes alcanzasen un acuerdo que pudiese fin la controversia, ya fuese acudiendo a la negociación o un proceso de mediación, los arts. 517.1.4º y 520 de la LEC, permitían a las partes dotar al mismo de fuerza ejecutiva si se elevaba a escritura pública y se cumplían con los requisitos legalmente previstos, debiendo destacarse en tal sentido que debían contener obligaciones dinerarias que superasen los 300 euros. Véase, PARDO IRANZO, V., "Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?", *Actualidad*

De esta forma, el arbitraje es un ADR que, por sus especiales características, se configura como una verdadera vía sustitutiva a la judicial –salvo en cuanto a la ejecución se refiere–, calificativo que no puede extenderse al resto por cuanto es el arbitraje el único sistema alternativo de solución de conflictos en el que, una vez las partes ha decidido someterse a él se renuncia a la posibilidad de acudir a los Juzgados y Tribunales²⁴, si bien con él las partes pierden el control sobre la solución que finalmente se alcance viéndose sometidos a la decisión que sea adoptada por el árbitro.



2. Especial reflexión sobre las ventajas de la mediación frente al arbitraje en los conflictos comerciales internacionales.

Pese a que tanto la mediación como el arbitraje se muestran como los dos sistemas alternativos a la resolución de conflictos más utilizados en la práctica para solventar los problemas que puedan surgir en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil, como hemos podido comprobar existe una gran diferencia entre ambos en cuanto que mientras que el mediador tan sólo favorece el diálogo a fin de que las partes puedan alcanzar por sí mismas un acuerdo, el árbitro es un tercero que impondrá a las partes la decisión que tome y que se recogerá en forma de laudo, de igual forma que un Juez impone su solución por medio de la sentencia.

Estas importantes diferencias no resultan una cuestión baladí²⁵, siendo los dos citados rasgos de la mediación la que la configuran como un método especialmente

Jurídica Aranzadi, num.856/2013, y HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 4, 2012, pp. 151-174.

²⁴ MORENO BLESA, L., “La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje on line”, *est. cit.*

²⁵ El propio legislador español ha cuidado especialmente la diferenciación entre ambas figuras, siendo su ejemplo más claro el artículo 5 de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el que se afirma que si entre los fines de las instituciones de mediación “*figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades*”. En tal sentido, véase COSTAS RODAL, L. “La nueva Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 7, noviembre de 2012, pp. 27 a 37.

indicado de resolución de disputas en el ámbito de los conflictos comerciales internacionales en los que, más que probablemente, las partes implicadas gocen de una relación comercial que no quieran perder por un conflicto puntual²⁶.

Así pues, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, en la mediación no hay “vencedores ni vencidos” (como sí que sucede igualmente en la vía jurisdiccional), sino que son las propias partes las que, de común acuerdo, alcanzan una solución que ambas ven como beneficiosas para sus intereses, lo que no sólo hace que los acuerdos adoptados tengan un elevado porcentaje de cumplimiento voluntario, sino que incluso puede llegar a fortalecer las relaciones existentes entre las partes²⁷.

No cabe duda alguna de que la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha estrechado –que no eliminado– la brecha existente entre ambas figuras, pues ya no sólo es ejecutable el laudo dictado por el árbitro, sino también el acuerdo que ha sido alcanzado en la mediación en atención a lo dispuesto en la citada ley, lo que parece favorecerá sin duda el uso de la mediación.

Como vemos, ninguno de estos dos ADR configurados individualmente se muestran como exentos de graves problemas para solucionar los conflictos comerciales internacionales, pues mientras que en la mediación es posible que el proceso finalice sin un acuerdo, en el arbitraje las partes no sólo pierden el control sobre la decisión final sino que, además, al ser un método adversarial la relación subyacente se verá con total seguridad afectada, por lo que son muchos los autores que abogan por incluir en los contratos las denominadas cláusulas escalonadas que, como se analizará *infra*,

²⁶ La mediación, al mostrarse como una vía de solución de conflictos no adversarial que sustituye la concepción tradicional ganador-perdedor por ganador-ganador, resulta idónea para solventar los conflictos surgidos entre partes que, como ocurre en los conflictos empresariales, deben mantener su relación en el tiempo. En este sentido, afirma ALÉS SIOLI, J., “Los tesoros de la mediación”, *Diario La Ley*, Nº 6992, Sección Tribuna, 18 Jul. 2008, que “la mediación es recomendable especialmente, para aquellos casos en los cuales las partes enfrentadas tienen una relación, que de alguna u otra forma continuarán en el tiempo”.

²⁷ Especialmente clarificadores resultan COBAS COBIELLA, M.E. y VALERO LLORCA, J., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, *Diario La Ley*, Nº 7987, Sección Doctrina, 19 Dic. 2012, al afirmar que “ganar-ganar es el lema de la mediación”.

permitirían combinar ambos sistemas alternativos de solución de conflictos estableciendo que, en caso de no haberse alcanzado un acuerdo tras seguir un proceso de mediación, las partes deban acudir al arbitraje para ponerle fin a la controversia.

III. MARCADA VOCACIÓN INTERNACIONAL DE LA LEY DE MEDIACIÓN.

Expuesta la idoneidad de la mediación para la resolución de conflictos generados en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil, focalizaremos nuestro estudio en las previsiones de la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en relación a la resolución de conflictos derivados de contratos que tengan un componente internacional.

El art. 2 de la Ley de Mediación señala que la misma es de aplicación también a los conflictos transfronterizos siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la concreta legislación aplicable. En principio, los contratos internacionales podrán someterse a la mediación regulada en España sin perjuicio de asesorarse respecto a si la normativa interna de la parte o partes contratantes, que no sean españolas, no limitan la utilización de la institución de la mediación a la concreta modalidad de contrato ante el que nos encontremos, ya sea civil o mercantil²⁸.

Establecido que la Ley de Mediación es aplicable a los conflictos transfronterizos, antes de entrar en la definición de éstos últimos debemos dejar apuntado que, como principio general, para que resulte aplicable la Ley 5/2012, de 6 de julio, el referido artículo 2 exige el sometimiento expreso o tácito de las partes a la misma y en su defecto sólo será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su

²⁸ En nuestro ordenamiento, la propia Ley 5/2012, de 6 de julio, excluye expresamente del ámbito de aplicación de la misma la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo, no obstante como refiere su Exposición de motivos, “las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes.

domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. Es, por tanto, más relevante que las partes se sometan en el contrato a la ley española que el vínculo de alguna de ellas a nuestro país.

1. Conflictos transfronterizos, el género. Conflictos en la contratación internacional, una de las especies.

La Ley de Mediación no utiliza la expresión “conflictos derivados de la contratación internacional” sino el más amplio de conflictos transfronterizos. Ello tiene su lógica en cuanto la mediación en el ámbito internacional tanto en materias civiles como mercantiles no se ciñe únicamente a conflictos originados en la interpretación o ejecución de contratos, sino a cualesquiera otras cuestiones civiles o mercantiles no contractuales.

Con dicha premisa, para delimitar qué conflictos derivados de la contratación internacional pueden ser objeto de mediación en la Ley 5/2012, de 6 de julio, hemos de acudir al concepto de conflictos transfronterizos que ésta norma recoge y cuando la misma les puede ser aplicable²⁹. En tal sentido, el art. 3 de la Ley de Mediación define los conflictos transfronterizos y se sustenta por un lado en un aspecto subjetivo, en relación a las partes involucradas, y por otro en una cuestión objetiva relacionada con el

²⁹ Para valorar el alcance de la labor que puede jugar la mediación en los conflictos transnacionales podemos referir lo expuesto por el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil: “*Los litigios transfronterizos, más aún que los litigios domésticos, se caracterizan por la lentitud y el coste de los procedimientos. Con la realización del mercado interior, la intensificación de los intercambios y la movilidad de los ciudadanos, los conflictos entre nacionales de Estados miembros diferentes o entre residentes en Estados miembros diferentes, amplificados además por el auge del comercio electrónico transfronterizo, sea cual fuere la importancia o el valor del litigio, tienden a multiplicarse y con ellos los casos transfronterizos que llegan a los tribunales. A los problemas prácticos de saturación de los tribunales, se añaden cuestiones a menudo complejas de conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales así como dificultades prácticas de carácter lingüístico y financiero*”. Sobre el referido Libro Verde vid. LLORENTE PÉREZ, A. y PÉREZ FERNÁNDEZ, D., “Proceso normativo de las modalidades alternativas de solución de conflictos en la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de Unión Europea*, nº 11, noviembre 2012, pp. 25 a 49.

sometimiento voluntario u obligatorio a la mediación como medio de resolución de conflictos.

1.1. Elemento subjetivo requerido para los conflictos transfronterizos. Aplicación a Estados distintos de la CEE.

El referido art. 3 de la Ley de Mediación comienza señalando que los conflictos transfronterizos son aquellos en los que “*al menos una de las dos partes (en nuestro caso, contratantes) está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas*”³⁰.

Pese a que la Ley de Mediación, entre otros motivos³¹, tiene por finalidad la incorporación a nuestro derecho de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³², objetivo que se logró fuera de plazo³³, su vocación dista mucho de ser únicamente de carácter europeo. Al contrario, el legislador español aprovecha para, por

³⁰ Tras repasar el desarrollo normativo en las Comunidades Autónomas de la mediación familiar, ROGEL VIDE, C., “Mediación y Mediadores en la Ley 5/2012”, en AA.VV. *Obligaciones y Contratos. Cuestiones Actuales*, Ed. Reus, Madrid, 2013, p. 190, concluye que “si se generalizan las leyes de mediación de ámbito general en las Comunidades Autónomas, lo cual es previsible, (...), la Ley de Mediación que comentamos podría ver reducido su ámbito a la mediación en conflictos transfronterizos, por chocante que ello pueda resultar a más de uno”.

³¹ La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, no sólo viene a justificar la norma en la necesidad de adaptación a la normativa comunitaria sino que previamente incide en la excelencias de la mediación en muchos aspectos (mantenimiento de las relaciones subyacentes, tribunales como último remedio reduciendo su carga de trabajo, etc.).

³² De fecha 21 de mayo de 2008 y sobre aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³³ El plazo finalizó el 21 de mayo de 2011, lo que justificó el recurso al real decreto ley, como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio y en el RD-Ley 5/2012, de 5 de marzo.

un lado, regular la mediación a nivel interno³⁴ y, por otro, para ampliar a Estados no europeos la consideración de los conflictos transfronterizos³⁵.



La vocación internacional de la norma se ve reforzada cuando se observa que no se exige que alguna de las partes deba estar domiciliada o ser residente en territorio español y, perfectamente, se considera conflicto transfronterizo al que pudiera surgir entre dos personas domiciliadas o residentes, ambas, fuera de España (e incluso de la Unión Europea), siempre que no residan en el mismo Estado³⁶.

Lo anterior nos permitiría promover la mediación en instituciones españolas respecto a conflictos transfronterizos en los que ninguna de las partes esté domiciliada en España, para lo que será necesario el sometimiento expreso de las partes a nuestra Ley de Mediación. Y ello, no sólo porque el concreto contrato internacional pudiera tener alguna vinculación con nuestro país (v.gr. el objeto del contrato de compraventa está en España pero comprador y vendedor no), sino también para potenciar nuestras instituciones de mediación y convertirlas en referentes internacionales que permitan que

³⁴ Aunque los Considerandos de la referida Directiva refieren que las disposiciones de la misma “*sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos [...] nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*”. Lo que así hace el legislador español al señalar en la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Mediación “*que su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio (...) en materia de separación y divorcio, en la que se encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación*”.

³⁵ La Ley 5/2012, de 6 de julio, no exige que en los conflictos transfronterizos las partes que se someten a la mediación estén radicadas en distintos países de la Unión Europea, yendo más lejos que la propia Directiva 2008/52/CE que sólo es aplicable a los litigios transfronterizos en los asuntos civiles y mercantiles, entendidos como aquellos “*en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes*”.

³⁶ Para la determinación del domicilio de las partes, la Ley de Mediación en su art. 3.2 sólo establece reglas para su determinación respecto a aquellos conflictos transfronterizos en el que ambas partes residan en distintos Estados Miembros de la Unión Europea, para los que señala que “*el domicilio se determinará de conformidad con los arts. 59 y 60 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*”.

con el tiempo sean escogidas por sujetos extranjeros por ser de reconocido prestigio para solventar conflictos internacionales³⁷.



1.2. Elemento objetivo: la sumisión a la mediación o su aplicación obligatoria.

Adicionalmente a la existencia de, al menos, dos partes domiciliadas en Estados distintos es requisito adicional para que un conflicto sea transfronterizo, con arreglo a la Ley de Mediación, que las partes “*acuerden hacer uso de la mediación*”, o bien que “*sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable*”.

Como se refirió *supra*, es indispensable para que resulte de aplicación la Ley de Mediación que exista un sometimiento expreso o tácito a la misma (art. 2) y en defecto de tal sometimiento dicha ley sólo podrá aplicarse cuando “*al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español*”.

Por tanto, el sometimiento de las partes en la Ley de Mediación puede tener dos consecuencias, la primera que lo sea a la referida Ley en cuyo caso, esta resultará aplicable y la segunda que si el sometimiento es a la institución de la mediación ello será un elemento objetivo para poder definir o considerar si un conflicto es transfronterizo. De tal forma que podrá ocurrir que las partes (residentes en diferentes estados) se hayan acogido a la mediación como método alternativo de solución de conflictos en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil, pero que no se hayan sometido expresamente a la Ley 5/2012, de 6 de julio. En este caso para nuestra norma el conflicto será considerado como transfronterizo pero sólo será aplicable dicha norma cuando una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

³⁷ La promoción de España como sede la mediación internacional también se viene realizando en materia de arbitraje internacional para impulsar la internalización de las pymes españolas, especialmente en Latinoamérica, lo que ha sido defendido por reputados árbitros, juristas y economistas españoles en VII Congreso Latinoamericano de Arbitraje celebrado este año en Lima (fuente: Expansión; www.expansión.com/2013/04/27/juridico/1367081630).

Por el contrario, aunque ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en España si se someten a la mediación el conflicto será transfronterizo y si además se acogen a la Ley 5/2012, de 6 de julio, al mismo le será aplicable dicha norma.

Lo anterior supone reconocer la posibilidad de aplicar nuestra norma de mediación cuando exista sometimiento a la misma entre sujetos extranjeros y ubicados en distintos Estados y ello incluso aunque no se desarrolle el proceso de mediación en territorio español, al exigirse sólo su realización ante una institución radicada en España cuando no exista un acuerdo de sometimiento a la Ley de Mediación.

En un segundo término, señala la Ley de Mediación que, aun no existiendo sometimiento a la mediación, el conflicto será transfronterizo cuando sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley aplicable. En principio, dicha obligatoriedad no podrá resultar de la propia norma española que establece como principio básico el carácter voluntario de la mediación en su art. 6³⁸. Deberá ser por tanto una ley extranjera la que exija el someter determinadas cuestiones a mediación con carácter obligatorio para que nuestra Ley de Mediación considere, si se cumplen los requisitos subjetivos, que el conflicto es transfronterizo, si bien la aplicación de dicha Ley como antes hemos referido sólo puede resultar del sometimiento a la misma de las partes y a falta de éste al hecho de que una de ellas esté domiciliada en España y la mediación se realice en territorio español. En este aspecto la norma deja sin resolver las reglas para determinar un posible conflicto de leyes y de competencia si, por ejemplo, las partes no se ponen de acuerdo en la legislación aplicable a la mediación a realizar y ambas legislaciones se consideran competentes para atender el proceso de mediación³⁹.

³⁸ Por todos, COSTAS RODAL, L., “La nueva Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, *est. cit.*, p. 32 señala al referir los principios informadores de la mediación, que ésta “es una forma de resolución de controversias a la que las partes acuden voluntariamente a fin de intentar alcanzar por si mismas un acuerdo con la intervención de un mediador (...). Ahora bien, sobre la base del principio de voluntariedad, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art. 6.3 de la Ley de Mediación)”.

³⁹ Ni la Ley de Mediación ni la Directiva 2008/52/CE contienen normativa en materia de conflicto de leyes o competencia respecto a su ámbito de aplicación.

Tampoco debemos descartar que en el futuro un convenio internacional o un reglamento comunitario pudieran establecer determinadas materias que necesariamente deban someterse a mediación (lo que podrá convertir el conflicto en transfronterizo según los sujetos que sean parte) e incluso fijar las reglas que determinen la legislación o el concreto lugar donde deba tener lugar el proceso de mediación y al que deba someterse un conflicto en el ámbito de la contratación internacional en el ámbito civil y mercantil (lo que podrá hacer aplicable la Ley 5/2012, de 6 de julio).

2. Conflictos transfronterizos a posteriori⁴⁰.

La Ley de Mediación establece, con carácter adicional a los elementos subjetivos y objetivos analizados para la consideración de que un conflicto puede ser transfronterizo, que *“también tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”*⁴¹.

Como hemos referido *supra*, que un conflicto sea transfronterizo con arreglo a la Ley de Mediación no significa que necesariamente sea aplicable dicha Ley siendo lo primordial el sometimiento expreso o tácito a la misma y en su defecto el vínculo territorial (una de las partes esté domiciliada en España y la mediación se realice en nuestro país). Con dicha premisa el criterio referido en el párrafo anterior para definir un conflicto transfronterizo no significa que el mismo deba dirimirse bajo nuestra Ley de Mediación.

⁴⁰ COSTAS RODAL, L., “La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *est. cit.*, p. 30, así califica a los conflictos de mediación cuando el acuerdo ya se ha alcanzado y debe ejecutarse en un Estado distinto a causa del traslado del domicilio de alguna de las partes a ese Estado.

⁴¹ Este supuesto no se contenía en el RDL 5/2012, de 5 de marzo.

En concreto, el supuesto hace referencia en primer lugar a aquellas mediaciones que se hayan realizado en cualquier país e incluidas por tanto las realizadas en España. Y, en segundo lugar, exige que una de las partes haya trasladado su domicilio y como consecuencia de ello el acuerdo alcanzado (o alguna de sus consecuencias) se pretendan ejecutar en un Estado distinto. Ello supone que el procedimiento de mediación ha finalizado y sólo resta la ejecución del acuerdo alcanzado, el cual si tuviera que hacerse en nuestro país (por el referido cambio de domicilio) deberá realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27 de la Ley de Mediación al que haremos referencia *infra*.

IV. LA “LEY MODELO” COMO INSTRUMENTO DE GENERALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La vocación internacional de la Ley de Mediación puede ser insuficiente si ésta no se generaliza en el resto de países como una alternativa de la resolución de conflictos internacionales en la contratación civil y mercantil.

Hemos de destacar que en algunos países, como EEUU, la mediación está más arraigada⁴² que en nuestro país donde ha sido más recientemente cuando se quiere impulsar la misma como medio de resolución de conflictos⁴³. En el ámbito europeo, la aprobación de la Directiva debe conllevar la introducción de la institución de la mediación en todos los Estados miembros reconociendo que su implantación como medio de resolución de conflictos está poco desarrollada⁴⁴. La Directiva es una norma

⁴² “Cabe destacar que las estadísticas señalan que de los casos de mediación iniciados (en EEUU), el 85% de ellos (en asuntos comerciales) y el 95% en los personales se concluyen satisfactoriamente mediante acuerdo escrito” (ÖDON PÁLLA, “Nota sobre el arbitraje y la mediación en EEUU, Oficina económica y comercial de España”, Washington, Embajada de España, publicado en http://www.icex.es/staticFiles/NOTA%20SOBRE%20EL%20ARBITRAJE%20Y%20LA%20MEDIACION%20EN%20EEUU_12614.pdf).

⁴³ Como señala DORADO PICÓN, A., “El arbitraje y la mediación en España”, *Rev. Jurídica de Castilla León*, nº 29, enero 2013, p. 5, “a pesar de las ventajas y los esfuerzos que sean realizado en la materia, la aplicación de la mediación en España todavía resulta insuficiente por lo que resulta necesario que los poderes públicos impulsen la utilización de este instrumento”.

⁴⁴ Con la Directiva “se pretende que exista una línea de actuación de convergencia legislativa en la materia, precisamente en una fase en la que la mediación está en un proceso de desarrollo todavía muy

de principios generales⁴⁵ para el fomento de la mediación en la Unión Europea⁴⁶, por lo que habrá que estar al contenido de cada legislación nacional para confirmar el alcance de su regulación pero, sobre todo, para que una vez las partes se hayan sometido a la mediación puedan resolver cuál es el concreto derecho aplicable y el lugar de celebración de la mediación, a falta de previsión expresa de las partes.

Pero no podemos aspirar sólo a la mayor armonización de la mediación en el ámbito europeo cuando lo que debemos pretender es su utilización a nivel internacional. Como refiere la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación, la regulación contenida en ésta se ha efectuado “*dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002*”. Las Leyes Modelos de la CNUDMI, no son derecho aplicable en todos los Estados pero pueden ser adoptadas por estos mediante la promulgación de disposiciones de derecho interno, como ha realizado nuestro legislador en la Ley 5/2012, de 6 de junio.

Destacar que el contemplar los criterios de la referida Ley Modelo supone seguir la senda recorrida en materia de arbitraje internacional ya que nuestra Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje reconoce como su principal criterio inspirador para el régimen jurídico del arbitraje español la correspondiente Ley Modelo sobre Arbitraje

incipiente en la mayor parte de los Estados Miembros para que, sin menoscabo de las competencias internas, se pueda disponer de legislaciones estatales con rasgos mínimos uniformes” (RODRÍGUEZ LLAMAS, S., “La Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25/2010-2, pp. 153-165).

⁴⁵ “Nos encontramos ante una norma de mínimos, ya que establece una serie de garantías esenciales para el correcto desarrollo del procedimiento, respetando la autonomía de los Estados miembros que serán los que, atendiendo a las exigencias mínimas fijadas por la Directiva, se encarguen de configurar la mediación en sus respectivos territorios” (DOMINGUEZ RUIZ, L., “La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2012, pp. 139-157).

⁴⁶ Excepto Dinamarca, vid. art. 1.3 de la Directiva.

Comercial Internacional elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil⁴⁷, si bien de fecha muy anterior en el tiempo (21 de junio de 1985).

El camino andado en materia de arbitraje internacional es mucho mayor que el realizado con la mediación. Prueba indudable de ello es que la Ley Modelo en materia de arbitraje “ha sido adoptada ya por más de 35 países”⁴⁸ e incluye a numerosos países no europeos⁴⁹, y que por el contrario respecto a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional siendo más reciente (2002) sólo se ha promulgado legislación nacional basada en la misma en ocho países y determinados estados de Canadá y EEUU⁵⁰.

La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional aclara no sólo que al referido término “comercial” debe dársele una interpretación amplia que incluya relaciones contractuales o las que no lo sean, sino también cuándo una conciliación es internacional⁵¹, no limitando su alcance y estableciendo expresamente que dicha Ley podrá ser aplicable a cualquier conciliación comercial cuando las partes convengan que debe considerarse internacional o simplemente sujetarse a la misma.

⁴⁷ Inspiración que se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje donde se reconoce además que “la Ley Modelo resulta más asequible a los operadores económicos del comercio internacional, habituados a una mayor flexibilidad y adaptabilidad de las normas, a las peculiaridades de casos concretos surgidos en escenarios muy diversos”.

⁴⁸ BELLO JANEIRO, D., “Fomento del Arbitraje”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González García*, Coord. JIMÉNEZ LIÉBANA, D., Ed. Aranzadi, 2002, p. 206.

⁴⁹ Los concretos países que se han adherido a la Ley Modelo se pueden comprobar en la página web de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (sus siglas en inglés UNCITRAL) (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html). Puede comprobarse la relación de países no pertenecientes a la Unión Europea, entre otros, India, Chile, Japón, México, y varios estados de EEUU y Canadá.

⁵⁰ Los países que han aprobado dichas leyes pueden verse en la página web de UNCITRAL *supra* referida (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html). Que además aclara que la Ley Modelo ofrece una pauta a los legisladores para que se planteen la posibilidad de incorporarla a su derecho interno, por lo que pueden actuar con total flexibilidad y apartarse del texto de la misma, lo que hace que el listado de países es sólo una indicación de los textos promulgados sobre esa base que se han dado a conocer a la secretaría de la CNUDMI.

⁵¹ Bien cuando las partes tengan, en el momento de celebración del contrato, sus establecimientos en Estados diferentes, o bien cuando el Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea en el que deba cumplirse la parte sustancial de la relación comercial ni el más vinculado al objeto de la controversia (art. 1.4 de la Ley Modelo).

Finalmente, dejar apuntado que la CNUDMI puede, junto a los textos no legislativos, (como lo son las Leyes Modelo) dictar otros que no lo sean, entre los que figura el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, que puede ser utilizado por las partes, mediante remisión, en la contratación internacional⁵². Dicho Reglamento, aprobado mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas nº 35/52 de 4 de diciembre de 1980, es muy anterior en el tiempo a la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional⁵³.

Tanto en el citado Reglamento como en la Ley Modelo (art. 6) se faculta al mediador (conciliador), para “*en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, formular propuestas para una transacción de la controversia*”, cuestión a la que no se hace referencia expresa en la Directiva 52/2008/CE (ni el Código de Conducta Europeo para Mediadores⁵⁴) donde sólo se incide en su imparcialidad y su independencia de las partes, lo que sirve de apoyo para los autores que, como se refirió *supra*, diferencian la mediación de la conciliación en el papel del tercero interviniente ya como mediador, ya como conciliador.

En cualquier caso, el retraso en la regulación de la mediación internacional no debe restar interés y esfuerzos a su implementación en los ordenamientos internos y que éstos se acojan a los principios de la Ley Modelo para que su utilización a nivel

⁵² Como se refiere en la web de UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/faq.html>) los textos no legislativos de la referida Comisión, entre los que cita el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI pueden ser utilizados por las partes en los contratos comerciales internacionales.

⁵³ De hecho, el Reglamento es referido en los Expositivos de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que aprueba la Ley Modelo y se muestra convencida de que ésta conjuntamente con el referido Reglamento “*contribuye en medida significativa al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficiente de controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales*”.

⁵⁴ “El Código de Conducta establece una serie de normas que pueden aplicarse en la práctica de la mediación y que pueden adoptar las organizaciones de mediación. Fueron elaboradas en cooperación con un importante número de organizaciones y personas privadas entre ellas mediadores con amplia experiencia profesional y otros interesados en que se desarrolle la mediación en Europa. El Código se adoptó en una reunión de estos expertos celebrada en Bruselas en julio de 2004 y para la Comisión fue un motivo de satisfacción el participar y tener la oportunidad de asistir a este proceso”, según consta en la web de la Comisión Europea (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_es.htm).

internacional se incrementa paulatinamente dadas sus numerosas ventajas para la solución de controversias contractuales en dicho ámbito.

V. LA CLÁUSULA DE MEDIACIÓN EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Expuestos *supra* los criterios que permiten considerar aplicable nuestra nueva Ley de Mediación a los conflictos transnacionales, podemos tratar de perfilar las cuestiones a valorar para su inclusión en una cláusula contractual en un contrato civil o mercantil internacional para someterse a la mediación⁵⁵.

Las partes, como premisa básica, deberán someterse a la institución de la mediación para tratar de evitar que cualquier controversia se someta directamente a los juzgados o al arbitraje⁵⁶, si bien las partes deberán valorar la posibilidad de que iniciada la mediación no alcancen un acuerdo, pudiendo configurar así las conocidas cláusulas escalonadas⁵⁷, en virtud de las cuales se pueda combinar la mediación con el arbitraje como último recurso a falta de acuerdo en la mediación.

Pero es aconsejable que las partes acuerden, también, el régimen jurídico que se aplicará al procedimiento de mediación. Si se acogen a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de

⁵⁵ A falta de cláusula de sometimiento en el contrato civil o mercantil internacional a (i) la mediación y (ii) a que ésta se realice con arreglo a lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación, ésta sólo será aplicable si las partes se acogen a ella voluntariamente (art. 16.1.a.) o cuando sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley aplicable (siempre que una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español), como referimos *supra*.

⁵⁶ La cláusula contractual propuesta por el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI en 1980 no exigía a las partes someterse obligatoriamente a la mediación señalando que “cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor”, aunque reflejaba que las partes podrán convenir otras cláusulas de conciliación.

⁵⁷ RODRIGUEZ PRIETO, F. en <http://hayderecho.com/2013/04/02/un-util-instrumento-juridico-para-descubrir-las-clausulas-escalonadas-medarb/>, abril de 2013, refiere las ventajas de las cláusulas escalonadas de mediación más arbitraje, de las que debemos destacar la de que “los contratantes que renuncian a un acuerdo (en la mediación) se pueden percatar de que, si no solucionan ellos el problema en mediación con arreglo a sus necesidades y a sus intereses compartidos, va a ser un tercero, el árbitro, el que resuelva en breve plazo, perdiendo ellos el control de la solución”.

Mediación, sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en la misma, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente (art. 10.1 Ley de Mediación), no obstante para evitar reglamentar contractualmente el procedimiento a seguir puede ser aconsejable incluir la institución de mediación ante la que se seguirá el mismo y bajo su reglamento en su caso⁵⁸. La elección del concreto mediador a priori, si las partes lo convienen, también será posible aunque en este caso será aconsejable fijar algún sistema de sustitución del mismo (v.gr. para el caso de su imposibilidad o incapacidad para actuar con posterioridad a su designación).

El idioma en el que deberá documentarse la mediación también podrá acordarse en el contrato lo que, como es lógico, es una de las grandes ventajas para los conflictos derivados de la contratación internacional en los que cada parte puede tener un idioma distinto.

Sin perjuicio que se puede acordar la concreta ciudad donde se desarrollará el proceso de mediación, se debe destacar como relevante en materia de contratación internacional por la distancia geográfica entre las partes, la posibilidad de acordar que todas o algunas de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz y la imagen “*siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación en esta Ley*” (art. 24.1 Ley de Mediación)⁵⁹.

⁵⁸ Como recoge el art. 16.2 de la Ley de Mediación la solicitud de inicio del procedimiento de mediación se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas (se entiende también en la correspondiente cláusula contractual). En cualquier caso, será fundamental conocer si existe reglamento de la institución de mediación y valorar su contenido.

⁵⁹ No debemos ocultar la dificultad técnica de garantizar la identidad de los intervinientes en las comunicaciones electrónicas cuando además nos encontramos con legislaciones distintas en la materia, vid. VILALTA, A.E., “Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional”, *Rev. De Internet, Derecho y Política*, num. 10, junio 2010, pp. 15-23, y GARCÍA DEL POYO, R.. “La mediación electrónica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero 2013, pp. 1-19.

También se puede incluir en la cláusula de mediación el número de mediadores que intervendrán, así como el modo de reparto de los costes de la mediación que a falta de pacto se dividirá por igual entre las partes (art. 15 Ley de Mediación).

Aunque uno de los pilares de la mediación es que fomenta al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes y con ello continuar su actividad comercial, y pese a que los contratantes se sientan confortables con el régimen jurídico aplicable al procedimiento, deberán valorar el reconocimiento que la legislación y los tribunales del país de la contraparte concede a los acuerdos de mediación extranjeros para el caso de necesitar allí su ejecución.

Sin perjuicio de todas las variaciones que se puedan producir en virtud tanto de las preferencias de las partes en base a lo expuesto, como de las concretas circunstancias del contrato en que se incluya, la cláusula de acogimiento a la mediación podría desarrollarse a partir de la siguiente redacción⁶⁰:

“Cláusula [...]. Sometimiento a mediación. Las partes acuerdan que, con carácter previo al inicio de cualquier reclamación judicial entre las mismas derivada de la interpretación o ejecución de este contrato, se someterán de forma voluntaria a la Mediación como medio alternativo de resolución de controversias intentando alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Pactan expresamente someterse a la Ley española de Mediación (Ley 5/2012, de 6 de julio) y que el procedimiento de mediación se realice ante la institución de mediación [...] y su reglamento, por [...] mediador/es, que a falta de acuerdo entre las partes será/n designado/s por la propia institución de mediación de acuerdo con su reglamento.

El idioma del procedimiento de mediación será el [...].

⁶⁰ Existen diferentes propuestas para la redacción de las misma, en tal sentido véase las propuestas por la Fundación Notarial Signum creada en el año 2011 por el Colegio Notarial de Madrid, para la promoción y el fomento de la mediación y arbitraje institucionales, y de otras vías alternativas que faciliten la solución convencional de las controversias, en <http://fundacionsignum.org/es/centro-de-mediacion>.

El procedimiento de mediación tendrá lugar en la ciudad de [...], España, si bien el mediador promoverá que las diferentes actuaciones se puedan realizar por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz y la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de las partes”.

No será necesario reproducir en la cláusula todos aquellos aspectos que sobre la mediación y su procedimiento se contienen en la propia Ley 5/2012, de 6 de julio⁶¹, y en cualquier caso se podrá incluir la posibilidad de la aplicación subsidiaria de lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

VI. LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL.

La mediación, como todo ADR, está regido en última instancia por la voluntad de las partes que se someten a él, por lo que podemos encontrarnos con que los sujetos involucrados decidan acudir al proceso de mediación regulado en la normativa de algún estado (v.gr. la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) o incluso a un procedimiento pactado *ad hoc* entre las partes, lo que sin duda alguna afectará no sólo a la sustanciación del proceso, sino también a la ejecución del acuerdo eventualmente alcanzado y que dependerá, en última instancia, del régimen previsto en el lugar en el que se pretenda ejecutar.

Como no puede ser de otro modo, el fin último perseguido con la mediación es el de alcanzar un acuerdo entre las partes y que éste pueda ser vinculante para ellas, pues tan importante es haber alcanzado el acuerdo como su ejecución o cumplimiento, sin que podamos perder de vista que en el ámbito de la contratación internacional civil y

⁶¹ Si bien, dada la importancia para su ejecución en España del acuerdo que se pudiera alcanzar sería recomendable incluir en la cláusula un compromiso específico de elevar a público el acuerdo alcanzado en atención al art. 517.2 LEC.

mercantil el componente transfronterizo inherente a la misma cobra una vital importancia, pues existe la posibilidad de que tras haberse seguido el procedimiento de mediación en un concreto Estado bajo su normativa interna, sea necesario ejecutar el acuerdo alcanzado en caso de incumplimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado distinto.

Ante esta problemática específica derivada de la internacionalización de los conflictos, es importante que las partes prevean con anterioridad qué requisitos se establecen en los distintos ordenamientos jurídicos que puedan resultar implicados a fin de poder ejecutar el acuerdo de una manera rápida y eficaz, pues de lo contrario la parte que ha visto gravemente lesionados sus intereses por el incumplimiento del acuerdo por su adversa podría verse finalmente inmersa en un nuevo procedimiento judicial en el país en el que debe ejecutar el acuerdo.

Éstas dificultades podrían salvarse mediante una progresiva armonización internacional respecto a las regulaciones internas de instituciones como la mediación⁶², unido a la posible adhesión a futuros reglamentos o convenios internacionales que doten de una misma fuerza ejecutiva a los acuerdos que hayan sido alcanzados en atención a

⁶² BARONA VILAR, S., “Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 455-456, se pronuncia en el mismo sentido haciendo referencia expresa a las dificultades que se derivan de las diferencias en el régimen de ejecución del acuerdo de mediación alcanzado, destacando que hay “países en los que no se prevé un régimen especial para regular la ejecutoriedad de los acuerdos, lo que lleva a entender que se les considera un contrato suscrito por las partes (carácter meramente contractual, puro); otros, como Hungría o Corea, aceptan que las partes que han resuelto una controversia por esta vía designen a un árbitro para que dicte un laudo basado en el acuerdo transnacional. En China, por ejemplo, la conciliación puede estar a cargo de un tribunal arbitral y si existe acuerdo el tribunal arbitral deja constancia por escrito de éste o dicta laudo de conformidad con lo acordado transaccionalmente (...); por su parte en otros países se habla de una suerte de vía ejecutoria sumaria, siempre que las partes y sus asesores letrados así lo dispongan o cuando se prevea por ley esta ejecución sumaria del acuerdo cuando concurren un certificado notarial o una homologación judicial, como sucede, por ejemplo en la legislación de Bermudas”. Por su parte, DOMÍNGUEZ RUIZ, L., “La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español”, *est. cit.*, p. 152, en relación a Italia, que refiere como país pionero en la transposición de la Directiva 2008/52/CE, señala respecto al derecho italiano que “a instancia de parte y previo cumplimiento de los requisitos formales, el tribunal de la circunscripción donde tiene su sede el organismo de mediación homologará el acuerdo, siempre y cuando no sea contrario al orden público o a normas imperativas. Desde este momento constituye título ejecutivo para la expropiación forzosa, para la ejecución en forma específica y para la inscripción de la hipoteca judicial”.

las normas internas de los países que los adopten, pues con ello se potenciaría sin lugar a dudas su utilización en los conflictos comerciales internacionales⁶³.



Centrándonos en el sistema previsto en la Ley de Mediación española, vemos cómo el legislador, siendo consciente de que la mediación es un método alternativo, que no sustitutivo, de solución de conflictos, como consecuencia de su promulgación modificó hasta 24 artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de poder coordinar y complementar este ADR con la vía jurisdiccional⁶⁴.

A los efectos que aquí nos ocupan merecen una especial atención aquellos relativos a la ejecución de los acuerdos alcanzados tras el proceso de mediación⁶⁵, máxime en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil en la que entrarán en colisión distintos ordenamientos jurídicos, pues de ello depende la utilidad práctica del sistema seguido.

⁶³ Tal y como afirma GONZALO QUIROGA, M., “Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizada”, en AA. VV. *Métodos alternos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de la justicia*, Coords. GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ, F.J., SÁNCHEZ GARCÍA, A., Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2011, pp. 41-66, “en el ámbito universal, si la divulgación del arbitraje en todo el planeta ha sido posible gracias a la amplia adopción del Convenio de Nueva York y a la armonización facilitada la Ley Modelo Uncitral, en el ámbito de la mediación el éxito no es, por el momento, el mismo”.

⁶⁴ Los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que han sido modificados como consecuencia de la Ley de Mediación son los siguientes: 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580. En dichos artículos se han regulado aspectos tan relevantes como la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad –que no de interrupción–, la facultad de interponer una declinatoria en caso de existir pacto de sumisión expresa a la mediación –sin perjuicio de que cualquiera de las partes está facultada para desistir en cualquier momento del proceso de mediación, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje–, la configuración en forma del auto de la posible aprobación judicial de los acuerdos de mediación, la confidencialidad del proceso de mediación salvo pacto en contrario o incluso la escasa regulación de la incidencia en materia de condena en costas frente a la regulación existente en los sistemas anglosajones del Derecho del *Common Law*, el impulso de la mediación intrajudicial y las particularidades que su ejecución presenta. En tal sentido, véase GONZÁLEZ MARTÍN, L.A., “Aspectos procesales de la Ley de Mediación”, *est. cit.*

⁶⁵ La equiparación a los títulos judiciales del acuerdo de mediación adoptado bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos de la Ley de Mediación conlleva necesariamente la aplicación de las normas reguladoras de éstas y que, en algunos casos, deberán ser adaptados en su aplicación a las concretas características que este título posee (v.gr. por lo que respecta al plazo de caducidad de 5 años, éste parece que deberá comenzar a computarse desde el día en que se otorgue la correspondiente escritura pública, de igual forma que el plazo de espera de 20 días regulado en el art. 548 LEC dejará de tener virtualidad práctica si en el acuerdo las partes han acordado diferir a un concreto momento el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes). Véase, HERRERO PEREZAGUA, J.F., “Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo”, *est. cit.*

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley de Mediación otorga una gran importancia a estos aspectos al afirmar que “*corolario de esta regulación es el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo, lo que se producirá con su ulterior elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales*”; afirmación en la que ya se introducen los elementos claves a tener en cuenta a la hora de poder ejecutar el acuerdo alcanzado (eso sí, ante los tribunales españoles, pues de no ser así habrá de estarse a lo que determine el ordenamiento jurídico del país en el que se pretenda ejecutar el acuerdo).

Nótese, a este respecto, que el legislador español tan sólo otorga fuerza ejecutiva a los acuerdos adoptados conforme a lo dispuesto en la Ley de Mediación si, una vez alcanzado, las partes optan voluntariamente por recogerlo en escritura pública (y ello con la finalidad de que sea el notario quien pueda hacer un test de legalidad a lo contenido en el mismo), requisito que deberá ser tenido en cuenta a la hora de finalizar el proceso de mediación, pues de lo contrario en caso de que una de las partes no cumpla con lo convenido, su adversa no podrá instar directamente su ejecución forzosa ante los tribunales españoles, pues casi con total seguridad en ese momento el incumplidor se negará a otorgar la necesaria escritura pública.

Ahora bien, esta regla general que equipara la ejecutividad de la escritura pública del acuerdo alcanzado a la de una resolución judicial o un laudo arbitral, debe ser matizada en dos supuestos: cuando se pretenda ejecutar en otro Estado el acuerdo alcanzado bajo la normativa española y en aquellas situaciones en las que sean los acuerdos alcanzados en el extranjero los que pretendan ejecutarse en España.

1. La ejecución en el extranjero de un acuerdo alcanzado en España en atención al procedimiento establecido en la Ley de Mediación.

Como hemos adelantado, el legislador español ha dotado de fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados tras un procedimiento de mediación que sean elevados a escritura pública en atención al régimen legalmente previsto, previsión que aparece

completada para el caso de que éstos quieran ser ejecutados en el extranjero con el necesario cumplimiento adicional de *“los requisitos que, en su caso, puedan establecer los Convenios Internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”* (art. 25.3 Ley de Mediación).

Como habrá podido advertir el lector tal afirmación no parece del todo acertada dado que, en caso de que el acuerdo deba ser ejecutado en el extranjero, lógicamente resultará de aplicación la concreta legislación vigente en el concreto Estado implicado – y ello sin perjuicio de las posibles previsiones existentes, en su caso, en el régimen bilateral o multilateral que pueda existir al respecto–, pues será ésta la que en última instancia fijará los requisitos que los acuerdos de mediación deberán cumplir para que puedan ser ejecutados en su sistema judicial.

Pese a que la casuística generada por los diferentes ordenamientos jurídicos que pueden verse implicados obliga a analizar cada supuesto de manera individualizada, no cabe duda de que de que la ejecución del acuerdo alcanzado, como regla general, será más sencilla en un país miembro de la Unión Europea que en uno ajeno al ámbito comunitario, y ello por cuando la normativa europea presenta un régimen más amplio y desarrollado que la contenida en el resto de convenios internacionales⁶⁶.

⁶⁶ ESPLUGES MOTA, C. “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLVI, núm. 136, enero de 2013, pp. 165-199. El autor, en este supuesto, establece una nueva subdivisión en dos supuestos distintos atendiendo a si el acuerdo se pretende ejecutar en un Estado Miembro de la Unión Europea o no, afirmando al efecto que en el primero de los casos “habremos de estar al tipo de acuerdo alcanzado. Si ha sido logrado en una mediación desarrollada en el marco de un proceso judicial, lo más lógico es que contemos con una resolución judicial o una transacción judicial en materia civil y mercantil, lo que haría perfectamente aplicable con carácter general tanto el Reglamento de Bruselas I, ya mencionado, como el Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo, el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos o, en breve, el Reglamento sobre sucesiones”, Reglamentos que, según afirma el autor, serían también aplicables en aquellas ocasiones en que contemos con un documento público con fuerza ejecutiva. Por otra parte, en el caso de que se pretendiese ejecutar en un Estado no Miembro, afirma que “habrá que estar al régimen convencional bilateral o multilateral existente en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras” y, en caso de no contar con éstos, “habrá de atenderse a la norma interna del país en que se desee ejecutar el acuerdo concluido”.

2. La ejecución en España de acuerdos de mediación internacionales alcanzados bajo un régimen distinto a la Ley de Mediación.



Por el contrario, si lo que se pretende ejecutar en España es un acuerdo de mediación transfronterizo, sin perjuicio de lo que puedan disponer tanto la normativa de la Unión Europea como los convenios internacionales vigentes en España, como regla general éste deberá elevarse previamente a escritura pública ante un notario español, por lo que resulta aconsejable que, si las partes acuerdan que en caso de incumplimiento serán los tribunales españoles los competentes para conocer de la ejecución forzosa, al momento de alcanzar el acuerdo procedan de manera inmediata a su elevación a escritura pública en España pues, de lo contrario, ello resultaría muy complicado si tuviese que hacerse una vez incumplido el acuerdo por una de las partes.

No obstante lo anterior, el art. 27.1 de la Ley de Mediación preceptúa que la elevación a público de acuerdo de mediación no resulta necesaria en aquellos supuestos en los que dicho acuerdo hubiera sido previamente declarado como “ejecutable” por una autoridad extranjera competente que desempeñe funciones equivalentes a las que desarrollan las autoridades españolas, debiendo no obstante tener en cuenta que no es posible la ejecución de un acuerdo extranjero que resulte manifiestamente contrario al orden público español (art. 27.3 Ley de Mediación).

A la vista de lo anterior, nuevamente nos encontramos con que en el ámbito de la Unión Europea la normativa comunitaria facilita la ejecución en España de un acuerdo de mediación alcanzado en un país miembro de la Unión, debiendo atenerse en tales casos a esta específica normativa entre la que merecen ser destacados tanto el Reglamento de Bruselas I como el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, teniendo que estar en el resto de países a lo que dispongan los posibles convenios o, en su defecto, al régimen previsto por el legislador español⁶⁷.

⁶⁷ ESPLUGES MOTA, C. “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio”, *est. cit.*

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En el ámbito internacional las relaciones comerciales transfronterizas plantean problemas específicos de una economía globalizada y la vía judicial, por lo que debe plantearse como el último recurso cuando las partes no hayan sido capaces de alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La práctica comercial internacional ha demostrado que la mediación se muestra como uno de los métodos alternativos de solución de conflictos especialmente idóneo en el ámbito de la contratación civil y mercantil, dado que aunque no garantiza la obtención de un acuerdo que ponga fin a la controversia, se ha comprobado que las partes no solo pueden mantener o fortalecer sus relaciones comerciales, sino que están además más dispuestas a cumplir el acuerdo alcanzado.

En relación con lo anterior, debe destacarse que en los conflictos derivados de la contratación internacional, puede resultar atractiva la institución de la mediación para las partes por muchos motivos, entre los que resultan especialmente relevantes la posibilidad de usar medios telemáticos que permitan salvar la distancia entre las partes, la colisión entre distintos ordenamientos jurídicos, la confidencialidad respecto al procedimiento por cuestiones de imagen, la posibilidad de acortar los costes y plazos para solventar el conflicto y sobre todo que, siendo ellas mismas quienes definen el contenido del acuerdo, la solución puede ser mucho más práctica y menos jurídica.

Frente a la progresión de la mediación alcanzada en países como Estados Unidos, en nuestro país esta institución en el ámbito contractual todavía se muestra incipiente, siendo su regulación muy reciente y necesitando la misma de una mayor concienciación e información de los agentes del tráfico económico-empresarial para su potenciación y mayor desarrollo. Empiezan a surgir instituciones de mediación que deberán cumplir dicha función y fomentar su utilización en el ámbito contractual internacional, ofreciéndose incluso para tutelar y gestionar la tramitación de procedimientos transnacionales alcanzando el suficiente prestigio para ser un referente internacional.

Aunque la mediación pueda acometerse sin necesidad de pacto contractual previo a la controversia parece recomendable que, como apuesta por la solución amistosa, las partes en el contrato ya prevean el sometimiento expreso a la mediación y, por claridad, el régimen legal que será aplicable a la misma. Incluso la elección de una institución de mediación podría facilitar la puesta en marcha del procedimiento. Lo anterior, sin olvidar, que en la medida que las partes no alcancen un acuerdo mediante la mediación será recomendable pactar de forma escalonada la sujeción, en su caso, al arbitraje internacional.

Serán los propios agentes que operan en el tráfico mercantil los que marquen las pautas y el ritmo de desarrollo de la mediación en el ámbito de la contratación internacional, apostando o no por la transacción pre-litigiosa como método práctico y adecuado para la solución de conflictos que les permita mantener las relaciones comerciales con la contraparte.

