

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONFLICTO EMPRESARIAL

(BUSINESS DISPUTE RESOLUTION THROUGH MEDIATION)

Working Paper IE Law School

AJ8-206

03-10-2013

Cátedra José María Cervelló

Susana Conde Carreño

MAJP IE Law School 2012-2013

Abogado

susanacondec@gmail.com

Javier Bustillo Guzmán

MAJP IE Law School 2012-2013

Abogado Estudio Jurídico Bustillo

jbg@ejbustillo.com

Daniel Lara Nájar

MAJP IE Law School 2012-2013

Abogado Afianza Asesores

dlara@afianza-ac.es

Resumen/Abstract:

Con motivo de la entrada en vigor el pasado 27 de julio de 2012 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con independencia de que la mediación se constituye como una institución clásica para la resolución extrajudicial de conflictos, esta Ley se posiciona como la primera norma de rango general que acomete la regulación de dicha figura en nuestro ordenamiento. Este trabajo estudia, desde el análisis profundo de la citada normativa y de la institución, la implementación de la mediación como método de resolución de conflictos, centrandose el interés en su desarrollo en la resolución de controversias internacionales, así como los impulsos necesarios para la definitiva, por necesaria, consolidación del mismo.

On 21st May 2008, the European Parliament formally approved the Council's common position on the European Mediation Directive and had to be implemented into the national law of member states within three years. Spain adopted the 5/2012 Act, on 27th July 2012 on civil and commercial matters, to bring particular aspects into force. Regardless of mediation is a commonly used tool on alternative dispute resolution, this new Act come into force to regulate this ADR in our legal system for civil and commercial mediation. This paper attempts to analyze, from a thorough analysis of the law and the implementation of mediation as a dispute resolution method. With special attention to this innovative way to solve international disputes and unfolding what this Act really needs to bring strengthen into this ADR system.

Palabras clave/Key words: Conflicto; internacional; transfronterizo; mediación; negociación; contratación internacional; ADR; mediador; voluntariedad; igualdad; confidencialidad; neutralidad; acuerdos./ *Conflict; international; cross border; mediation; negotiation; international contracting; ADR; mediator; voluntarism; equality; confidentiality; neutrality; agreements.*

La publicación de la Serie Working Papers IE-Law School está patrocinada por la Cátedra José María Cervelló.
Copyright © 2013 Susana Conde Carreño, Daniel Lara Nájjar, Javier Bustillo Guzmán.
Este working paper se distribuye con fines divulgativos y de discusión.
Prohibida su reproducción sin permiso del autor, a quien debe contactar en caso de solicitar copias.
Editado por el IE Law School, Madrid, España

*The publishing of Serie Working Papers IE-Law School is sponsored by the José María Cervelló IE Chair.
Copyright ©2013 Susana Conde Carreño, Daniel Lara Nájjar, Javier Bustillo Guzmán.
This working paper is distributed for purposes of comment and discussion only.
It may not be reproduced without permission of the copyright holder.
Edited by IE Law School and printed at IE Publishing, Madrid, Spain*

ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
ADR	Alternative Dispute Resolution
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEDR	Center for Effective Dispute Resolution
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EM	Exposición de Motivos
ICC	International Court of Arbitration
ICDR	International Centre for Dispute Resolution
JAMS	Judicial Arbitration and Mediation Services
LCIA	The London Court of International Arbitration
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LM	Ley de Mediación
MARCS	Mecanismo de Resolución Alternativa de Conflictos
NPC	Normas del Proceso Civil
ODR	On-line Dispute Resolution
RDL	Real Decreto Legislativo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea

Introducción

Nadie pone en duda que en la actualidad nos encontramos en mundo global, tanto a nivel jurídico como comercial, en el que resultan cada vez más comunes las relaciones internacionales entre empresas y particulares. Sin embargo, algunos órganos jurisdiccionales y legislaciones no se han adaptado a la internacionalización y complejidad de la realidad social y continúan, en consecuencia, actuando de forma local. En este sentido, los sujetos que contratan en el ámbito internacional se encuentran desamparados, tanto en el aspecto normativo como en el jurisprudencial, por cuanto apenas se localizan normativas comunes, principios de aplicación internacional (*Principal Common Law, Incoterms*, etc.), u órganos jurisdiccionales supranacionales que atiendan las controversias que, de manera irremediable, surgen como consecuencia de las relaciones internacionales en materia contractual.

Con el fin de suplir estas carencias, es común que los abogados de las partes a la hora de redactar los contratos que regirán la relación internacional entren en duras negociaciones para la fijación de las cláusulas que regularán la misma, así como la legislación y la jurisdicción aplicables, realizándose, en algunos casos, pura ingeniería jurídica.

Todo lo anterior hace necesaria la promoción y puesta en práctica de nuevos métodos de resolución de conflictos que tengan un carácter más internacional, a la vez que profesional y ágil, en definitiva, ajustados a la realidad social, procurando los intereses de las partes así como la continuidad de las relaciones comerciales a través de la solución menos gravosa para las mismas. Es aquí donde entra en juego la herramienta jurídica objeto del presente trabajo: la mediación.

La situación actual choca con la eficacia y el éxito reconocido a la institución de la mediación, utilizada incluso por las Naciones Unidas como herramienta eficaz de resolución de conflictos internacionales en los que entra en juego la Paz¹.

Nada mejor que aportar una definición del término mediación² Para ello se acude a la definición

que recoge la Directiva 2008/52/CE³, replicada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, que la define como “aquél procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan

¹ Véase entre otros documentos las directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz de Septiembre de 2012 firmado por el Secretario General de las Naciones Unidas Ban Ki-moon:
[http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012\(spanish\)_1.pdf](http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012(spanish)_1.pdf)

² Según la RAE, entre otras acepciones: Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.

³ Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos civiles de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE de 24 de mayo de 2008).

voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”. Desde un punto de vista muy práctico, la mediación se puede concebir como un avance en el proceso de la negociación, ya que se trata de que las partes, ayudadas por un tercero, lleguen a un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses⁴.

De cara a regular e implementar la figura de la mediación en nuestro ordenamiento, el 5 de marzo de 2012, el Gobierno español aprueba el RD-L 5/2012⁵, convalidado por el Congreso de los Diputados el 29 de marzo del mismo año. Presentado como proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se aprueba el 6 de julio la Ley 5/2012⁶. Esta legislación tiene como objetivo no sólo la transposición de la Directiva 2008/52/CE, sino que va más allá y se constituye como la primera norma de rango general que acomete la regulación de la mediación en materia civil y mercantil en nuestro ordenamiento jurídico interno, de conformidad con la disposición final tercera⁷ de la Ley 15/2005⁸, que encomendaba al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre mediación.

De la EM de la Ley se extrae la necesidad de proteger la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, derecho fundamental recogido por nuestra Constitución⁹, que implica el “*reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja*”¹⁰. No obstante, la complejidad de las relaciones

comerciales y de la actividad económica, la necesidad de mantener, en ocasiones, en privado determinadas cuestiones entre las partes y, en segundo plano, la elevada carga de trabajo de los tribunales, dibujan los condicionantes que hacen surgir realmente la necesidad de regular e implantar la mediación en el ámbito civil y mercantil.

⁴ La Mediación en España, D^a Pilar Galeote.

⁵ Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012).

⁶ Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).

⁷ “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

⁸ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

⁹ Art. 24.1 CE: “1. 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”.

¹⁰ Vid. al respecto Exposición de Motivos de la Ley 5/2012.

1. Antecedentes

1.1. Aspecto histórico-filosófico de la mediación

Un conflicto, a pesar del marcado carácter de negatividad que se le endosa a dicha acepción en la sociedad moderna, calificado incluso por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “*combate, lucha, pelea*”, no es más que una fase temporal e inevitable dentro de una relación interpersonal. Es la forma en la que ese conflicto se resuelve lo que determina si el mismo es positivo o negativo, pero un conflicto “*per se*” no es negativo.

La resolución de conflictos tiene sus orígenes en el Confucianismo, donde la pacífica organización de la sociedad estaba orientada hacia la conclusión óptima de las desavenencias dentro de la comunidad a través de la persuasión moral y el entendimiento entre las partes, nunca mediante la coacción, sino guiadas en todo momento por la compasión y la empatía. De la misma manera, la creencia de Confucio considera que el principio de armonía es un aspecto básico para lograr un entorno libre de conflictos basado en relaciones de interacción social donde los objetivos comunes se constituyen como lo más importante. Este conjunto de doctrinas morales y religiosas predicadas por los discípulos de Confucio aplicaban una mediación no institucionalizada como mecanismo de convivencia.

Es interesante destacar cómo cuatro siglos A.C. se trataban de regular las relaciones personales de la sociedad no mediante un tratamiento normativo u opresivo, sino mediante un sistema de ejemplo de moralidad, mediación y autotutela. Se buscaba huir de normas abstractas que establecieran qué era lo correcto o incorrecto, lo adecuado e inadecuado, para que fuera a través de la mediación cómo las personas encontrarán la solución más adecuada para cada conflicto o disputa. Se trataba de fijar la atención en los valores, las raíces profundas, la propia relación, alejando así la posible tensión creada por el conflicto.

Durante siglos, y debido a la convivencia en micro-comunidades, se ha tratado de solucionar los

conflictos mediante la intervención de terceros, habitualmente un líder que mantenía la cohabitación y las normas dentro de la comunidad, siguiendo unas pautas determinadas cuando surgían tensiones por asuntos relacionados con la tierra, la cosecha o los repartos.

Por su parte, los fenicios basaron, con gran éxito, su política en el comercio marítimo en el Mediterráneo, lo que les situó en una posición privilegiada e inició una fuerte corriente mercante donde aún no existía un derecho especializado para regular dicha materia. Esto provocó que el tráfico mercantil quedara bajo normas jurídicas irregulares, poco avanzadas y en ningún caso adaptadas al nuevo tipo de comercio. Fenicia, como capital de los grandes mercaderes de la antigüedad, establecía relaciones comerciales complejas de forma continuada y en un entorno en constante cambio bélico y político, por ello basaron la

resolución de los conflictos surgidos en esos intercambios en un sistema de mediación como parte de sus reglas comerciales, quedando sobradamente demostrado por la historia como método apropiado y efectivo. Aunque se conocen actuaciones de ADR con anterioridad en la antigua Siria, fueron los fenicios quienes incorporaron estos métodos en el comercio internacional.

Cabe destacar que durante la historia, Occidente ha sido el entorno geográfico con menores señales de uso de la mediación y, a su vez, el lugar con mayores y más complejos enfrentamientos. Es por ello que desde el comienzo de la Revolución Industrial, se presta gran atención a las relaciones vinculadas a la contratación.

Con la llegada de la sociedad moderna y la necesidad de un entendimiento entre los participantes para un desarrollo económico adecuado, se decide depositar mucho esfuerzo y una gran inversión económica en la creación de relaciones estables, duraderas y rentables, pero la intervención de un gran número de culturas, lenguas y tradiciones en las mismas ha provocado que la gestión de un posible conflicto sea proporcionalmente más compleja. Fue el alemán Frank Sander, profesor de Harvard Law School, quien logró captar la atención en 1976 en cuanto a los procesos alternativos de resolución de conflictos, en un entorno de insatisfacción en todo lo referente a la administración de la Justicia. Desde ese momento, mucho se ha escrito y

desarrollado sobre estas nuevas formas de plantear un conflicto pero, según el último informe de la ABA del año 2012¹¹, a pesar de la Directiva Europea poco ha aumentado la demanda de estos servicios en el continente europeo, aunque sí se reconoce un creciente interés por la mediación y un lento, pero constante, aumento de la solicitud de arbitrajes.

1.2. Conflicto y crisis en los contratos.

Los conflictos son cíclicos y suelen seguir un patrón. Siguiendo la propuesta de Joachim Schwass, los conflictos se componen de cinco fases: ausencia de conflicto, fase aguda, el conflicto amenaza con ser incontrolable, ansiedad ante la catástrofe, comportamiento constructivo, ausencia de conflicto. Con el tiempo, este ciclo se repetirá: se alcanzará de nuevo la fase aguda y otra vez se repetirá el mismo patrón. En este sentido, gestionar los conflictos desde un enfoque transformador permite manejarlos de forma positiva, en tanto se contempla la posibilidad de negociar, llegar a un consenso, establecer acuerdos, asumir responsabilidades, suscitar compromisos, generar empatía con los otros, comprender su postura y conciliar los diferentes puntos de vista y las razones que provocan las discrepancias que dan lugar al conflicto¹². Todo esto forma parte de la aplicación natural de los contratos, más aún si cabe en los contratos de tracto sucesivo, en los que las obligaciones y derechos de

¹¹ 15th American Bar Association Dispute Resolution Section - 2013 Chicago Conference. 3-6 Abril.

¹² Josep Tapies al tratar el conflicto en la empresa familiar
http://www.iese.edu/es/ad/catedras/EmpresaFamiliar/2011/Articulos/Noviembre2011_temadelmes.asp

las partes se reproducen en un sinnúmero de ocasiones y, más aún, en interacciones internacionales, en las que las partes pertenecen a culturas radicalmente diferentes en las que la importancia de la moral, honorabilidad, principios religiosos, etc., puede tener baremos de aplicación muy diferentes, y todo ello sin obviar la pluralidad de legislaciones existentes. Estas diferencias, si bien en ocasiones pueden aportar riqueza a la interacción de las partes, muchas veces se convierten en el embrión del conflicto y desatan las disputas, que pueden acabar siendo analizadas y resueltas por un órgano jurisdiccional nacional de una de las partes que no atiende a cuestiones de tipo cultural por desconocimiento de las mismas. Es aquí donde la mediación aporta valor, pues el mediador, que debe ser capaz de conocer todos los aspectos jurídicos y culturales que causan la fricción de la relación internacional, deberá sacarlos a relucir en los momentos adecuados para así obtener el acuerdo de las partes.

Ante una situación de crisis, las partes pueden actuar de muy diversas formas, recurriendo a actuaciones privadas, como pueden ser la evitación del conflicto, la discusión informal, la negociación, la violencia, etc.; o recurrir a la ayuda de un tercero que intervenga para el acercamiento y obtención del acuerdo (mediación) o, en su caso, decida por las partes (arbitraje o jurisdicción). La participación de un tercero puede quedar establecida a priori, en un contrato civil o mercantil, o a posteriori, sometiéndose las partes una vez aparece el conflicto.

En relación con lo anterior, es práctica común que los abogados procuren en la fase de negociación de los contratos civiles y mercantiles internacionales, que la cláusula referente a la jurisdicción aplicable en supuestos de conflicto remita a los tribunales patrios de cada parte, bajo la convicción de que *“el juez nacional fallará a favor de las empresas de su país”*, y a ello añadido el hecho de que el abogado se encuentra más cómodo en el entorno legislativo que conoce.

No obstante, el interés del cliente no estriba en la realización de todas sus pretensiones si ello supone el deterioro o ruptura de las relaciones. De la misma forma, se busca en todo momento proteger la imagen corporativa de las empresas internacionales, por cuanto ésta se considera a día de hoy como uno de sus activos intangibles más importantes. Esto se consigue únicamente mediante una vía: la mediación.

2. Análisis normativo

2.1. Normativa española

Si bien la mediación en el panorama legislativo español ha tenido escasa presencia hasta hace poco tiempo, no se puede hablar de que la experiencia nacional en la materia haya sido nula. Los antecedentes en el ámbito de la mediación en España se encuentran en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que establece la posibilidad de que las partes suspendan el

proceso para someterse a mediación¹³, siendo además que su Disposición Final 3ª instó a las Cortes la realización de un Proyecto de Ley de Mediación basado en los principios proclamados por las disposiciones de la UE y, en concreto, voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad, así como el respeto a los servicios de mediación creados por las CC.AA. En el ámbito autonómico, a diferencia del estatal, el legislador sí se ha hecho eco de la importancia y conveniencia de la regulación de esta figura, y en concreto 13 CC.AA. han procedido a su regulación, constituyendo el ámbito familiar la materia que ha circunscrito la mayoría de la legislación autonómica actualmente vigente en materia de mediación¹⁴. Asimismo mencionar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002 y el Proyecto de Ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011¹⁵.

Asimismo, el Libro Verde de la Unión Europea ya hacía referencia a esta necesidad en un ámbito de fomento desde las instituciones públicas: *“las ADR representan una prioridad política - confirmada en varias ocasiones - para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad”*.

La Directiva 2008/52/CE articula el marco legislativo común en relación con la mediación civil y mercantil de carácter transfronterizo en Europa y, dada su condición de Directiva, requiere su transposición por los distintos Estados miembros de la UE, con excepción de Dinamarca. La Directiva debía estar transpuesta el 21 de mayo de 2011. Algunos países como Austria o Finlandia ya adoptaron normativa nacional con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. En España, al igual que en otros países de la UE, la transposición tiene lugar con retraso, culminando con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que deroga el RD-L 5/2012¹⁶.

Con independencia de la importancia que suscita la cuestión, que según su EM tiene por objeto la protección de un derecho fundamental (art. 24 CE y 67 TFUE¹⁷), nos encontramos

¹³ Art. 770.7 LEC.

¹⁴ Por orden cronológico: Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña, derogada por la Ley 15/2009; Ley 4/2011, de 31 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre mediación familiar; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Autónoma Valenciana; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de mediación familiar; Ley 4/2005, de 24 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar; Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, de mediación familiar, derogada por la Ley 14/2010; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2007, de 23 de marzo, del Principado de Asturias, de Mediación Familiar; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de Mediación Familiar; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley de la Generalitat de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón; Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

¹⁵ Este Proyecto no vio finalizada su tramitación como consecuencia de la disolución de las Cortes con motivo del anticipo de las elecciones generales.

¹⁶ La transposición en España tiene lugar a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 12 de mayo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles con motivo del riesgo para el Estado de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea.

¹⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

ante una norma prudente, que sienta los principios básicos sobre los que descansará la solución alternativa de controversias, véase voluntad e igualdad de las partes imparcialidad y neutralidad de los mediadores y confidencialidad, buscando así favorecer su aplicación frente a la solución judicial de los conflictos. Se podría catalogar la norma como “discursiva”, más que como una ley que regule la institución en profundidad, pues en ningún caso profundiza, a expensas de la entrada en vigor (que a fecha del presente trabajo de investigación aún no ha sido realizado) de un reglamento que desarrolle la materia. No obstante, es de alabar que la entrada en vigor de esta normativa ponga sobre la mesa una novedad a nivel legislativo para nuestra cultura, la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Del análisis de la norma se destaca que constituyen el objeto material de la mediación las controversias en asuntos civiles o mercantiles, ya sean nacionales o transfronterizas¹⁸, siempre y cuando el conflicto subyacente afecte a derechos y obligaciones disponibles de conformidad con la legislación aplicable al caso concreto, quedando excluidas aquellas obligaciones ajenas a la libre disposición de las partes¹⁹. En consecuencia, se excluyen de su ámbito de aplicación la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo²⁰. En cuanto a su ámbito espacial, será requisito indispensable que al menos una de las partes, a salvo los sometimientos expresos o tácitos a dicha Ley, tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español²¹.

El procedimiento se iniciará de común acuerdo entre las partes, incluyendo en este caso el acuerdo de mediación y la designación del mediador o institución mediadora en la que se llevarán a cabo las negociaciones, o por una de las partes en cumplimiento de un pacto previo de suspensión, que no de interrupción²², de los plazos de prescripción o caducidad de las acciones judiciales hasta la terminación del procedimiento de mediación, constituyendo el “*dies a quo*” la fecha de recepción de la solicitud por el mediador o fecha de entrada en el registro de la institución mediadora, siempre y cuando en el plazo de 15 días naturales se firme el acta de la sesión constitutiva²³, reanudándose el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad en caso contrario²⁴. No obstante lo anterior, cuando la mediación se

¹⁸ El conflicto será transfronterizo cuando en el momento de acordar la mediación o cuando resulte obligatorio acudir a la misma, al menos una de las partes tenga su domicilio o residencia habitual en un estado distinto al de la otra parte. Asimismo tendrán el carácter de transfronterizos los conflictos cuyos acuerdos se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

¹⁹ En este sentido indicar que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley los derechos subjetivos de carácter imperativo, y que se constituyen como irrenunciables e intransferibles por las partes por imperativo legal, como son, entre otros, el derecho a recibir alimentos (arts. 142 y ss. Código Civil).

²⁰ Art. 2 LM.

²¹ Art. 3 LM.

²² Con ello se pretende evitar que la mediación produzca efectos jurídicos no deseados de dilatación de los procedimientos, por cuanto la interrupción conllevaría el inicio del cómputo de los plazos correspondientes.

²³ El procedimiento de mediación da comienzo con una sesión constitutiva en la que las partes expresan su intención de llevar a cabo la mediación dejando constancia de las partes intervinientes, mediador o institución mediadora, objeto del conflicto, programa de actuación y plazos, costes, declaración de aceptación voluntaria, así como lugar celebración y lengua de aplicación.

²⁴ Art. 4 LM.

inicie estando en curso un procedimiento judicial, será necesario solicitar la suspensión de acuerdo con lo dispuesto a estos efectos por la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵. Asimismo otro efecto de la solicitud de inicio de mediación se concreta en la imposibilidad de interponer acción, ya sea judicial o extrajudicial, en relación al conflicto en base al cual se está llevando a cabo la mediación, pudiendo interponerse, en su caso, declinatoria²⁶, propiciando un efecto relajante de la disputa favoreciendo la predisposición de las partes.

En cuanto a los principios informadores del procedimiento, estos se concretan en los siguientes:

a) Voluntariedad y libre disposición: La mediación será voluntaria, organizándose del modo que las partes tengan por conveniente, no existiendo obligación de continuar el procedimiento una vez iniciado ni de concluir con la adopción de un acuerdo²⁷. Es importante indicar que el principio de voluntariedad no quiebra por la obligación establecida en aquellos casos en que el juez aprecie, en atención a la naturaleza del pleito, que éste podría resolverse de manera más ágil

y menos costosa a través de la mediación, por cuanto sólo se refiere a la obligatoriedad de asistir a una sesión informativa.

b) Igualdad de las partes: La función del mediador será intervenir para que las partes alcancen un acuerdo con plena igualdad de oportunidades, garantizando el equilibrio entre sus posiciones y respetando en todo momento los puntos de vista por ellos expresados²⁸.

c) Imparcialidad y neutralidad de los mediadores: El mediador no actuará en perjuicio o interés de ninguna de las partes, mostrando una conducta activa pero relegada a la orientación de la resolución de la controversia por las propias partes, que serán quienes alcancen por sí mismas el acuerdo. En este sentido, se establece la prohibición de iniciar, o el deber de comunicar, la concurrencia de causas que afecten a la imparcialidad del mediador²⁹. No obstante lo anterior, se permite al mediador continuar con sus funciones siempre y cuando asegure que mediará con imparcialidad y las partes consientan en este sentido de manera expresa³⁰.

d) Confidencialidad: Tanto el procedimiento de mediación, como la documentación e información obtenida a merced del mismo, tendrán la consideración de confidencial, a excepción de aquellos casos en los que el mediador quede dispensado de manera expresa y

²⁵ Art. 19.1 LEC: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

²⁶ Art. 10 LM.

²⁷ Art. 6 LM.

²⁸ Art. 7 LM

²⁹ En este sentido, el Preámbulo de la Ley establece que se seguirá el modelo del Código de Conducta Europeo para Mediadores, que recoge en su art. 2 los deberes de independencia e imparcialidad exigidos a los mediadores.

³⁰ Arts. 8 y 13 LM.

por escrito por las partes o se solicite información y documentación por parte de los jueces del orden jurisdiccional penal mediante resolución judicial debidamente motivada³¹.

e) Las partes en conflicto actuarán de acuerdo a los principios de buena fe, lealtad y respeto mutuo³².

En cuanto a la figura del mediador, la EM de la Ley establece que se constituye como la pieza fundamental de la figura de la mediación, por cuanto en él recae la función de ayudar en la búsqueda de una “*solución dialogada y voluntariamente querida por las partes*”. La Ley contiene un estatuto de mínimos del mediador según el cual: a) Podrán ser mediadores las personas naturales que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, que no incurran en alguna causa de incompatibilidad con motivo del ejercicio de su profesión, así como las personas jurídicas, designando a efectos del ejercicio de las funciones propias del mediador a personas naturales que reúnan los requisitos requeridos para ello³³. Podrá llevarse a cabo por varios mediadores, que deberán actuar de manera coordinada³⁴; b) Éstos deberán realizar los cursos correspondientes, que se impartirán por las instituciones de mediación³⁵, a través de los cuales obtendrán una formación específica a estos efectos, sin requerirse titulación oficial universitaria o de educación profesional superior concretos³⁶; y, c) Se requiere la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, o garantía equivalente, de cara a responder por los daños y perjuicios que, en su caso, causaren a las partes como consecuencia de su actuación³⁷.

En cuanto a la formación de los mediadores, cuestión que se deja a desarrollo reglamentario, sería deseable la adopción de una normativa unificada al menos a nivel europeo, de cara a asegurar el libre ejercicio profesional y la movilidad de los trabajadores³⁸. Es necesario que la mediación a nivel internacional se perciba como un servicio de calidad y consistencia que permita su desarrollo como un método útil a largo plazo, y la formación de los mediadores juega un papel clave en esto.

En la actualidad, se define como una *profesión emergente*, muchos profesionales se han desplazado desde otras profesiones y la normativa actual otorga la categoría de mediador tras la realización de un curso de formación, lo que conllevará, al igual que en otros países con

³¹ Art. 9 LM.

³² Art. 10.2 LM.

³³ Art. 11.1 LM.

³⁴ Art. 18 LM.

³⁵ Art. 5 LM.

³⁶ Art. 11.2 LM.

³⁷ Art. 11.3 LM.

³⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, incorporada en España a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.

mayor experiencia en la materia, una masificación que implicará una gran dificultad a la hora de localizar al mediador más adecuado para cada conflicto.

El Código de conducta europeo para mediadores, al que remite la EM de la Ley en su fundamento IV, trata la formación del mediador estableciendo que éstos deberán no sólo ser competentes en la materia mediadora, sino también conocedores del procedimiento a aplicar³⁹, añadiendo como esencial su formación adecuada y la actualización constante de sus competencias, tanto teóricas como prácticas, cuestiones todas ellas de vital importancia en la consecución del fin perseguido, aunar los intereses de las partes de cara a alcanzar un acuerdo satisfactorio para las mismas.

El procedimiento podrá iniciarse de común acuerdo por las partes o a instancia de una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación suscrito previamente (convenio de mediación)⁴⁰. La solicitud de común acuerdo podrá tener lugar en el seno de un procedimiento judicial, solicitando la suspensión del procedimiento para someterse a mediación⁴¹.

Recibida la solicitud, y salvo pacto en contrario, el mediador citará a las partes para la celebración de una sesión informativa. Si alguna de las partes no asiste a la misma sin justa causa, se entenderá que desiste de la mediación⁴².

Con la sesión constitutiva tendrá lugar el inicio del procedimiento de mediación propiamente dicho. De la misma se levantará un acta, que deberá ser suscrita por las partes y por el mediador, especificando los detalles del procedimiento de mediación. El acta debe firmarse por las partes y por el mediador en el plazo de 15 días naturales, a contar desde el día de inicio de la mediación. En caso contrario, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto, reanudándose el cómputo de los plazos de prescripción o caducidad⁴³.

La Ley se limita a establecer que el procedimiento será lo más breve posible, concentrándose en el menor número posible de sesiones⁴⁴, previendo asimismo la suspensión de la caducidad o de la prescripción⁴⁵. No obstante lo anterior, se encuentra una limitación temporal de 60 días para aquellos casos en los que la mediación tenga lugar en el seno de un pleito ya iniciado (art. 19.4 LEC⁴⁶). Siendo que la mediación ha de ser un procedimiento ágil y rápido para

³⁹ Art. 1.1. Código de conducta europeo de mediadores.

⁴⁰ Art. 16.1 LM

⁴¹ Arts. 16.3 LM y 415 LEC.

⁴² Art. 17 LM

⁴³ Art. 19 LM.

⁴⁴ Art. 20 LM.

⁴⁵ Art. 4 LM

⁴⁶ Art. 19.4 LEC: "Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días".

asegurar su eficacia, llama la atención que la Ley obvie establecer un plazo máximo de duración del mismo⁴⁷.

El mediador convocará a las partes a cuantas reuniones sean necesarias, dentro del plazo máximo de duración fijado en el acta de la sesión constitutiva, o en una modificación posterior. Asimismo, podrá reunirse con las partes por separado y comunicarse con éstas por medios no simultáneos (medios telemáticos, como el correo electrónico), pudiendo acordarse que todas o algunas de las actuaciones de mediación se lleven a cabo por medios electrónicos. En los casos en los que la mediación consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 €, ésta se desarrollará por medios electrónicos, con excepción de aquellos casos en que las partes no tengan acceso a los medios necesarios⁴⁸.

El procedimiento concluirá con o sin acuerdo de las partes⁴⁹. En caso de adopción de acuerdo, el mismo se firmará por las partes y se presentará para su firma por el mediador, quien informará a aquéllas del carácter vinculante del acuerdo alcanzado así como de la posibilidad de elevar el mismo a escritura pública para que tenga la consideración de título ejecutivo⁵⁰. En su caso, la ejecución del título se instará ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que se firmó el acuerdo, salvo que las partes hubieran instado, con anterioridad, un procedimiento judicial y se hubiera suspendido el mismo por acordar aquéllas acudir a la mediación, en cuyo caso, ese será el juzgado competente para conocer de la ejecución del acuerdo de mediación⁵¹.

En cuanto a la eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados la Ley dispone, de manera extralimitada, que en el caso de los acuerdos que deban ser ejecutados fuera de nuestras fronteras, será necesario, además de la elevación a escritura pública, el cumplimiento de los requisitos que en su caso exijan los convenios internacionales de los que España sea parte, así como las normas de la UE⁵². No corresponde al legislador español la competencia para fijar los requisitos a cumplir por un acuerdo que tenga por objeto producir efectos en otro Estado, correspondiendo a aquél. En consecuencia se estará, para los acuerdos que deban ser ejecutados en Estados miembros, al acuerdo alcanzado o a la resolución judicial obtenida, y para los acuerdos a ejecutar en países no pertenecientes a la UE, al régimen convencional bilateral o multilateral existente en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras; para el caso de acuerdos alcanzados en procedimientos de mediación desarrollados fuera de España y que pretendan eficacia ejecutiva en nuestro país⁵³, se estará a lo dispuesto en el Reglamento de Bruselas I y Reglamento sobre el título ejecutivo europeo

⁴⁷ El art. 21 del Proyecto de Ley limitaba la duración del procedimiento a 2 meses.

⁴⁸ Art. 24 LM.

⁴⁹ Art. 22 LM.

⁵⁰ Art. 25 LM.

⁵¹ Art. 26 LM.

⁵² Art. 25.3 LM.

⁵³ Art. 27 LM.

cuando los acuerdos se alcancen en Estados miembros, y al régimen convencional bilateral o multilateral existente respecto de los alcanzados fuera de la UE, siendo que sólo en los casos de países en los que no exista convenio aplicable se estará a lo dispuesto en la LM.

2.2 La mediación en otros países

Como ya se ha indicado, el germen de la regulación a nivel europeo en relación a la mediación es la Directiva 2008/52/CE, cuya transposición da lugar a la convivencia de los distintos ordenamientos jurídicos que regulan la institución a nivel europeo, lo cual puede generar fricciones entre los distintos países miembros.

Asimismo, y como se defiende en el presente trabajo de investigación jurídica, el gran hándicap de la mediación a nivel internacional es, igualmente, su propia regulación local. Una de las grandes diferencias entre los distintos países que han regulado la mediación es la institución que dirige la mediación entre las partes. En este sentido, en unos países se ha creado un órgano de mediación, mientras otros la atribuyen a los órganos jurisdiccionales. Igualmente, y dependiendo del país en el que nos encontremos, las soluciones adoptadas en un procedimiento de mediación pueden ser o no vinculantes y ejecutivas por un ulterior órgano jurisdiccional.

Tanto a nivel europeo, como a nivel internacional, las combinaciones son múltiples. En China, la institución de la mediación se encuentra arraigada en la constitución, existiendo diversos tipos de mediación (popular, administrativa y en los tribunales), algunas de ellas arraigadas desde 1950.

Por su parte, si bien en Argentina desde el año 1994 ya existía un proyecto de mediación en los tribunales, la institución se reguló en el año 1996 con la entrada en vigor de la Ley de mediación para los ámbitos Civil, Comercial, y Civil y Comercial Federal 24.573 y el Decreto 91/98. En 10 años de vigor de la norma ha habido cerca de 190.000 mediaciones con un porcentaje de éxito de un 65%. Dentro del mundo árabe destaca nuestro país vecino, Marruecos, donde ya en el 2007 se adoptó un marco legal de mediación y arbitraje, pionero en la zona de oriente y norte de África.

En el ámbito europeo, destacan Inglaterra y Gales, donde la mediación civil no se encuentra regulada por ley, pero existe un gran compromiso por parte del Ministerio de Justicia, que se presenta como el responsable de ofrecer vías alternativas a los Juzgados, que deberán ser en todo momento la última alternativa para cualquier conflicto, con independencia de que no se imponen como vías previas obligatorias para iniciar un procedimiento. Uno de los aspectos destacables es la valoración que el propio Tribunal deberá hacer con respecto a la predisposición de las partes a tratar de resolver el conflicto como fase previa al litigio, pudiendo determinar las costas procesales la falta de predisposición a llegar a acuerdos previos. Por el contrario, sí existe una regulación expresa en Francia, donde las partes pueden recurrir a la mediación en todos los ámbitos del Derecho, siempre que la mediación no atente contra lo que se denomina «el orden público de dirección», es decir, el derecho imperativo. Si

bien la mediación está prevista como una institución que debe ser acordada por las partes, en el seno del procedimiento judicial el juez, tras recabar el acuerdo de las partes, puede designar a un tercero para que escuche a éstas y coteje sus puntos de vista a fin de que puedan encontrar una solución al conflicto que las enfrenta.

Una de las regulaciones europeas más jóvenes, junto con la española, es la alemana, siendo que el 26 de julio de 2012 entró en vigor la Ley sobre la mediación, para la adaptación de la directiva europea. En el seno de un procedimiento judicial se procura la solución amistosa, siendo el juez el que redacta, como laudo arbitral, el acuerdo alcanzado, que equivale a sentencia, incentivando la toma de dichos acuerdos en el seno del proceso.

Finalmente indicar que en los Países Bajos se ha puesto en marcha una interesante iniciativa de mediación judicial (*Mediation naast rechtspraak*), por la cual el juzgado comunicará a las partes la posibilidad de optar por la mediación (a través de un folleto informativo), la autoevaluación para la mediación y un formulario de respuesta.

Una vez más indicar la ausencia, tanto a nivel comunitario como internacional, de una unicidad normativa en materia de resolución de conflictos, se concreta en una situación irrealizable de los distintos códigos normativos para la regulación de unas relaciones jurídicas, comerciales, y patrimoniales complejas.

3. La mediación civil y mercantil internacional

Cuando se trata de resolver conflictos de carácter internacional, que requieren una solución ágil y práctica, la mediación es un sistema que aporta seguridad a las partes, ya que en muchos aspectos, se asemeja más a una negociación que el arbitraje y los litigios. La negociación es algo que las partes conocen y a lo que están acostumbradas, no siendo ajenas a la importancia de cerrar acuerdos para mantener una relación continuada que fortalezca las relaciones sociales y económicas.

Lo anterior motiva la implantación y el fomento de los ADR, que otorgan un elevado nivel de efectividad en la resolución de las controversias, en tanto que su naturaleza basada en la voluntad de las partes asegura no sólo una mayor probabilidad de cumplimiento de los acuerdos adoptados, sino un acortamiento de los plazos y una reducción de costes⁵⁴.

La flexibilidad, la imaginación y la permisividad en la creatividad a la hora de proponer alternativas y soluciones que se permiten no son equiparables al sistema estricto, altamente reglado y poco adaptado a soluciones innovadoras que ofrecen los tribunales. En este sentido, uno de los aspectos más bellos en la redacción de un clausulado es la posibilidad de innovar

⁵⁴ Según datos publicados por la ONU, el porcentaje de éxito de los procedimientos de mediación que se inician alcanza cifras que oscilan entre el 75%-85%.

sobre cómo se desarrollará la negociación entre las partes⁵⁵, y la mediación ofrece esta posibilidad anteponiendo siempre el interés común de las partes.

La presunción de imparcialidad y neutralidad que le fue atribuida al poder judicial en la Constitución de la República Romana en el Siglo IV A.C., sobre la que se basó Montesquieu, es lo que ha permitido que esta función pública se estableciera como órgano de confianza. Uno de los pilares del éxito de la mediación se basa en lograr transmitir esa seguridad a las partes, donde existirá una falta de designio anticipado por parte del tercero.

El acuerdo de confidencialidad o Non Disclosure Agreement ha logrado convertirse en el documento más firmado en la actualidad debido, de nuevo, a la complejidad del mercado de contratación internacional y a la necesidad de mantener en ocasiones protegida la imagen pública de las entidades, por ello la confidencialidad en la mediación aparece como un factor diferenciador determinante con respecto a los métodos tradicionales de resolución de conflictos. Resulta importante que las partes negocien libremente y, en este sentido, siendo un principio rector de la mediación que lo que se dice durante su curso es confidencial, hay ciertos matices a los que las partes tendrán que prestar atención si tienen dudas acerca de la posibilidad de que la información compartida será usada en un ulterior arbitraje o litigio.

Asimismo hay otro aspecto adicional de gran importancia en los conflictos internacionales, y éste es la neutralidad, que se percibe en la mediación internacional al no tener que acudir a los tribunales de un país extranjero a resolver un problema con una empresa local.

3.1. Colonización del derecho anglosajón

Un tercio de la población mundial vive bajo un entorno regulado por el derecho anglosajón o *Common Law*, ya sea puro o mixto. El indudable potencial económico y comercial de muchas de las empresas originarias de esos países, la flexibilidad que aporta en la redacción y elaboración de contratos y el origen jurisprudencial del mismo, han supuesto una expansión del derecho anglosajón, creando lo que gráficamente se denomina como “cross-fertilization⁵⁶”.

El paso del tiempo y los fracasos en el intento de crear un derecho uniforme, que han dejado tantas convenciones internacionales⁵⁷ sin acuerdo, evitando la posibilidad de crear un derecho supranacional o *lex mercatoria*⁵⁸ en términos de contratación, que favorezca la globalización

⁵⁵ En todo momento dentro de los límites legislativos por cada país.

⁵⁶ Erin Orusu “Considering Paradoex for Legal Systems in Transicion”.

⁵⁷ Muchos han sido los esfuerzos en la creación de los Principios aplicables a los contratos mercantiles en materia internacional, elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) así como los INCOTERMS que expresan el tipo de venta elegido por las partes y creado por la Cámara de Comercio Internacional.

⁵⁸ Michales Ralf en *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*. Indiana Journal of Global Legal Studies (2007) expresa con claridad el eterno romance en la concepción del *lex mercatoria* y que ha sufridos diferentes fases desde su creación en la Edad Media como una serie de normas y procedimientos establecidos por y para el comercio con autonomía de los Estados.

de la economía⁵⁹ fomentando la contratación, han llevado al derecho anglosajón a ser admitido en la práctica de la contratación internacional como lengua común.

Tras comentar los intentos infructuosos de crear una unicidad normativa, llega el momento de analizar la uniformidad interpretativa de esos contratos internacionales en las diferentes jurisdicciones, quedando sobradamente demostrado que aún contando con principios unificadores, la interpretación judicial de las mismas puede llegar a ser muy dispar.

3.2. Contratación y comercio internacional

Para que pueda hablarse siquiera de la posibilidad de una contratación internacional, las partes, además de necesitarse mutuamente, deben estar seguras de que el retorno que obtendrán mediante la firma del contrato será siempre superior al coste y los riesgos en los que incurren. El habitual plan de negocios que acompaña en la actualidad gran parte de los contratos internacionales deberá no sólo considerar los costes de iniciar y desarrollar un acto de comercio o contratación en colaboración con otros, sino también los costes de resolver posibles discrepancias nacidas en el seno de esa relación y, sin lugar a dudas, los ADR pueden llegar a satisfacer muchas de las necesidades en el sentido que se viene comentado. Así, en los contratos internacionales, la solución de controversias es, o debiera ser, una de las consideraciones más importantes a la hora de decidir si constituye un riesgo o no la aceptación de los mismos, todo ello con independencia de que se prevean toda una serie de instrumentos dirigidos a la mitigación del daño (limitaciones de responsabilidad, garantías, etc.), pudiendo llegar a residir el valor del contrato en cómo se resolverán las controversias que surjan de la relación contractual.

La mediación puede ofrecer numerosas ventajas a las partes como una forma de reducir el riesgo, el principal reto al que se enfrenta hoy la mediación es que sigue siendo prácticamente desconocida o relativamente poco practicada en muchos países. Así, para fomentar y/o aumentar su uso como medio de solución de controversias comerciales, algunas empresas han adoptado la mediación como una cuestión de política de contratación, mientras que otras se limitan a firmar compromisos mediante los cuales se obligan a intentar resolver cualquier disputa a través de la mediación antes de proceder a la resolución judicial de los conflictos.

Si bien la mediación puede proporcionar a las partes un medio contrastado de suprimir o simplificar el proceso de resolución de futuras controversias, las partes no deben asumir que sus contrapartes estarán dispuestas a considerar esta opción cuando surja un conflicto, y ello por cuanto la mediación sufre de un bajo nivel de concienciación no sólo en la sociedad, sino también entre los abogados, que varía significativamente con la ubicación geográfica.

La siguiente fase describa el renacimiento de esta idea en el siglo XX como normas informales y flexibles que permiten establecer una red de comercio internacional con facilidad y la fase actual que transforma este sistema flexible de "soft law" hacia un sistema legal codificado y establecido.

⁵⁹ Franco Ferrari, Uniform Interpretation of Uniform Sales Law. Georgia Journal of International and Comparative Law.

Las partes pueden acordar someter a mediación las controversias antes o después de que éstas surjan. Este acuerdo, en la mayoría de los casos, se concreta en una cláusula que las partes integran dentro del contrato y, aunque pueda parecer innecesario hacer mención a ello en un trabajo de investigación jurídica, es importante recordar la necesidad de una correcta redacción del contrato con especial atención a la cláusula de mediación ya que, llegado el conflicto, su ausencia o incorrección puede generar innumerables problemas, agravando la crisis y aumentando los costes de forma muy significativa. Tradicionalmente la mediación venía siendo propuesta una vez el conflicto ya había surgido, pero el coste del arbitraje y de los tribunales está llevando cada vez más a las partes a acordar con antelación el sometimiento de posibles futuros conflictos a mediación, antes de acudir bien a un arbitraje o a los tribunales, mediante la introducción en el contrato, como ya se ha indicado, de una cláusula de sometimiento a mediación de las controversias.

En este sentido, se ha incrementado la práctica de incorporar a los contratos internacionales las mencionadas cláusulas de resolución alternativas de conflictos, que van desde los métodos más sencillos, en los que se establecen cláusulas independientes de mediación o de arbitraje, hasta fórmulas más complejas en las que se establecen los distintos métodos de resolución de conflicto de forma escalonada: *steps clauses*⁶⁰. En estos supuestos la mediación se plantea, en la mayoría

de los casos, como una antesala del arbitraje y resulta recomendable en aquellos contratos de duración prolongada y en el seno de las sociedades. Sin embargo no podemos obviar que no todo son bondades, pues estas cláusulas pueden ser utilizadas de forma malintencionada por el incumplidor que pretende dilatar en el tiempo una resolución vinculante, correspondiendo al mediador la función de detección de un uso fraudulento de la institución. Para luchar contra ello se recomiendan dos aspectos: el establecimiento de una cláusula con unos plazos temporales estipulados, así como posibilitar la opción de que las partes puedan saltarse la fase de mediación y acudir directamente al arbitraje.

Los pasos naturales ante una situación de crisis del contrato internacional con una *step clause* son: Negociación, Mediación y Arbitraje/jurisdicción. En estos casos las partes tienen una mayor predisposición a la negociación y a la mediación, pues de esta manera pueden acordar de forma voluntaria aquello que sea de interés para ambas (win/win). No como sucede en el

⁶⁰ Ejemplo de cláusula escalonada: "En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al _____, iniciar una mediación, conforme al _____. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por _____.

⁶⁰ Es la intención de las partes que, haciendo a un lado cualquier circunstancia extraordinaria, el procedimiento de mediación y/o arbitral concluya dentro de los [120] días siguientes al nombramiento de los mediadores/árbitros. El mediador/árbitro puede extender dicho plazo en el interés de la justicia. El incumplimiento de dicho plazo no constituye una causal para que cualquiera de las partes dé por finalizado el procedimiento de mediación o anular el laudo arbitral.

⁶⁰ Excepto por lo ordenado en la ley, ninguna de las partes, ni sus representantes, pueden revelar la existencia, contenido, o resultados de una mediación y/o arbitraje seguido conforme a este acuerdo sin el consentimiento por escrito de (todas las/ambas) partes".

arbitraje o en la jurisdicción, en los que queda al arbitrio de un tercero la toma de la decisión que, con mayor probabilidad, se posicionará a favor de los intereses de una de las partes y en contra de los de la otra y, con total seguridad, será contrario a la permanencia del contrato que, por su naturaleza, tenga vocación de perdurar en el tiempo y cuyas obligaciones sean de tracto sucesivo.

Resulta digna de mención la actividad realizada por la CNUDMI, con la aprobación de la Ley de Conciliación Comercial Internacional y el Reglamento sobre la solución extrajudicial de conflictos por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico. Ya en la Asamblea de 17 de diciembre de 1966 reconoció que la disparidad entre las leyes nacionales que regían y que rigen el comercio internacional creaba obstáculos para el comercio. Más recientemente, en el año 2002, la Comisión elaboró una Ley Modelo sobre la Conciliación Comercial Internacional.

Ya ha sido comentado el fenómeno de la globalización como hecho catalizador de la complejidad de las relaciones, pero es necesario resaltar, debido a su crecimiento, desarrollo y expansión, el comercio electrónico, que produce un vertiginoso aumento de las contrataciones internacionales, información, bienes, transacciones económicas y servicios, provocando una interdependencia socioeconómica a nivel mundial sin barrera alguna.

Parece que las grandes inversiones de nuestro siglo se están centrando en el desarrollo de este tipo de comercio que avanza imparable y que la propia Comisión Europea ha descrito de la siguiente manera: *“La economía mundial está cambiando de una sociedad predominantemente industrial a una nueva serie de normas, la sociedad de la información. Lo que ahora surge debe ser considerado una nueva economía con un tremendo potencial de crecimiento y generación de empleo. [...] Transformar la información digital en un valor económico y social es la base de esta nueva economía, creadora de nuevas industrias y cambiando otras así como afectando profundamente la vida de los ciudadanos⁶¹”*.

Es cierto que en el siglo XIX el telégrafo permitió realizar pedidos de compra de forma internacional, pero en la actualidad la arquitectura descentralizada de internet conecta de forma interminable cientos de redes, como si de un extraño esqueleto se tratara, convirtiendo a esta red global en un entorno plenamente internacional donde se deslocaliza tanto al vendedor como al comprador lo cual, desde un punto de vista jurídico, plantea grandes reservas, como son conocer en qué momento se perfecciona el contrato o determinar dónde se produce el incumplimiento del mismo, si en un servidor en otra parte del planeta, en el ordenador del comprador o, en su caso, en el del vendedor.

Los problemas ya comentados acerca de la ausencia de una normativa internacional al respecto se agravan en el comercio electrónico, donde la tendencia es aportar métodos alternativos para resolver los conflictos que puedan surgir, con la finalidad principal de abaratar los costes y evitar una desprotección para los consumidores y partes contratantes.

Con nuevos métodos, aplicables a todo tipo de conflictos, conocidos como On-line Dispute Resolution (ODR), se potencia el uso de las tecnologías en la resolución de conflictos. La LM

⁶¹ *An Information Society for All* - Communication on a Commission Initiative for the Special European Council of Lisbon, 23rd and 24th March 2000.

permite, sin concretar, el uso de medios tecnológicos para llevar a cabo una mediación siempre que ambas partes lo acepten⁶².

Con independencia de que en muchos aspectos no está bien perfilada la definición de ODR, ya que el envío de documentación por correo electrónico en una mediación podría llegar a ser considerado ODR, es necesario definir qué procesos tecnológicos deben ser considerados ODR y potenciar el uso de los mismos. Aunque muchos análisis han demostrado que estos métodos aún se encuentran en una fase embrionaria, las Naciones Unidas han creado un grupo de trabajo dedicado en exclusiva a las ODR por la importancia tan relevante que las mismas tendrán en un futuro no muy lejano. El rápido avance de las nuevas tecnologías tendrá un impacto en el crecimiento de la mediación y en las formas en las que se desarrolla y, de igual forma que en la actualidad las operaciones bancarias a través de la red se han convertido en un sistema comúnmente aceptado por los clientes de forma segura y confidencial, se permitirá a las partes en conflicto acceder a los mejores mediadores sin importar donde éstos se encuentren.

3.3. Análisis comparativo

Algunas corrientes de pensamiento consideran que el modelo clásico de resolución de conflictos jurisdiccional se encuentra desfasado y llegando a su fin, y abogan por la implantación de alternativas al mismo, sin embargo no se puede predecir un cambio estructural a corto plazo. En consecuencia, debe comunicarse correctamente el atractivo e indudables ventajas de la mediación para motivar el cambio y procurar el recurso a esta vía alternativa y/o complementaria.

A nivel europeo, ya en el 2002, la Comisión presentó el Libro Verde, como consecuencia de las conclusiones establecidas en el Consejo Europeo celebrado, relativo a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito de derecho civil y mercantil. Sin embargo, se aprecia que falla en la motivación para la búsqueda de la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, pues lo fundamenta como una necesidad, como una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. La mediación debe ser en sí misma una ventaja con respecto a la jurisdicción, no una solución cuando ésta última es defectuosa por cuestiones de rigidez, colapso, especialidad, localización o lo que sea.

En sí misma la mediación es la mejor manera de internacionalizar un medio de resolución de conflictos en un mercado en constante movimiento. Por ello es necesario analizar los pros y los contras de la mediación con respecto a los dos métodos principales de resolución de conflictos en el ámbito de la contratación internacional: jurisdicción y arbitraje, dejando de lado otros métodos aplicados en la conflictología como pueden ser, entre otros, la negociación, med-arb o counseling.

⁶² Arts. 5.2 y 24 LM.

	JURISDICCIÓN	ARBITRAJE	MEDIACIÓN
PROS	<ul style="list-style-type: none"> - Imparcialidad asegurada, - coste económico, - jurisprudencia, - fuente de derecho, - posibilidad de recurrir a instancias superiores. 	<ul style="list-style-type: none"> - profesionalidad en aspectos internacionales y complejos, - resolución confidencial, 	<ul style="list-style-type: none"> - permite mantener la continuidad del contrato, - incrementa los lazos entre las partes supuesto de obtención de acuerdo, - posibilidad de acudir a otros medios, - profesionalidad en aspectos internacionales y complejos, - se obtiene un acuerdo satisfactorio para ambas partes, - resolución confidencial evitando riesgo de reputación, - agilidad, - se obtiene un acuerdo satisfactorio para ambas partes,
CONTRAS	<ul style="list-style-type: none"> - Dilación en el tiempo, - desconocimiento de otra norma que no sea la local, - dificulta o imposibilita la continuidad del contrato, - resolución insatisfactoria para las partes, - resoluciones públicas, 	<ul style="list-style-type: none"> - sin posibilidad de acudir a un tribunal superior en el supuesto de resolución no ajustada a derecho, - costes elevados, - dificulta o imposibilita la continuidad del contrato, - resolución insatisfactoria para las partes - limitada a ciertos conflictos 	<ul style="list-style-type: none"> - estructura a veces compleja que puede agotar a las partes en la negociación, - obligacional o no según el país, - limitada a ciertos conflictos (ej., - aspectos no mediables (bien por imperativo legal bien por falta de

3.4. Mediador internacional

Constituyéndose la figura del mediador como pieza angular de la mediación, resulta vital la correcta elección del mismo de cara a conseguir la adopción de un acuerdo satisfactorio para ambas partes. El carácter internacional de la controversia aumenta la dificultad a la hora de seleccionar a un tercero en el que ambas partes depositen su confianza. Siendo responsabilidad de las mismas la elección de un mediador con el que ambas se sientan cómodas de cara a conseguir el objetivo final de la mediación, la adopción de un acuerdo.

Es práctica común que las partes acudan a las instituciones de mediación con el objeto de solicitar listados de mediadores que respondan a determinados criterios, constituyendo este medio una reducción del riesgo de “reacción devaluadora” de la parte contraria respecto de los candidatos propuestos por la otra parte. Asimismo las partes podrán organizar un proceso de selección de candidatos tratando de identificar a las personas más adecuadas a cada sector o situación conforme a su preparación o mediaciones anteriores.

Para la identificación y elección del mediador adecuado las partes habrán de estar a las habilidades, experiencia y estatus de los candidatos. La formación y experiencia de los mediadores en la resolución de determinados tipos de conflictos es importante en cuanto a la determinación de las habilidades específicas que aportarán al proceso de mediación y las estrategias que seguirán durante el mismo. En este sentido será necesario diferenciar las

habilidades mediadoras de la experiencia o conocimiento sustantivo de la materia por parte del mediador, por cuanto no será suficiente un conocimiento exhaustivo de la materia concreta sobre la que versa la controversia para alcanzar la meta buscada, el acuerdo. Asimismo, el hecho de que las partes depositen su confianza en el mediador escogido supondrá avanzar en la resolución de la controversia, aumentando el prestigio del mediador la creencia de las partes en las probabilidades de adoptar un acuerdo e incrementándose así también las posibilidades de éxito.

En este sentido, entre las instituciones de mediación que poseen listas cerradas de mediadores se encuentran CEDR y JAMS. Asimismo, las instituciones de arbitraje internacional más destacadas, y que también ofrecen servicios de mediación, son ICC, ICDR y LCIA, no obstante presentan una menor experiencia en materia de mediación. Observando detenidamente el crecimiento de las instituciones que ofrecen sus servicios de mediación, se puede determinar que un gran número de ellas aún tiene un marcado carácter nacional o incluso regional. Asimismo, con el aumento y proliferación de la práctica mediadora, están emergiendo otras fuentes de información de mediadores tales como certificados, directorios y blogs⁶³.

Uno de los aspectos más relevantes en el proceso es la elección del mediador entre las partes del conflicto. Es tal la importancia de escoger a la persona o institución idónea que, en ocasiones, ésta se convierte en una negociación dentro del proceso de mediación. Este hecho se produce en ocasiones, aun cuando los mediadores quedan fijados con anterioridad al surgimiento del conflicto, ya que éstos pueden haber tenido algún tipo de relación previa con alguna de las partes. Por ejemplo, una consultora internacional que ha participado en el proceso de auditoría de una de las partes y es a la vez la institución nombrada por las partes para la resolución de disputas. Es aquí donde debe primar la obtención de un mediador capaz de afrontar la disputa con garantías, experiencia y que no mantenga o hubiera mantenido ningún tipo de relación con las partes. Para ello, no cabe otra opción que las partes apliquen los principios inspiradores de buena fe, lealtad y respeto mutuo.

En cuanto a las habilidades y aptitudes deseables en un mediador para asegurar el éxito del proceso, se identifican las siguientes, sin ánimo de constituir un *numerus clausus*: conocimiento del procedimiento de mediación y capacidad para influir en el comportamiento de las partes, mejorando así la comunicación entre ellas; experiencia; sensibilidad cultural; capacidad de negociación de intereses; capacidad comunicadora; conocimiento de la materia sobre la que versa la controversia; capacidad de análisis; carisma; objetividad; imparcialidad y sensibilidad cultural.

⁶³ El IMI (Instituto de Mediación Internacional) ha adoptado estándares para certificar a los mediadores, estando disponible esta información en www.IMImediation.org; Bases de datos de acceso público que incluyen información práctica sobre los mediadores, tal como feedbacks de las partes con sus impresiones, información curricular, etc. Su consulta puede realizarse a través de los portales www.IMImediation.com y www.mediate.com, entre otros. Para, consultar todos los blogs de mediación existentes, acceder a www.adrblogs.com.

3.5. Variantes de mediación

La combinación de mediación y arbitraje que surge en el proceso de adaptabilidad de las mismas a las necesidades, ya sea med-arb o arb-med, puede ser una forma atractiva de llegar a un acuerdo combinando las ventajas de ambas instituciones. El concepto se concreta en que las partes acuerdan un intento de mediación durante un tiempo determinado, ya sea con anterioridad al inicio del arbitraje o durante el curso del procedimiento ya iniciado. La clave de esta combinación reside en si las partes optarán por un mediador miembro del tribunal arbitral o, más común, designarán a una persona desvinculada del tribunal arbitral específicamente para el desempeño de la función de mediador. En este sentido, si bien la mediación puede favorecer una previa familiarización del tribunal con el caso, no siempre un árbitro competente se configura con un mediador competente, y ello por cuanto no se requiere a los árbitros las habilidades negociadoras necesarias para la adopción del acuerdo, tan necesarias para la consecución satisfactoria de la mediación. Asimismo, en ocasiones, las partes se mostrarán reacias a manifestar ante los árbitros del tribunal arbitral sus verdaderas posiciones en la creencia de supeditar posibles fallos arbitrales en ese sentido.

Asimismo mencionar la med-con, fórmula mixta en la que se combinan la mediación con la conciliación, esto es, el tercero que intenta en primer lugar que las partes alcancen un acuerdo a través de la mediación y, para el caso en que el proceso mediador no finalice mediante acuerdo, su posición pasa a ser más intervencionista y activa, realizando matizaciones a las ofertas intercambiadas por las partes durante el procedimiento y proponiendo fórmulas de conciliación. El mayor problema de este método para los casos en los que la mediación no finalice de manera satisfactoria, esto es, mediante acuerdo, se concreta en que las propuestas formuladas por el tercero no son vinculantes, reconociéndosele en consecuencia poca utilidad práctica a esta figura.

4. La eficacia y ejecución del acuerdo de mediación

Los objetivos perseguidos y las ventajas que ofrece la mediación se dibujan, más aún en el ámbito internacional, de difícil consecución si no se dota al procedimiento de la misma o similar eficacia que se otorga a las sentencias dictadas en sede jurisdiccional, todo ello con independencia de la posibilidad del cumplimiento voluntario de los acuerdos de mediación.

La Ley de Mediación (arts. 25 a 27) atribuye la condición de título ejecutivo al acuerdo adoptado en el procedimiento mediador, siempre y cuando el mismo haya sido elevado a escritura pública o, en su caso, homologado judicialmente. No obstante, y siendo que la LM no regula el proceso ejecutorio, la normativa de aplicación será la general contenida en la

LEC, resultando necesario precisar la naturaleza del título ejecutivo en cuestión a efectos de determinar la normativa aplicable (arts. 556 y 557 LEC).

En este sentido, la LEC asimila el acuerdo de mediación a los títulos jurisdiccionales (la sentencia y el laudo arbitral), con independencia de que la naturaleza extrajudicial de aquél no es objeto de discusión alguna (insertar referencia a pie de pag. Arts. 518, 548 y 580 LEC).

En cuanto a los mecanismos de derecho internacional que hacen posible que los acuerdos de mediación alcanzados en el ámbito internacional sean reconocidos y ejecutados en estados distintos de aquél en el que se han acordado, es necesario abordar el concepto de mediación internacional, y ello por cuanto las legislaciones vigentes se centran en el concepto de mediación transfronteriza, dejando a un lado la definición de mediación internacional.

En este sentido indicar que si bien el concepto internacional gira en torno al elemento de extranjería que implica la vinculación a más de un posible ordenamiento jurídico, el elemento transfronterizo limita ese elemento de extranjería a la residencia o domicilio en distintos estados.

De la lectura de normativa europea y española sobre mediación, se desprende la ausencia de normas sobre competencia judicial internacional para la ejecutividad de los acuerdos de mediación adoptados en dicho ámbito.

Para los supuestos de acuerdos de mediación no homologados judicialmente y adoptados fuera de las fronteras de la UE, y en los casos en los que el mismo no se cumpla de manera voluntaria, si la parte acreedora pretende hacer ejecutar lo acordado para su cumplimiento por la parte deudora residente ahora en España, se estará a lo dispuesto en el art. 27 LM, por cuanto el elemento de extranjería en este caso concreto lo determina el cambio de residencia (acuerdo transfronterizo no comunitario). No obstante, en cuanto a la competencia judicial internacional nada determina nuestra LM, debiendo en consecuencia recurrir a las normas de competencia judicial internacional previstas con carácter general para los asuntos civiles o mercantiles sobre los que se haya alcanzado el acuerdo de mediación. Asimismo, tampoco menciona la Ley normas de competencia territorial para los acuerdos adoptados en el extranjero (art. 26 LM), debiendo nuevamente atender a la normas generales.

La ejecutividad del acuerdo de mediación adoptado en el extranjero queda supeditada a que el mismo tenga fuerza ejecutiva en el estado de origen, siendo para ello necesario la intervención para su adopción de autoridad con funciones equivalentes a las autoridades españolas. No obstante lo anterior, siempre cabe la opción de proceder a la elevación a escritura pública del acuerdo en cuestión.

Con independencia de lo establecido anteriormente, y dado que el acuerdo de mediación se configura como un contrato –acuerdo de voluntades entre las partes- cabrá interponer, en función de la materia sobre la que verse el acuerdo, reclamación judicial por incumplimiento de contrato, a través de un procedimiento declarativo.

Para los casos de acuerdos adoptados fuera de las fronteras de España, en los que se dé un elemento claramente internacional (entran en juego varios ordenamientos jurídicos porque el acuerdo quiere ejecutarse en España, país en el que puede tener efectos en algún momento), la competencia internacional no viene determinada ni por la directiva ni por la LM, por lo que habrá que recurrir a los instrumentos legales existentes para determinar si los juzgados españoles serían competentes para su ejecución y cuáles serían los territorialmente competentes.

En los supuestos de resoluciones de mediación declaradas ejecutivas en un estado miembro de la UE mediante sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, se deberá recurrir a la directiva 2008/517/CE y a los Reglamentos comunitarios existentes (Bruselas I y Bruselas II). Cuando se trate de un acuerdo dictado por una autoridad competente distinta de la judicial se deberá analizar si esa autoridad es competente en el derecho interno para declarar el acuerdo ejecutivo y si el mismo podrá ser objeto de ejecución directamente en España. Se estará a lo dispuesto en el art. 27 LM para determinar si podemos asimilar las funciones de la autoridad extranjera o proceder a elevar directamente el acuerdo a escritura pública.

Asimismo, los acuerdos de mediación alcanzados en España y declarados ejecutivos deberán poder ejecutarse en un estado miembro de la UE teniendo en cuenta lo mismo que se ha comentado anteriormente. Para los supuestos de mediación realizada en España, fuera de la UE se deberá estar a los tratados y acuerdos internacionales. En este sentido todo acuerdo de mediación recogido en resolución judicial debería tener más fácil su ejecución cuando existan convenios sobre cooperación judicial que contemplen el reconocimiento y ejecución de sentencias. Por su parte, los acuerdos declarados ejecutivos por haberse elevado a escritura pública, lo tendrán más difícil y se deberá estar a los acuerdos previstos para reconocimiento de documentos extrajudiciales.

5. Modelos de mediación y problemática de su implementación

5.1. Los modelos de mediación y su relación con la negociación

La mediación se constituye como una herramienta y un medio para mejorar los resultados y, aunque todavía tiene camino que recorrer hasta convertirse en un mecanismo común para la resolución de disputas comerciales internacionales, es innegable que tiene potencial y que su uso va en aumento. Además de los beneficios que se le vienen atribuyendo –mantenimiento de las relaciones comerciales, mantener la disputa entre las partes, ahorro de tiempo y costes - la mediación proporciona un proceso de resolución de controversias que no requiere de las partes una experiencia o entrenamiento concreto, sino que se centra en las habilidades negociadoras de la partes, sin favorecer a la jurisdicción de alguna de ellas. La mediación es el siguiente escalafón en la negociación. Cuando la negociación entre las partes, tras la aparición del conflicto, ha fracasado, es cuando debe entrar en escena la mediación.

En consecuencia, mediación y negociación son términos que no pueden dissociarse, en tanto que la mediación se constituye como un proceso de negociación, siendo la nota diferenciadora la intervención de un tercero, experto en la materia, que sirve como guía a las partes en la adopción de un acuerdo que satisfaga sus intereses. Si bien existen distintos tipos de mediación-negociación -lineal, circular-narrativa⁶⁴ y transformativa⁶⁵-, se centra la atención en el método lineal, por cuanto se considera el más idóneo e interesante para la mediación mercantil.

El método lineal⁶⁶, o también conocido como método de la negociación basada en los principios, se impulsa por Roger Fisher y William Ury en los años 70, dentro del “Proyecto Harvard de Negociación”. Este modelo la mediación se constituye como una negociación colaborativa asistida por un tercero. Se entiende el conflicto como un obstáculo para la satisfacción de las necesidades e intereses de las partes, constituyendo el objetivo principal la colaboración entre las partes para su resolución mediante la adopción de un acuerdo, que se configura como objetivo esencial, y se promueve su adopción a través de la búsqueda de opciones que beneficien a ambas partes, en base a criterios entendidos como legítimos u objetivos. Se utiliza para ello una comunicación lineal, basada en preguntas abiertas, intentando airear el conflicto y exhortando a las partes a mirar hacia el futuro, dejando atrás los motivos que llevaron al mismo. Si bien el procedimiento tiene un carácter estructurado, permite flexibilidad, interactuando el mediador de cara a facilitar la comunicación e interacción entre las partes con el objetivo claro de superar el conflicto y adoptar el acuerdo mediante la búsqueda de ventajas mutuas y obviando el regateo posicional.

Los principios que inspiran el método Harvard se concretan en los siguientes: 1) Separación de las partes del problema, se busca enfrentarse al problema, no a las personas, creando un clima de confianza; 2) Intereses-posiciones, primando los intereses subyacentes, por cuanto pueden coexistir, en lugar de las posiciones, que son irreconciliables; 3) Búsqueda de opciones en interés mutuo, mediante la generación de una variedad de posibilidades óptimas que guíen a una zona de acuerdo aceptable entre las partes; 4) Utilización de criterios objetivos, de cara a ofertar o solicitar concesiones razonables.

Estas bases han cristalizado en posteriores estudios de los elementos integrantes de la negociación, siendo que a día de hoy la Harvard Law School analiza los 7 elementos que se indican a continuación: 1) Intereses; 2) Opciones; 3) Legitimidad o criterios objetivos; 4)

⁶⁴ El modelo se basa en la importancia de la comunicación y en su elemento circular, orientado tanto a la adopción del acuerdo como a la modificación de las relaciones existentes, partiendo de la premisa de que con el lenguaje se construye y deconstruye la realidad y, en consecuencia, modificando la narración se modifica la percepción de la realidad. Los acuerdos se convierten en sustanciales, lo importante es la mejora de las relaciones. Su nacimiento se le atribuye a Sara Cobb.

⁶⁵ El modelo se basa en la mejora o transformación de las relaciones y no en la satisfacción de las necesidades de las partes mediante la adopción de un acuerdo, sino que este surge como consecuencia de la mejora de la relación, el conflicto se conceptualiza como una oportunidad de crecimiento a través de la búsqueda de fórmulas de cooperación entre las partes, al margen de la búsqueda y adopción de un acuerdo. Para una profundización se recomienda consultar “La promesa de mediación”, de Bush y Folger.

⁶⁶ n Para un estudio más exhaustivo se recomienda la lectura de “Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder”, de William Ury, Roger Fisher y Bruce Patton.

Comunicación eficiente entre las partes; 5) Relación; 6) Compromiso, acuerdo; y, 7) Alternativas⁶⁷.

5.2. Implementación de la mediación y su problemática

Siendo el factor común a toda controversia surgida la ausencia inicial de voluntad de las partes de llegar a un acuerdo, no puede obviarse la circunstancia de que las partes no querrán finalizar el procedimiento mediante laudo arbitral o sentencia judicial si conocen que pueden alcanzar una solución más favorable a través de un acuerdo. En consecuencia, la cuestión estriba en la importancia de identificar los términos que hacen más ventajoso para las partes acudir a la mediación, requiriéndose en este sentido cierto grado de predicción en cuanto a los resultados y costes que la elección de este procedimiento conllevarán. No puede obviarse que la mediación mitiga la incertidumbre que rodea tanto al arbitraje como a los tribunales, esto es, hasta que el arbitraje o juicio no tienen lugar no resulta posible predecir razonadamente la dirección que éstos tomarán, siendo que en la mediación las partes pueden evaluar las distintas posibilidades de acuerdo y las direcciones que quieren tomar durante el proceso de negociación. Dado que pocas son las jurisdicciones donde la mediación se constituye como una herramienta aceptada en el mundo de los negocios para la resolución de controversias, y muchos los países donde casi es conocida o apenas se utiliza⁶⁸, resulta necesario realizar una correcta “comercialización” de la mediación, de cara a conseguir su sólida implementación y práctica generalizada a través del reflejo de sus ventajas y bondades⁶⁹.

Otro de los problemas que surgen a la hora de implementar la mediación es la postura de muchos abogados en cuanto a su creencia de que la mediación les privará de los ingresos que éstos esperan obtener mediante la resolución de las controversias o en los tribunales⁷⁰. No obstante, los mejores abogados no son aquellos que más facturan sino, por el contrario, los que guían a sus clientes a la obtención de los mejores resultados posibles, con independencia de sus ingresos y, especialmente, la adopción voluntaria y amigable de un acuerdo entre las partes, de cara a mantener las relaciones comerciales mantener las relaciones comerciales entre ellas en un futuro. Asimismo indicar que aún cuando los abogados de las partes no estén familiarizados o no aboguen por este medio de resolución de controversias, son las partes las que tienen la última palabra en la adopción o no del procedimiento y, en consecuencia, se recomienda a la parte interesada realizar la oferta de mediación, ya sea a través del representante legal de la contraparte, directamente a aquélla o a través de una institución de

⁶⁷ Definidas como BATNA (best alternative to a negotiate agreement) o MAAN (mejor alternativa a un acuerdo negociado).

⁶⁸ Estados Unidos y Reino Unido se constituyen como los países más prominentes en la práctica de la mediación, seguidos por Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Singapur.

⁶⁹ Entre sus ventajas destacan el tiempo de duración, su coste más reducido, la negociación *face-to-face* entre las partes, la confidencialidad, la posibilidad de mantener las relaciones comerciales futuras, así como la flexibilidad del procedimiento.

⁷⁰ Existe la creencia de que la litigiosidad aumenta los ingresos de la estructura legal, pero un sistema de relaciones comerciales que genere cientos de transacciones puede ser aún más beneficioso para todos.

mediación. Por último indicar que, la figura del mediador no se constituye como sustituta de la figura del abogado, siendo que en la mediación internacional civil y mercantil se recomienda la asistencia de las partes, durante todo el proceso de mediación, por sus abogados, garantizando en una fase inicial, que el cliente comprenda la naturaleza, contenido y efectos del proceso, así como, en su caso, su conveniencia; durante el proceso mediador, el abogado ostentará un papel constructivo y colaborador, prestando asesoramiento acerca de los límites del proceso e identificando posibles soluciones a la controversia y el cumplimiento por las mismas no sólo de los intereses del cliente sino también de las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas de cara a la protección de los derechos del mismo; por último, y para el caso en que el proceso mediador finalice mediante acuerdo, los abogados de las partes redactarán el acuerdo para su firma por las partes y por el mediador, velando por la aplicación y respeto del mismo.

6. Conclusiones

Primera.- Como se ha tratado de exponer en este trabajo, entre todos los métodos alternativos de resolución de conflictos, la mediación es la institución que presenta un mayor número de beneficios para las partes involucradas en el conflicto, sin embargo a fecha de hoy es, sin duda, la que se encuentra en un estado menos desarrollado en el ámbito civil y mercantil. La innovación que aportan estos sistemas han logrado captar la atención de muchas empresas y particulares que ansían contar con sistemas alternativos a los Juzgados, pero su crecimiento en números reales no es aún tan importante a nivel internacional por la necesidad de éstos de comprobar su verdadera efectividad así como la calidad profesional de los mediadores antes de posicionarse de forma clara.

Segunda.- En España, la práctica de la mediación va por buen camino pero hay que ser realistas en cuanto al grado de aplicación e introducción de la misma, quedando en consecuencia un largo camino por recorrer hasta que, finalmente, se instaure como el modo de resolver los conflictos en nuestra cultura. El siguiente paso necesario a dar se concreta en la aprobación, sin una excesiva demora que podría provocar una pérdida total de la confianza en este sistema, de un reglamento de desarrollo que dé respuesta a las cuestiones que a día de hoy continúan difusas, como es el caso de la formación del mediador. A pesar de las grandes iniciativas que se están tomando en torno a este asunto, es necesario que se trate de unificar de forma global la misma lo antes posible para conseguir unos estándares de profesionalidad, ética y transparencia que permitan confiar en la mediación sin importar el país. En este sentido es necesario hacer un llamamiento a las Universidades, responsables en parte del futuro de la aplicación práctica de esta institución, que hasta hoy han venido centrando sus enseñanzas en el estudio de técnicas para ganar pleitos, desconociendo en gran medida las competencias profesionales relativas a la negociación y resolución de conflictos, fundamentales en determinados países donde sí cuentan, tanto la negociación como la mediación, con un gran peso en los programas de estudios. Y es que el éxito de la mediación pasa por que se use y se pruebe, superándose así esa primera instancia de duda y miedo a lo desconocido a través de la apreciación de las virtudes de la misma.

Tercera.- Aunque las grandes empresas españolas son habituales en las cortes de arbitraje internacional, es necesario, además, realizar una correcta concienciación e implementación a nivel nacional para lograr que las pequeñas y medianas empresas integren la mediación como un sistema de resolución alternativa de conflictos propio y necesario en sus organizaciones. Un incorrecto desarrollo de la ley de arbitraje llevó a que empresas del IBEX 35 partieran a Cortes de Arbitraje en otros países como Gran Bretaña, Francia o Suiza, y que el resto de empresas ni llegaran a plantearse el uso de este método.

Cuarta.- Aunque se utiliza la denominación de mediación para definir la actuación de un tercero en la negociación de un conflicto, no debe ser llevado a la práctica de la misma forma que se ha venido haciendo en la mediación familiar y laboral, ya que la mediación en la contratación debe tener un marcado carácter internacional con todos los aspectos aquí ya comentados, tratando de convertirse en la *lex mercatoria* tan deseada desde hace siglos.

No obstante, algunas de las bondades de la institución como son la confidencialidad, rapidez y economía no son siempre aplicables en el ámbito de la contratación civil internacional, donde quedan en parte neutralizadas por la ausencia de la empresa y del ánimo comercial. En este sentido se observan circunstancias que llevan a pensar que la misma será más accesible en el ámbito mercantil que en el civil.

Quinta.- Por otro lado, y de cara a evitar la utilización de la mediación con un fin distinto del propuesto, como podría ser una situación de conflicto en la parte morosa no tiene una intención real de pago de sus obligaciones pecuniarias y utiliza la buena fe negociadora y el proceso de mediación para dilatar en el tiempo el cumplimiento de sus obligaciones y conseguir así una autofinanciación sin coste, se requiere una actuación vigilante por parte del mediador del ánimo de las partes.

Sexta.- Asimismo, merecen atención la sociedad de la información y las nuevas tecnologías, que se convierten en elementos determinantes en el desarrollo, mejora e implementación de la mediación a nivel internacional. Estas tecnologías rompen cualquier modelo matemático de espacio y tiempo, por lo que aplicar estos avances puede ser determinante para la globalización de la mediación o para tratar de contar con mejoras constantes que ayuden a incrementar el porcentaje de éxito en las mismas.

Dado que la mediación aparece como un sistema innovador que permite anteponer el interés de las partes por un bien común, es necesario preservar estos aspectos evitando la institucionalización de estos sistemas, así como incentivar la adaptabilidad de la misma a las necesidades concretas de cada asunto, ya sea mediante Med+Arb, Arb+Med, Med+Com o todas aquellas fórmulas que puedan llegar a surgir, siempre y cuando satisfagan las necesidades de las partes y logren su interés final, resolver el conflicto y preservar la relación.

Séptima.- Estamos ante una gran oportunidad de reinventar los sistemas de actuación ante los conflictos, pero es necesario actuar de forma coordinada, ágil y con un pensamiento largo placista que permita unificar, profesionalizar y concienciar a nivel mundial, ya que no se presentarán oportunidades como esta en muchos años. Ha quedado demostrado en otras ocasiones la dificultad que conlleva lograr un cambio de hábitos en la sociedad y por no será fácil de convencer o concienciar en próximas ocasiones si se actúa de forma errática en esta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros.

González-Capite, C. (2001). *Manual de Mediación* (segunda ed.). Barcelona: Atelier.

Soletto Muñoz, H. (2011). *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos.

Roger Fisher, R. y Ury, W. (1992). *Getting to yes. Negotiation an agreement without giving in*. New York, NY: Random House Business Books.

McIlwrath, M. y Savage, J. (2010). *International arbitration and mediation: a practical guide*. Austin: Wolters Kluwer.

Artículos.

Ortuño Muñoz, P. (2013). *Agilización procesal, desjudicialización y mediación*. Revista jurídica de las Illes Balears, 10.

Pérez Daudí, V. (2013). *La mediación y las medidas cautelares*. Revista para el Análisis del Derecho, 3, 1-6.

Herrero Perezagua, J. F. (2012). *Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo*. Revista Aranzadi Doctrinal, 4, 151-174.

Domínguez Ruiz, L. (2012). *La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español*. Revista Aranzadi Doctrinal, 11, 139-157.

Hualde Manso, T. (2012). *Del Proyecto Caamaño al Proyecto Gallardón sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Revista Aranzadi Civil y Mercantil, 2, 31-40.

Ortuño Muñoz, P. (2012). *A propósito del ámbito de la directiva 2008/52/ce, sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles*. Revista Aranzadi Doctrinal, 10, 45-46.

González Martín, L. A. (2012). *La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la unión europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación*. Revista de Mediación, 9, 6-9.

Galeote Muñoz, M. P. (2012). *La Mediación en España*. Working Paper IE Law School.

Galeote Muñoz, M. P. (2005). *La necesidad de un método profesional de mediación. La importancia de la intervención del abogado en este proceso*. Working Paper IE Law School.

García Villaluenga, L. y Vázquez de Castro, E. (2013). *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*. Revista Política y Sociedad Universidad Complutense de Madrid, 50, 71-98.

Costas Rodal, L. (2012). *La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Aranzadi Civil y Mercantil, 7, 27-36.

Muerza Esparza, J. (2012). *La mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Actualidad Jurídica Aranzadi, 840, 3-6.

Ortiz Pradillo, J. C. (2011). *Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil*. Boletín del Ministerio de Justicia, 2135, 1-36.

Andrés Ciurana, B. (2005). *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*. Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, 12, 60-69.

Trigo Sierra, E. y Moya Fernández, A. J. (2012). *La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto Ley 5/2012*. Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, 32, 102-112.

Lei Theng, L. y Lee, J. (1997). *A lawyer's introduction to mediation*. Singapore Academy of Law Journal, 9, 100-118.

Medios electrónicos e internet.

Fernández Riquelme, S. (2010). *La mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*. Consultado 13 de Marzo 2013, en <http://www.eumed.net/>.

Pardo Iranzo, V. (2013). *Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?* Consultado 2 de Febrero 2013, en <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/14/y-ante-el-incumplimiento-del-acuerdo-de%20mediaci%C3%B3n-.aspx>.

Esplugues Mota, C. (2012). *El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de Julio*. Consultado 10 enero 2013, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/136/art/art6.pdf>.

International Center of Dispute Resolution. (2012). *Guía para la redacción de cláusulas internacionales de soluciones de disputas*. Consultado 18 enero 2013, en http://www.icdr.org/icdr/faces/icdrresources/i_guide?_afLoop=1993376861741117&_afWindowMode=0&_afWindowId=dm02fjkkm_1#%40%3F_afWindowId%3Ddm02fjkkm_1%26_afLoop%3D1993376861741117%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Ddm02fjkkm_83

Comisión de las Comunidades Europeas. (2002). *LIBRO VERDE sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Consultado 12 febrero 2013, en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf.

Comision Europea. (1999). *An Information Society for All* - Communication on a Commision Initiative for the Special European Council of Lisbon, 23rd and 24th March 2000. Consultado 3 marzo 2013, en http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/l24221_en.htm.