



Revista de Derecho Privado
E-ISSN: 1909-7794
mv.pena235@uniandes.edu.co
Universidad de Los Andes
Colombia

López Vallés, Sara; López Cárdenas, Carlos Mauricio
Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo
Revista de Derecho Privado, núm. 51, enero-junio, 2014, pp. 1-29
Universidad de Los Andes
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO EUROPEO

SARA LÓPEZ VALLÉS

CARLOS MAURICIO LÓPEZ CÁRDENAS

Artículo de reflexión

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 51

Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7794

Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo

Resumen

En el presente artículo se realiza una aproximación a la mediación internacional y su regulación en el ámbito del derecho internacional privado (DIPr) y del derecho europeo. En la primera parte se examina el concepto de mediación y las características propias que la diferencian de otros métodos alternativos de solución de conflictos (ADR por sus siglas en inglés). En la segunda parte, se hace referencia al marco normativo que regula la mediación en el derecho internacional y el derecho europeo. En la parte final, el artículo se ocupa de los principales aspectos legales de la mediación internacional, relacionados con las cláusulas contractuales de sumisión a mediación y los contratos de mediación internacional.

Palabras clave: mediación internacional, métodos alternativos de solución de conflictos, contrato de mediación internacional, cláusula contractual de sumisión a mediación.

An approach to the regulation of mediation in Private International Law and European Law

Abstract

This article is an approach to the way international mediation is regulated in the field of Private International Law (PILaw) and European Law. In the first part, the concept of mediation and the characteristics that differentiate it from other methods of alternative dispute resolution (ADR) is discussed. The second part is devoted to the regulatory framework governing mediation in International Law (Intl Law) and European Law. In the final part, the article refers to the main legal aspects of international mediation, contract clauses related submission to mediation, and mediation contracts in cross-border cases.

Keywords: International mediation, Alternative Dispute Resolution (ADR), contracts of international mediation, contract clauses and submission agreements to mediation.

Aproximação à regulação da mediação no direito internacional privado e no direito europeu

Resumo

No presente artigo é realizada uma aproximação com a mediação internacional e sua regulação no âmbito do direito internacional privado (DIPr) e do direito europeu. Na primeira parte é examinado o conceito de mediação e as características próprias que a diferenciam de outros métodos alternativos de solução de conflitos (ADR por suas siglas em inglês). Na segunda parte, é feita referência ao marco normativo que regula a mediação no direito internacional e no direito europeu. Na parte final, o artigo faz referência aos principais aspectos legais da mediação internacional, relacionados com as cláusulas contratuais de submissão a mediação e os contratos de mediação internacional.

Palavras-chave: Mediação internacional, métodos alternativos de solução de conflitos, contrato de mediação internacional, cláusula contratual de submissão a mediação.

SUMARIO

Introducción – I. LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS – A. *Definición y características* – B. *Delimitación frente a otros medios de resolución de controversias* – II. MARCO NORMATIVO DE LA MEDIACIÓN – A. *Normativa internacional* – B. *Derecho de la Unión Europea* – III. ASPECTOS LEGALES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL – A. *Cláusulas contractuales de sumisión a ADR* – 1. Validez de la cláusula de mediación – 2. Cláusulas med/arb – B. *El contrato de mediación internacional* – 1. Importancia de la autorregulación – 2. Ley aplicable al contrato de mediación – C. *Acuerdos de mediación* – 1. Acuerdos con eficacia ejecutiva – 2. Acuerdos sin eficacia ejecutiva – IV. CONCLUSIONES – Bibliografía.

Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo*

Sara López Vallés**

Carlos Mauricio López Cárdenas***

Introducción

El objetivo del presente trabajo es realizar una aproximación jurídica a la forma como se encuentra regulada la mediación en el derecho internacional y el derecho europeo. Para cumplirlo, la investigación aborda la temática propuesta mediante el empleo del método analítico-deductivo que, como lo considera Marx Herman, consiste en desintegrar o descomponer un todo en sus partes para estudiar de forma intensiva sus elementos¹.

En este sentido, se comenzará por analizar la definición de mediación, la descomposición de esta en sus conceptos primarios y, posteriormente, se realizará una aproximación jurídica que permitirá comprender los principales aspectos legales de la mediación internacional relacionados con las cláusulas contractuales de sumisión a mediación, los contratos de mediación internacional y los acuerdos de mediación.

El desarrollo de los puntos anteriores se hace en tres apartados, a saber: el primero (I) desarrolla el concepto y las principales características de la mediación, con la finalidad de diferenciarla de otros métodos alternativos de solución de conflictos como la conciliación, la negociación y el arbitraje; el segundo (II) explora el marco jurídico que permite el desarrollo de la mediación en el derecho internacional, para lo cual no solo se analiza el derecho europeo, sino que además se examinan las propuestas normativas y unifica-

* Cómo citar este artículo: López Vallés, S. y López Cárdenas, C. M. (Junio, 2014). Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo. *Revista de Derecho Privado*, 51.

** Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia (España); abogada en ejercicio colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (ICAV) de España, con estudios de Maestría en Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid (España) y Maestría en Mediación y Gestión Eficiente de Conflictos del ICAV. Actualmente, es mediadora colegiada en el Centro de Mediación del ICAV. Correo: Slopezvalles@gmail.com

*** Abogado y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá D. C., Colombia); magíster en Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid (España), en donde actualmente cursa estudios de doctorado en Derecho. Profesor de carrera académica e investigador de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo: carlosm.lopez@urosario.edu.co.

1 ROJAS SORIANO, Raúl. El proceso de investigación científica. México: Editorial Trillas, 1983, p. 79.

doras de algunas instituciones internacionales que han realizado aportes valiosos a la mediación, como la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, la Cámara de Comercio Internacional y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); y el tercero (III) se centra en desarrollar de manera particular las cláusulas contractuales de sumisión a los métodos alternativos de resolución de controversias, explora los distintos tipos de cláusulas escalonadas, sus ventajas y problemáticas, a la vez que analiza las cuestiones relacionadas con la validez y la eficacia de la cláusula de mediación. Del mismo modo, examina las particularidades del contrato de mediación internacional, así como los acuerdos con y sin eficacia ejecutiva.

En las conclusiones se consignan los hallazgos más relevantes de la investigación realizada.

I. LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A. Definición y características

La tradición histórica que acumula la práctica mediadora no ha facilitado en modo alguno una aproximación etimológica² que permita concep-

tuar una única definición de la mediación³. Por ello, para fijar una definición es preciso atender, además de a su origen y naturaleza, a una serie de notas características y principios rectores que, por ser inherentes a su procedimiento, bien merecen ser tenidos en cuenta.

La esencia de la mediación radica en la existencia de un desacuerdo. Este presupuesto, conocido como conflicto⁴, ha sido objeto y fuente de múltiples transformaciones, llegando incluso a ser categorizado como fundamento esencial de la teoría general del derecho⁵. Por consiguiente, cuando nos referimos a la mediación, el conflicto equivale a su razón de ser. Por esta razón, el tratamiento del conflicto en la mediación, además de la presencia de dos posiciones enfrentadas, exige la intervención de un tercero imparcial o mediador, cuyo rol consiste básicamente en asistir a las partes en sus comunicaciones para que estas por sí mismas lleven a

2 El concepto deriva etimológicamente del latín *mediare* (interponerse) y ha sido empleado para designar una oferta de interposición que ha sido impuesta a dos contrincantes. BARRERA ALGARÍN, Ernesto; MALAGÓN BERNAL, José Luis y SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO, José Luis. Mediación intergeneracional y personas mayores. En: *Portularia*. 2007. vol. VII, nos. 1-2, p. 76.

3 CARRULLA BENÍTEZ, Pedro. La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales. En: *Anuario de Justicia Alternativa*. Abril, 2001. no. 1, p. 2; en sentido afirmativo, GONZÁLEZ SUBIABRE, Emerson. La mediación comercial. Un método eficaz para resolver conflictos comerciales. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Iquique. Universidad Arturo Prat. Escuela de Derecho, p. 17.

4 El conflicto puede definirse como aquel "proceso interpersonal cuyo origen se basa en la existencia de "desacuerdos" entre sujetos, es a su vez una situación consustancial al ser humano como ser social que interacciona con otros sujetos, los cuales pueden tener intereses y necesidades contrapuestas". CASCÓN SORIANO, Paco. ¿Qué es bueno saber sobre el conflicto? Actitud ante el conflicto, conflicto y cooperación. En: *Cuadernos de Pedagogía*. Enero, 2000. no. 287, pp. 57-60; VINYAMATA CAMP, Eduard. Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos. Madrid: Reus, 2010. t. II; BLANCO ESCANDÓN, Celia. Reflexiones en torno al papel del abogado dentro de los procesos de mediación. En: *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. 2008. t. I, no. 427, pp. 161-162.

5 MORENO CATENA, Víctor. La resolución jurídica de conflictos. En: SOLETO MUÑOZ, Helena. Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos. Madrid: Tecnos, 2011, p. 28.

cabo una gestión constructiva del asunto que las enfrenta⁶.

Si bien son numerosas las aportaciones doctrinales que han pretendido, de una u otra forma, elaborar un concepto sobre la mediación⁷, es en los instrumentos legales en donde, por su valor jurídico, se recoge una definición genérica de este método de resolución de conflictos, conocido bajo la sigla anglosajona ADR (*Alternative Dispute Resolution*)⁸.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁹ (en adelante Directiva 2008/52/CE de mediación) describe la mediación como “aquel proceso estructurado en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre resolución de su litigio con ayuda de un mediador”¹⁰.

Seguidamente, cabe destacar que las notas inherentes y distintivas de este método alternativo de resolución de conflictos son las siguientes: (1) *La voluntariedad*¹¹: en aras de su autonomía, son las partes las que deciden someterse voluntariamente a mediación e intentar solucionar de manera consensuada sus diferencias, evitando así tener que acudir a la vía jurisdiccional; (2) *La autodeterminación*¹²: la mediación otorga a las partes el control sobre el conflicto y su conclusión; (3) *La imparcialidad*¹³: supone que el desarrollo de la actividad mediadora revista un carácter neutral; (4) *La confidencialidad*¹⁴: tan-

rídicos internos como es el caso de España, que a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LEM), señala en su art. 1 que la mediación no es un proceso sino un “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. BOE núm. 162, de 7.7.2012. Dicha conceptualización también ha quedado reflejada en el art. 8 del recientemente aprobado Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre de 2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE, núm. 310, de 27.12.2013), por el cual se desarrollan las disposiciones de la LEM.

6 MENKEL-MEADOW, Carrie. *Dispute resolutions: Beyond the Adversarial Model* (Casebook Series). Nueva York: Aspen Publishers, 2005, p. 265.

7 Desde una perspectiva puramente doctrinal, la mediación ha sido entendida como “aquel proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa, 1997, p. 43; BLANCO ESCANDÓN, ob. cit., pp. 164-165; ESTAVILLO CASTRO, Fernando. *Mecanismos alternativos de solución de controversias*. En: *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. 2008. t. I, no. 427, pp. 225-227.

8 En el apartado II. Marco normativo de la mediación, de este trabajo, se enuncian estas definiciones.

9 DO L 136, de 24.05.2008.

10 Art. 3 de la Directiva 2008/52/CE de mediación. Llama la atención la transposición que de esta se ha hecho en algunos ordenamientos ju-

11 Así, por ejemplo, se deduce de lo establecido en los arts.3 y 6.1 de la LEM y el art. 3 de la Directiva 2008/52/CE de mediación.

12 La noción de autodeterminación es originaria de la doctrina de la mediación pasiva desarrollada por McCarthy y Cormick, considerados los “padres de la mediación” en EE. UU.

13 Es conveniente aclarar que neutralidad e imparcialidad no son lo mismo, por cuanto la primera se centra en “la actitud del mediador durante el desarrollo de la mediación”, y la segunda hace referencia a su “ausencia de interés respecto al objeto de la mediación o con respecto a las partes”. TRIGO SIERRA, Eduardo y MOYA FERNÁNDEZ, Antonio José. *La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012*. En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Mayo-Agosto, 2012. no. 32, p. 105. En el mismo sentido: MOORE, Christopher W. *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3 ed. Nueva York: Jossey Bass Wiley, 2003.

14 Al respecto, el art. 3 de la Directiva 2008/52/CE de mediación señala: “Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de me-

to el mediador como las partes quedan sujetos a una expresa privacidad de las informaciones que sean manejadas por todos ellos durante el procedimiento; (5) *La economía*: la mediación reduce el tiempo y los costes, por cuanto su desarrollo suprime en muchos casos la posible existencia de factores externos que reporten a las partes un gasto elevado de tiempo y dinero; y, por último (6) *el carácter consensual*¹⁵: asegura que las partes son capaces de avanzar, por sí mismas, hacia una solución amistosa que ponga fin al litigio en cuestión.

Si bien no existe una clasificación jerárquica de las anteriores características, cierto sector doctrinal ha elaborado una distinción de estas atendiendo a su carácter permanente o circunstancial¹⁶. Sin embargo, para los efectos del presente trabajo el concepto de mediación atiende a estas notas distintivas.

diación o relacionada con dicho proceso". El art. 9 de la LEM es un ejemplo de la transposición de esta norma comunitaria en el ordenamiento español al establecer que: "1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo".

15 La mediación es considerada un "modelo conciliatorio" que tiene como propósito acomodar los intereses de las partes que se encuentran en conflicto de modo que "las situaciones en las que la mediación encuentra su razón de ser son aquellas en las que la ganancia de un jugador no necesariamente corresponde con la pérdida del otro (i. e. juegos de suma no cero)". VIRGÓS SORIANO, Miguel y GUAL GRAU, Cristian. La mediación como alternativa. En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Mayo-Agosto, 2008. no. 20, pp. 23-25.

16 CARRULLA BENÍTEZ, ob. cit., p. 3.

B. Delimitación frente a otros medios de resolución de controversias

En lo relativo a las vías disponibles para resolver controversias y obtener justicia, la denominada autotutela¹⁷ se presenta como una forma primitiva que se caracteriza por la imposición coactiva de soluciones de una parte sobre otra. Esto es, una parte —fuerte— mediante su acción directa impone a otra parte —débil— su voluntad¹⁸.

De todas las formas de obtención de justicia, la autotutela ha venido perdiendo vigencia en los distintos ordenamientos jurídicos. Aunque persisten rezagos sociales¹⁹, con el tiempo, la autotutela ha sido reemplazada por otras formas de resolución de controversias que se agrupan en los métodos de autocomposición y de heterocomposición.

Así, en la autocomposición la solución que pone fin a la controversia no es impuesta unilateralmente o por la fuerza, sino que son las partes las que llegan a un acuerdo de voluntades. Por lo general, se traduce en posiciones bilaterales (allanamiento/renuncia) y multilaterales

17 En cuanto a la terminología, algunos autores se refieren a ella también como "autodefensa" (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 50) y otros la denominan "autotutela"; en uno u otro caso, los autores hacen referencia a la misma cuestión (ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y derecho procesal. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1997, pp. 27 y ss.).

18 MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y GIMENO SENDRA, Vicente. Introducción al derecho procesal. 4 ed. Madrid: Editorial Colex, 2003, p. 17.

19 PELAYO LAVÍN, Marta. La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos. Tesis doctoral. Salamanca. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal Universidad de Salamanca, 2011, p. 23.

(desistimiento/transacción) a favor del interés ajeno²⁰. Por su parte, la heterocomposición consiste en que las partes se someten a un tercero que —en virtud de un contrato o por razón de su oficio— tiene la capacidad para imponer una solución definitiva al litigio. Mientras en la autocomposición el tercero ocupa una posición *infra* partes, en la heterocomposición lo hace *supra* partes, siendo esto último lo que le otorgará la capacidad para imponer soluciones²¹.

Cabe destacar que cierto sector doctrinal opina que la característica fundamental que diferencia la autocomposición de la heterocomposición “no es tanto la intervención de un tercero sino de quién (o quiénes) nace la solución del conflicto”²². Con todo, la intervención del tercero es determinante para distinguir la autocomposición de la heterocomposición²³.

Partiendo de esta diferencia, la mediación quedaría localizada en el ámbito propio de la autocomposición, aunque una fuerte corriente doctrinal sostiene que este método alternativo de resolución de conflictos se encuentra situado entre la autocomposición y la heterocomposición. Ello, por considerar que si bien en su procedimiento interviene un tercero neutral —llamado

mediador—, son las propias partes quienes se encargan de solucionar sus diferencias y, con ello, de satisfacer sus necesidades de acuerdo con sus respectivos intereses²⁴.

Teniendo en consideración estas precisiones, se analizarán aquellos elementos básicos de la mediación que permiten delimitar su procedimiento dentro del abanico de métodos ADR, es decir, la conciliación, la negociación y el arbitraje.

Por una parte, la conciliación es entendida como aquella intervención mediante la cual se intenta una aproximación de posturas entre los contendientes, con la intención de alcanzar un acuerdo²⁵. Al igual que sucede en la mediación, en una conciliación el tercero —llamado conciliador— interviene en la resolución del conflicto. No obstante, la diferencia fundamental entre ambos mecanismos radica en la facultad del conciliador para proponer acuerdos, potestad que no tiene el mediador, quien deberá limitarse a canalizar la comunicación entre las partes, absteniéndose de proponer soluciones porque, como bien es sabido, en la mediación son las propias partes las encargadas de alcanzar la solución que les resulte más satisfactoria²⁶.

20 Más información sobre los métodos autocompositivos de resolución de conflictos: *ibíd.*, pp. 49-51.

21 BARONA VILAR, Silvia. Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 58-63; MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA, *ob. cit.*, pp. 18-20; MORENO CATENA, *ob. cit.*, pp. 31-33.

22 PELAYO LAVÍN, *ob. cit.*, p. 26.

23 *Ibíd.*, pp. 27-28.

24 BLANCO ESCANDÓN, *ob. cit.*, pp. 166-167; CASTAÑO GIRALDO, J. I. Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: la mediación un mecanismo adecuado de tratamiento de conflictos. En: ¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas? Medellín: Universidad de Medellín. Grupo de investigaciones en derecho procesal, 2007, p. 72.

25 MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA, *ob. cit.*

26 En este sentido, GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. En: ORTELL RAMOS, Manuel y CARPI, Federico. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Valencia: Universitat de Valencia. Servei de Publicacions, 2008, p. 396; PELAYO LAVÍN, *ob. cit.*, p. 56.

Por otra parte, la negociación ha sido considerada “un proceso de interacción potencialmente beneficioso por el que dos o más partes con algún conflicto potencial o no, buscan mejorar sus opciones de negociar a través de decisiones y acciones decididas conjuntamente”²⁷. A diferencia de otros métodos ADR, se estará ante una negociación cuando no exista la intervención de un tercero o, de existir, esta quede limitada a una mera presencia, representación o asesoramiento a las partes.

Por último, se considera que el arbitraje es un método por el cual las partes acuerdan la intervención de un tercero —llamado árbitro o tribunal arbitral— para que imponga una solución al conflicto en un marco de garantías legales²⁸. Aunque la mediación guarda cierta similitud con el arbitraje, ya que en ambos métodos interviene un tercero ajeno a las partes, el ítem distintivo consiste en que en el arbitraje es el tercero quien resuelve el conflicto, mientras que en la mediación son las partes quienes emiten dicha solución.

II. MARCO NORMATIVO DE LA MEDIACIÓN

A. Normativa internacional

En el ámbito jurídico, la diversidad de normas que actualmente regulan los métodos ADR en las distintas regiones del mundo ha fomentado una búsqueda de soluciones armonizadas que faciliten el desarrollo transfronterizo de estos mecanismos. Ahora, dado que el empleo de estos medios depende fundamentalmente de la voluntad de las partes, no resulta del todo errado pensar que su regulación podría coartar el carácter informal de estos procedimientos.

En este sentido, la necesidad de procurar, por un lado, la integridad y salvaguarda de ciertos aspectos fundamentales en el derecho internacional, llevó a la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)²⁹ a preparar la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional³⁰ (en adelante

27 LAX, David y SEBENIUS, James. *The Manager as Negotiator. Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*. Nueva York: The Free Press, 1986, p. 29.

28 En una definición simple, debe entenderse que el arbitraje es un “método de resolución alternativa de conflictos de carácter adversarial, donde un tercero neutral es quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión, en principio, obligatoria. El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional en el cual uno o más árbitros son nombrados para resolver el litigio de manera definitiva”. BLANCO ESCANDÓN, ob. cit., p. 165.

29 La CNUDMI es un órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas, establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966. Su mandato establece que su misión es promover la armonización y modernización progresivas del derecho del comercio internacional “mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil. (...) Estos instrumentos se negocian a través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos, los Estados miembros de la CNUDMI, los Estados no miembros, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales invitadas. Como consecuencia de este proceso inclusivo, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico”. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL –CNUDMI. *Guía de la CNUDMI: datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas, 2013, p. 1.

30 Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, suplemento no. 17 (A/57/17 y Corr.1), ane-

Ley Modelo) con el objetivo de atenuar el coste, en ocasiones desproporcionado, que conlleva un litigio internacional, y de promover un clima de cooperación entre las partes a través de vías alternativas de solución de conflictos, que permita la continuidad de sus relaciones en el futuro y, con ello, aportar mayor certeza al comercio internacional³¹.

En su texto, la Ley Modelo señala que el término “conciliación” se utiliza para designar todo procedimiento por el cual una persona o un grupo de personas prestan asistencia a las partes en una controversia para que puedan llegar a una solución amistosa³². Dicha definición se realiza de manera amplia y, por tanto, a efectos prácticos, resultaría aplicable a situaciones como la mediación, el dictamen neutral, el miniproceso y a otras similares. En suma, la Ley Modelo englobaría la totalidad de estos procedimientos³³.

Por otra parte, desde el ámbito institucional han sido varias las aportaciones a favor de los méto-

dos ADR. Así, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³⁴, a través de sus reglamentos de arbitraje y de ADR³⁵ ha contribuido a consolidar un marco jurídico que pretende garantizar la resolución de los conflictos de manera transparente y eficiente, teniendo en consideración un amplio margen de flexibilidad que permite que las partes puedan determinar algunos aspectos procedimentales relativos al desarrollo del método ADR que hayan seleccionado.

Ambos reglamentos constituyen un cuerpo jurídico común que las partes, de no haber acordado el método o el ordenamiento jurídico que los vinculará, pueden aplicar de manera supletoria³⁶. Ahora bien, en caso de que decidan someter su controversia al procedimiento ADR de la CCI, estas tendrán que adoptar el compromiso de seguir en el mismo o al menos intentar resolver sus diferencias antes de iniciar un proceso judicial.

Los reglamentos de arbitraje y ADR son diferenciados pero complementarios y, de pactarse, podrá recurrirse a la cláusula que prevea la aplicación del binomio ADR/arbitraje. Para tal fin, la

xo I. Resolución 57/18 de 19 de noviembre de 2002 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1).

31 Dentro de los antecedentes se señala que “Al adoptar la Ley Modelo y al instruir a los empresarios sobre la finalidad de su régimen, se les estará alentando a buscar vías para solucionar sus controversias que no dependan de un fallo vinculante y que den más rentabilidad al mercado”. CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002. New York: Naciones Unidas, 2004, p. 14.

32 El art. 1.3 establece que “se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.

33 CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI..., ob. cit., p. 16.

34 La CCI, según su página web, es una “organización empresarial que representa mundialmente intereses empresariales. (...) Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países”. Disponible en: <http://www.iccspain.org>, última consulta realizada el 31 de enero de 2014.

35 GONZÁLEZ DE COSSÍO, ob. cit., pp.139-143. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, ob. cit., disponible en: http://www.cgsh.com/files/News/7557b65e-c477-427b-868a-c77bc023db57/Presentation/NewsAttachment/fe47dc95-326d-48a5-8f3d-cb2185cd0a51/Reglamento%20ICC_2012%20-%20Spagnolo.pdf, última consulta realizada el 31 de enero de 2014.

36 Al respecto se puede consultar el art. 2.B del Reglamento ADR de la CCI.

CCI ha propuesto una cláusula uniforme, la cual podrá ser empleada por las partes para adaptar la resolución de sus conflictos a sus necesidades³⁷. Con base en lo expuesto, resulta evidente que el Reglamento permite la elaboración de cláusulas de resolución de controversias combinadas o de diferentes etapas, que tienen como propósito facilitar a las partes la gestión y solución de la controversia de manera adecuada y efectiva.

En un mismo orden de ideas, la OMPI³⁸, a través de su Centro de Arbitraje y Mediación (en adelante el Centro)³⁹ se destaca como una de las organizaciones proveedoras de servicios de resolución de controversias más reconocida⁴⁰.

En particular, la mediación⁴¹ se ha establecido como uno de los medios más apropiados para resolver aquellos conflictos surgidos a partir de transacciones o relaciones comerciales relacionadas con la explotación comercial de derechos de propiedad intelectual.

Basándose en su Reglamento de Mediación⁴², el Centro ha administrado desde su creación numerosos procedimientos ADR en la resolución de disputas comerciales relativas a sectores específicos⁴³. El contenido, que se encuentra disponible en varios idiomas, incluye las fases en que estructura el procedimiento, así como una amplia variedad de cuestiones relacionadas con la confidencialidad, los mediadores, su nombramiento, funciones y honorarios.

El Centro no solo ha elaborado una serie de cláusulas contractuales ADR para la resolución de controversias en virtud de la celebración de un contrato, sino también un conjunto de acuerdos ADR a través de los cuales se puede someter una controversia ya existente. Al respecto, ha propuesto varias cláusulas que otorgan la posibilidad a las partes de aplicar la señalada

37 En específico, la CCI ha señalado que la cláusula ADR/arbitraje debería ser del siguiente tenor: "Obligación de recurrir al ADR, seguido por arbitraje CCI en caso necesario: En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de resolución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, dichas desavenencias serán definitivamente resueltas de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento de Arbitraje". CCI, ob. cit., p. 79.

38 La OMPI es un organismo especializado del Sistema de Naciones Unidas, creado en 1967, cuya misión esencial es servir de foro internacional en los temas relacionados con los servicios, las políticas, la cooperación y la información en materia de propiedad intelectual. Al respecto, se puede consultar la página web: <http://www.wipo.int/>, última consulta realizada el 31 de enero de 2014.

39 La página del centro se puede consultar en: www.wipo.int/amc/es/, última consulta realizada el 31 de enero de 2014. Información adicional en: OMPI. Solución de controversias para el siglo XXI. Ginebra: Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, n.º 779S, s. f.

40 "El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, con sede en Ginebra, fue creado en 1994 para promover la solución de controversias en materia de propiedad intelectual por medio de métodos de solución alternativa de conflictos (...) El Centro es el único proveedor de servicios de solución alternativa de controversias relacionadas con la propiedad intelectual en el plano internacional". OMPI. Guía de la Mediación de la OMPI. Ginebra: OMPI, 2009. p. 2. Es conveniente mostrar que según las estadísticas de la OMPI, un 73% de los procesos que se desarrollan por mediación terminan con un acuerdo satisfactorio para las partes.

41 La OMPI considera que la mediación es "un procedimiento no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar la controversia. (En función de la elección de las partes, la mediación podrá ser seguida por un arbitraje, un arbitraje acelerado o un proceso de decisión de experto)". *Ibidem*, p. 3.

42 OMPI. Reglamentos de Arbitraje y Mediación, ob. cit.

43 En relación con los servicios ADR del Centro en *sectores específicos*, estos cubren actualmente las siguientes áreas: (i) Arte y patrimonio cultural; (ii) Biodiversidad; (iii) Sociedades de gestión colectiva; (iv) Cine y medios de comunicación; (v) Tecnologías de la información y de la comunicación; (vi) Investigación y desarrollo/Transferencia de tecnologías; y (vii) Deporte.

cláusula ADR/arbitraje⁴⁴, así como también una variante especializada de esta denominada ADR/experto⁴⁵.

B. Derecho de la Unión Europea

En la Unión Europea (UE) son numerosas las iniciativas llevadas a cabo a favor de los métodos ADR, pues ya desde la aprobación del Acta Única Europea, de 17 y 28 de febrero de 1986⁴⁶, y la posterior Recomendación R (86) 12 del Consejo de Ministros⁴⁷, las instituciones europeas han trabajado por aliviar la excesiva carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, a través de varias medidas y objetivos adoptados en diversos ámbitos, y sobre varias materias que los Estados miembros deben llevar a la práctica.

En el tema de familia, por ejemplo, se adoptó en 1998 la Recomendación R (98) 1 del Consejo

de Ministros sobre la mediación familiar⁴⁸, cuyo objeto principal es instituir la mediación familiar y reforzar las medidas necesarias para asegurar la promoción y utilización de dicho proceso. Con posterioridad, las Recomendaciones 98/257/CE⁴⁹ y 2001/310/CE⁵⁰ de la Comisión fueron el detonante para que se estudiara la necesidad de adoptar una Decisión sobre la mediación.

Fue así como en mayo de 2000, el Consejo adoptó una serie de conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que “indicó que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia”⁵¹.

44 La cláusula uniforme señala “Mediación seguida, en ausencia de solución, de arbitraje [acelerado]: Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI. (...) Si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación, o en la medida en que no haya sido solucionada en el plazo de [60] [90] días contados desde el comienzo de la mediación, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI (...)”. *Ibidem*, p. 25.

45 Esta cláusula establece que, si la mediación fracasa, las partes deberán acudir al proceso de decisión de un experto, “procedimiento por el cual una controversia o una diferencia de orden técnico, científico o comercial entre las partes se somete a uno o varios expertos que dictarán una decisión. La decisión de experto es vinculante, salvo que las partes decidan lo contrario”. *Ibidem*, pp. 3-4.

46 DO L 169 de 29.06.1987.

47 Recommendation n.º R (86) 12 of the Committee of Ministers to Member States concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts. Adopted by the Committee of Ministers on 16 September 1986 at the 399th meeting of the Ministers' Deputies.

48 Es preciso señalar que las Recomendaciones del Consejo de Europa no tienen carácter vinculante, pero adquieren un valor referencial que permite que los poderes públicos empleen su acción normativa. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual. El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Navarra: Cizur Menor, Navarra Thomson-Civitas-Aranza-di, 2006, pp. 112-113. La Recomendación R (98) 1 del Consejo de Europa recoge una serie de objetivos y principios sobre la mediación familiar, que pretenden ser aplicables no solo a la realidad y ámbito europeo, sino a otras esferas de carácter internacional. GARCÍA PRE-SAS, Inmaculada. Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España. En: *Dereito, Rev. Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. 2009. vol. 18, no. 1, p. 244.

49 Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DO L 115 de 17.04.1998.

50 Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. DO L 109 de 19.04.2001.

51 Tomado del considerando n.º 3 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DO L 136 de 24.05.2008.

Esta determinación permitió que en el año 2002 se abriera paso el llamado Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁵², cuyo objetivo principal consiste en dar respuesta a 21 preguntas sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos⁵³.

Posteriormente, la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003⁵⁴, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes, relativas a la justicia gratuita⁵⁵, señaló en su considerando n.º 21 que la mediación constituía uno de los recursos extrajudiciales que los Estados debían proporcionar de manera gratuita cuando sea obligatorio por ley o un tribunal haya ordenado su agotamiento.

Más adelante, con el Código de Conducta para mediadores⁵⁶ de 2004 y la Propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁷, se puso en evi-

dencia que la tendencia europea no solo se inclinaba por regular los aspectos esenciales de la mediación⁵⁸, sino también por impulsar su puesta en práctica.

Sin embargo, solo hasta el año 2008 el Consejo diseñó un marco jurídico europeo común sobre la mediación, que se plasmó en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁹.

Esta norma, de carácter vinculante, regula el procedimiento de la mediación sin necesidad de intervención por parte de algún órgano jurisdiccional estatal. En cierto modo, ello supone un límite para las normas relativas a litigios civiles y mercantiles con carácter transfronterizo⁶⁰ y excluye los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos y aquellos relacionados con el ejercicio del poder soberano de los Estados (*acta iure imperii*).

Además de facilitar el acceso a una resolución extrajudicial y amistosa de los conflictos, la Directiva 2008/52/CE de mediación señala de manera resumida que sus objetivos principales

52 COM (2002) 196 final. Bruselas, 19.04.2002.

53 En el Libro Verde, “la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido”. COM (2002) 196 final. Bruselas, 19.04.2002, p. 6.

54 DO L 26/41, 31.1.2003.

55 Ibid.

56 Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf, última consulta realizada el 31 de enero de 2014.

57 COM 2004/0718 final.

58 Es conveniente resaltar, por ejemplo, que el Código de conducta señala que la mediación es “cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo, “el mediador”.

59 DO L 136, de 24.05.2008.

60 De conformidad con el art. 2, “se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes (...)”.

son: (1) garantizar el mantenimiento y desarrollo de un espacio común de libertad, seguridad y justicia; (2) fortalecer el acceso a la justicia; (3) dar solución extrajudicial a las controversias de una manera rápida y económica; (4) aumentar la probabilidad del cumplimiento de los acuerdos y preservar una relación amistosa y viable entre las partes; y (5) dar cobertura a la necesidad de una legislación marco sobre la mediación que proporcione elementos jurídicos comunes a todos los Estados miembros.

Asimismo, en el ámbito de las relaciones de consumo, la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en esta materia, por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE⁶¹, pretende dar respuesta a las Recomendaciones hechas por la Comisión⁶² y que los comerciantes cuenten con mecanismos extrajudiciales suficientes que les permitan una resolución alternativa de sus litigios y los posicione con una ventaja comparativa al momento de solucionar sus controversias⁶³.

61 DO L 165/63 de 18.6.2013.

62 Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

63 Al respecto la directiva señala que "La garantía de un acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles para resolver los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios debe beneficiar a los consumidores y, por consiguiente, reforzar su confianza en el mercado (...) El desarrollo en la Unión de un sistema adecuado de resolución alternativa de litigios es necesario para reforzar la confianza de los consumidores en el mercado interior, incluido el ámbito del comercio en línea, y para desarrollar plenamente el potencial y las oportunidades del comercio transfronterizo y en línea. Dicho desarrollo debe basarse en los procedimientos de resolución alternativa existentes en los Estados miem-

En consecuencia, estos instrumentos procuran dotar de una regulación suficiente y coherente la resolución alternativa de conflictos, todo ello a través de procedimientos justos, independientes, imparciales, transparentes y efectivos, que permitan el desarrollo del comercio y demás sectores económicos de la Unión Europea.

A tal efecto, el nuevo Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁴, complementario de la Directiva reseñada, establece en sus disposiciones la forma de resolución de litigios en línea en materia de consumo y la creación de una plataforma tecnológica que ofrezca a los consumidores una ventanilla única mediante la cual puedan presentar sus reclamaciones ante entidades proveedoras de servicios ADR⁶⁵.

En definitiva, teniendo en cuenta la evolución de la normativa europea de mecanismos ADR, esta debiera ser entendida en clave positiva no solo por ser la más innovadora, sino por estructurar un marco legal internacional capaz de garantizar y reforzar la protección de los consumidores y su confianza para acceder a procedimientos ADR de calidad, sin restringir el derecho a la tutela jurisdiccional.

bros y en el respeto de sus respectivas tradiciones jurídicas" DO L 165/63 de 18.6.2013.

64 DO L 165/1 de 18.6.2013.

65 El art. 5 del Reglamento señala sobre el particular que "La plataforma de resolución de litigios en línea constituirá una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Será un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión" DO L 165/1 de 18.6.2013.

III. ASPECTOS LEGALES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

A. Cláusulas contractuales de sumisión a ADR

1. Validez de la cláusula de mediación

Son diversas las vías por las que la mediación puede iniciarse, a saber: (1) por derivación del órgano judicial⁶⁶, (2) de común acuerdo entre las partes, o (3) por una de ellas con el consentimiento de la otra; las dos últimas opciones, en cumplimiento de un pacto preestablecido que recoge la voluntad de ambas partes de someter a mediación los posibles conflictos derivados de su relación contractual, o lo que es lo mismo, de un pacto de sometimiento a mediación o cláusula de mediación⁶⁷.

En el ámbito de los contratos internacionales, la adopción de cláusulas específicas de resolución de controversias permite que los contratantes tengan la facultad de prever la forma y los mecanismos que desean emplear para solucionar los conflictos que llegaren a presentarse.

En particular, las cláusulas de sometimiento a métodos ADR o cláusulas ADR facilitan un instrumento jurídico que permite a las partes determinar con antelación al conflicto una amplia variedad de circunstancias (como son, por ejemplo, la designación del tercero neutral o la institución administradora del procedimiento ADR elegido, el lugar de celebración, el idioma/s en que se desarrollará, etc.) contribuyendo, por un lado, a otorgar seguridad jurídica al contrato y, por otro lado, a evitar las limitaciones que en caso contrario puede generar su desconocimiento.

Cuando las partes voluntariamente deciden pactar el sometimiento a mediación, dicha voluntad se recoge en un documento en el que queda plasmada la denominada cláusula de mediación, la cual adquiere relevancia cuando la eventual presencia de ambigüedades en la intencionalidad volitiva de las partes sea susceptible de generar dudas acerca de la existencia de un compromiso contractualmente exigible.

A diferencia de las cláusulas sobre sumisión jurisdiccional⁶⁸ y la compromisoria de arbitraje⁶⁹, la que recoge el pacto de sometimiento a mediación carece de una regulación específica europea. Así pues, cuando el contrato presenta elementos de internacionalidad, a efectos de

66 Esta situación, por ejemplo, se señala de manera expresa en la Directiva 2008/52/CE, que establece en su art. 5 que "El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles".

67 Esta situación es común a los ordenamientos de los diferentes Estados comunitarios y algunos extra-comunitarios. Así por ejemplo, se encuentra establecido en el art. 16 LEM.

68 Al respecto es importante tener en consideración el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12/1, de 16.01.2001), también conocido como Reglamento "Bruselas I" (en adelante RBI).

69 Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961 (en adelante CG 1961). De la misma manera, dentro de la normatividad internacional hay que tener en consideración las normas del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (en adelante CNY 1958).

determinar la ley rectora de su validez, será aplicable el régimen general del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conocido también como Reglamento “Roma I” (en adelante RRI)⁷⁰, cuyas disposiciones sustituyen al antiguo Convenio de Roma de 1980 (en adelante CR)⁷¹.

En atención al carácter contractual de la cláusula de mediación, es preciso diferenciar los distintos aspectos que afectan su validez. Así, en primer lugar, en lo que respecta a la forma, el art. 11.1 RRI (antiguo art. 9 CR) establece que el pacto “entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración *será válido* en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o por la Ley del país donde se haya celebrado” [cursivas fuera del texto].

En un mismo orden de ideas, el art. 11.2 RRI establece que el pacto entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración *será válido* en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo, en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley

del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento [cursiva fuera del texto].

En segundo lugar, la determinación de la ley aplicable a la capacidad de las partes, como es sabido, se excluye del RRI por su art. 1.2 a)⁷², sin perjuicio de lo previsto en el art. 13 RRI⁷³. En consecuencia, la capacidad se regirá por la ley nacional de los contratantes; pero ninguna persona física podrá invocar su incapacidad resultante de una ley distinta a la del lugar de celebración (entre presentes) del contrato, si esta ley desconoce dicha capacidad y el contratante actuó de buena fe.

De ese modo, por más que la capacidad para acordar el sometimiento a mediación se regule por las respectivas leyes nacionales de los contratantes, cuando se cumplan las condiciones previstas en el art. 13 RRI dicha capacidad quedará regida por la ley del país donde las partes se encuentran localizadas geográficamente y hayan celebrado el contrato, protegiendo con esto a la parte que actuó de buena fe frente a aquella que no lo hizo y que, conforme a su ley personal, es incapaz.

70 DO L 177/6 de 4.7.2008.

71 DO C 027 de 26.01.1998.

72 Al respecto el citado artículo establece: “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado civil y la capacidad de las personas físicas”.

73 Este artículo señala “En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”.

Por último, la ley aplicable al fondo vendrá determinada por los arts. 3 o 4 RRI⁷⁴, según las partes hagan uso de la posibilidad de elección del régimen aplicable. A pesar de lo anterior, aunque se considere que el pacto existe según la ley rectora del contrato, cualquiera de las partes tiene la capacidad para alegar que conforme a la ley del país de su residencia habitual, los actos que desarrolló no implican su consentimiento (art. 10.2 RRI)⁷⁵.

Una vez contemplados los aspectos relativos a la validez de la cláusula de mediación, procede ahora analizar las consecuencias derivadas del principio de voluntariedad sobre la exigibilidad u obligatoriedad de su cumplimiento. Siendo que las partes no están obligadas a permanecer y llegar a un acuerdo de mediación⁷⁶, se ha establecido que estas deben “intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”⁷⁷. No obstante, dada la dificultad para conocer si la parte ha actuado en el sentido más congruente del comportamiento esperado, las legislacio-

nes nacionales han establecido diferentes mecanismos para sancionar a aquel contratante que actúa de manera contraria.

Así, por ejemplo, en el caso español, la parte perjudicada tiene la posibilidad de solicitar que la cláusula de mediación despliegue sus efectos negativos, recurriendo para ello a la declinatoria, instrumento que se incorpora como el cauce procesal oportuno en caso de incumplimiento, lo cual impedirá que la parte que actuó de mala fe pueda acudir a la jurisdicción⁷⁸. Al respecto, el art. 10.2 LEM⁷⁹ establece que la existencia de un pacto de sometimiento impedirá a los órganos judiciales conocer de dichas controversias.

En el caso de Reino Unido, sus tribunales no terminan de otorgar carácter efectivo a las cláusulas ADR por considerar difícil de probar la existencia de conductas contrarias a la buena

74 El art. 3 RRI hace referencia a la libertad de elección de ley de los contratantes, quienes tienen la capacidad de decidir la ley aplicable al contrato y manifestarlo expresamente o de manera inequívoca en las cláusulas contractuales. Por su parte, el art. 4 RRI se refiere a aquellas situaciones en donde los contratantes no estipularon la elección de la ley.

75 La parte respectiva del numeral señala “para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte”.

76 Así, por ejemplo se deduce del art. 8.1 de la Directiva 2008/52/CE de mediación. En el mismo sentido, el art. 6.3 LEM estatuye: “Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

77 Así se establece en el art. 6.2 LEM.

78 Así se encuentra establecido en los arts. 39, 63 y 65 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (vigente hasta el 22 de julio de 2014). Estos señalan: “Art. 39. El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia”; “Art. 63. 1. Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores. (...)”; “Art. 65 (...) 2. Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación”. BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000, pp. 575-728. Corrección de errores BOE núm. 90, de 14-04-2000, p. 15278 y BOE núm. 180, de 28-07-2001, p. 27746.

79 Se señala “El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

fe por parte de los contratantes⁸⁰. Una postura intermedia es la seguida por los tribunales australianos, que basándose en la redacción de su contenido otorgan carácter efectivo, total o parcial, a lo convenido⁸¹.

Por su parte, en Alemania la determinación del carácter ejecutivo de la cláusula de mediación no ha sido resuelta, aunque la Suprema Corte Federal rechaza de manera temporal aquellas reclamaciones que contengan esta clase de estipulaciones, con lo cual le otorga una eficacia indirecta. En Suiza se ha optado por darle eficacia solo a aquellas cláusulas que señalan expresamente que la mediación es un procedimiento obligatorio para poder acudir a la jurisdicción⁸².

Una línea jurisprudencial interesante es la seguida por la Corte de Casación francesa, por la cual considera que cuando la redacción de la cláusula es clara, se debe dar eficacia a la mediación inadmitiendo temporalmente la reclamación judicial⁸³. Luego, para evitar que la incertidumbre en la voluntad emitida por las partes suponga

un límite a la eficacia de la cláusula de mediación, resulta imprescindible una redacción clara y precisa de su contenido.

Como se puede observar, a pesar del desarrollo normativo internacional y europeo, sigue siendo necesaria una armonización normativa que resuelva la cuestión sobre la eficacia de la cláusula de mediación. Esta precisión jurídica permitiría impulsar definitivamente el empleo de cláusulas o pactos de sometimiento a mediación como un estándar de procedimiento a nivel internacional para resolver de manera adecuada y eficiente cualquier conflicto.

2. Cláusulas MED/ARB

Ante los problemas que en ocasiones plantea la eficacia de la cláusula de mediación, la inserción de las denominadas cláusulas escalonadas (*escalation clauses*) aporta una mayor flexibilidad y dinamismo a la resolución extrajudicial de controversias. En concreto, las cláusulas escalonadas son aquellas que emplean la combinación mixta de procedimientos ADR, de forma tal que en caso de que falle el primer procedimiento, surge una habilitación inmediata para iniciar otro⁸⁴.

Entre los distintos tipos de cláusulas escalonadas destaca, en primer lugar, aquella por la cual

80 TOCHTERMANN, Peter. Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution. En: Uniform Law Review. Agosto, 2008. t. 13, n.º 3, p. 687.

81 Ibid. pp. 707-708. En la sentencia más reciente que cita Tochtermann se lee "what is enforced is not co-operation and consent but participation in a process from which co-operation and consent might come. [...] An agreement to conciliate or mediate is not to be likened ... to an agreement to agree. Nor is it an agreement to negotiate, or negotiate in good faith, perhaps necessarily lacking certainty and obliging a party to act contrary to its interests. Depending upon its express terms and any terms to be implied, it may require of the parties participation in the process by conduct of sufficient certainty for legal recognition of the agreement". *Hooper Bailie Associated Ltd v. Natcon Group Pty Ltd* (1992) 28 NSWLR 194.

82 Ibid., p. 709.

83 Ibid., p. 709.

84 "El eventual fracaso del ADR es algo con lo que siempre debe contarse. Por eso en la práctica son cada vez más habituales cláusulas mixtas que combinan el arbitraje y el ADR". VIRGÓS SORIANO, Miguel. Medios alternativos de solución de conflictos. En: Anuario UAM. 2007. no. 11, p. 86.

el mediador “cambia de sombrero”⁸⁵ y pasa a ser árbitro, también conocida como cláusula MED-ARB⁸⁶. En segundo lugar, una cláusula ARB-MED es aquella por la cual se dispone que el árbitro, de considerarlo conveniente, intente que las partes lleguen por sí mismas a una solución amistosa. Y en tercer lugar, un tipo de cláusula escalonada —menos conocida— es la denominada MEDAOLA (*mediation and last offer arbitration*), que consiste en que, de no lograrse un acuerdo en la mediación, las partes se ven obligadas a comunicarle al mediador su última oferta, autorizándole para que elija la más adecuada y emita su decisión en forma de laudo⁸⁷.

A pesar de las ventajas que ofrecen estos procedimientos híbridos, es cuestionable la imparcialidad con la cual pueda actuar aquella persona que interviene como mediador y luego tiene que fungir de árbitro, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales el mediador ha tenido acceso a información reservada y sensible para las partes. Por consiguiente, lo más lógico dentro de un proceso escalonado sería sustituir al tercero en cada procedimiento, con la consecuente desventaja que tendrían que repetirse ciertas actuaciones que supondrían nuevos costos para las partes⁸⁸.

Este dilema que enfrentan las cláusulas escalonadas no está exento de crítica, por lo que resulta difícil dar una única solución. Por esta razón, en el ámbito internacional se han venido debatiendo y adoptando normas jurídicas que pretenden que sea imposible emplear la información obtenida durante un proceso de mediación⁸⁹, salvo pacto en contrario o porque el derecho aplicable así lo exija.

No obstante, dicha regulación no precisa en qué casos concretamente se justifica o no mantener la confidencialidad, lo cual supone que deban proponerse y adaptarse nuevas normas jurídicas que den solución a esta cuestión. A modo de ejemplo, la *Commercial Mediation Act* (CMA) de 2010, aprobada en Ontario-Canadá, establece las situaciones por las cuales la información puede ser revelada⁹⁰. Por su parte,

secuente posibilidad de pérdida de su independencia e imparcialidad, y en caso de que para evitarlo se considerara la posibilidad de sustituirlo, las consecuencias serían igualmente negativas, en función de que el nuevo árbitro podría verse enfrentado a la necesidad de repetir actuaciones, lo que resultaría impensable en términos de tiempo, costos y equidad procesal, además de la circunstancia de que algunas actuaciones podrían ser irrepetibles o de repetición inconveniente” *Ibid.*, p. 230.

85 *Ibid.*, p. 87.

86 Al respecto, las instituciones internacionales como la CCI y la OMPI han elaborado cláusulas uniformes para este tipo de situaciones: CCI, *ob. cit.*, p. 79; OMPI. Guía de la Mediación, *ob. cit.*, p. 25.

87 “La ventaja atribuida a este mecanismo es que obliga a las partes a hacer efectivamente su mejor oferta, sabiendo que el mediador, actuando ya como árbitro en virtud del MEDAOLA, tendrá la facultad de elegir una de ellas —que podría ser la de esa parte— y convertirla en laudo” ESTAVILLO CASTRO, *ob. cit.*, p. 230.

88 Algunos autores han señalado sobre el particular que “si el mediador se ve obligado a actuar de nuevo como árbitro, se enfrentará la con-

89 Así, por ejemplo, se establece en el art. 7.2 del Reglamento de CCI que señala “salvo que sea exigido por el derecho aplicable y a falta de acuerdo en contrario entre las partes, ninguna de ellas podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar [documentos, declaraciones o comunicaciones presentadas por otra parte o por el tercero en el proceso]”.

90 En su art. 8, el CMA así lo establece en los siguientes términos: “Duty to keep confidential 2) Information relating to the mediation must be kept confidential by the parties, the mediator and any other persons involved in the conduct of the mediation unless, a) all the parties agree to the disclosure and, if the information relates to the mediator, the mediator agrees to the disclosure; b) the disclosure is required by law; c) the disclosure is required for the purposes of carrying out or enforcing a settlement agreement; d) the disclosure is required for a mediator to respond to a claim of misconduct; or e) the disclosure is required to protect the health or safety of any person” *Commercial Mediation Act*, 2010, S.O. 2010, C. 16, Sch. 3.

en el caso del derecho europeo, los Estados siguen las directrices que sobre el particular establece la Directiva 52/2008/CE de mediación, teniendo en consideración que sobre los procedimientos mixtos que introducen las cláusulas escalonadas la normativa europea guarda silencio⁹¹.

B. El contrato de mediación internacional

1. Importancia de la autorregulación

Un contrato de mediación⁹² es aquella relación contractual que las partes, de común acuerdo, entablan con un mediador o institución mediadora para que las asista, a cambio de una remuneración económica⁹³. En relación con las características que reviste el contrato de media-

ción, básicamente hay que resaltar su carácter consensual, multilateral y oneroso⁹⁴.

En cuanto al carácter consensual del contrato de mediación, es preciso añadir que únicamente la voluntad de las partes dará inicio al procedimiento. Una vez que las partes y el mediador transmiten su aceptación, esta deberá plasmar-se por escrito, es decir, con la firma del documento tanto por las partes como por el mediador⁹⁵.

Aunque se trata de un negocio jurídico bilateral (partes/mediador), el contrato de mediación es multilateral, puesto que la posición de las partes en conflicto siempre estará compuesta por dos o más personas. De igual forma, es posible también que la posición del mediador sea desarrollada por un grupo de mediadores (ej. comediación).

Desde su aceptación, los firmantes quedan sometidos a una serie de obligaciones sinalagmáticas que consisten, por un lado, en un compromiso del mediador de asistir a las partes en sus comunicaciones para que estas intenten por sí mismas llegar a un acuerdo y, por otro lado, en la obligación de las partes a pagar los honorarios correspondientes por los servicios prestados por el mediador, siendo esto último lo que

91 En el caso español, por ejemplo, el art. 9 LEM encomienda al mediador la "protección del secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes", de modo que "no podrán revelar la información que hubieran obtenido en un procedimiento anterior". En particular, el art. 9.2 LEM impide que los mediadores que "participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o arbitral sobre la información y documentación derivada de una mediación" o aquella relacionada con esta, salvo las excepciones previstas por la ley que será cuando expresamente lo dispongan las partes o cuando, por resolución judicial motivada, sea solicitada por un juez de lo penal.

92 "En el proceso de mediación pueden materializarse los dos significados del término contrato. El contrato inicial al que podemos denominar propiamente "contrato de mediación", responde más bien al sentido estricto de este, concretándolo al campo del derecho de obligaciones como un acuerdo de voluntades para crearlas, modificarlas o extinguirlas. En la fase final del proceso, las partes pueden concluir el que hemos dado en llamar "negocio jurídico mediado" o contrato en sentido amplio con origen en el proceso de mediación" GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia. Madrid: Reus, 2007, p. 462. BLANCO CARRASCO, Marta. Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Zaragoza: Reus, 2009, p. 157.

93 BLANCO CARRASCO, ob. cit., pp. 156-158.

94 *Ibíd.*, p. 163.

95 El contrato debería de contener: "a) la identificación de las partes en conflicto y sus circunstancias personales (...); b) La identificación del mediador, sus circunstancias personales y su número de registro en el Registro oficial de mediadores (...); c) La determinación del conflicto por el cual se otorga el contrato y las cuestiones que serán objeto de mediación; d) La programación del desarrollo de las actuaciones de mediación así como la planificación y duración aproximada; e) la fecha y la firma de las partes (...)" *Ibíd.*, p. 160.

determina la onerosidad de la relación contractual descrita.

Además, el contrato de mediación es, por lo general, una figura jurídica innominada, que guarda cierta analogía con otras incluidas en los contratos de prestación de servicios, como son el contrato de mandato, el contrato de arrendamiento de obra o el contrato de corretaje. Esto último, desde una perspectiva del derecho aplicable, puede plantear problemas para determinar las obligaciones de los firmantes⁹⁶.

Debido a lo anterior, se evidencia una fuerte tendencia entre los órganos jurisdiccionales de considerar el contrato de mediación como un contrato atípico e innominado⁹⁷. Esta afirmación quedaría reforzada por el hecho de que una posible gratuidad del servicio de mediación haga dudar sobre la naturaleza del contrato y, por ende, sobre su categorización como un contrato de prestación de servicios⁹⁸.

Asimismo, se ha señalado que para analizar la naturaleza jurídica del contrato de mediación es necesario examinar: (a) el resultado del contrato de mediación internacional; (b) la actividad que

desempeña el tercero que ejerce de mediador; y (c) el alcance de la intervención del tercero dentro de la resolución del conflicto.

Para resolver lo anterior, el derecho internacional ha venido elaborando una serie de códigos de conducta que intentan determinar las responsabilidades y deberes éticos exigibles a todo mediador. A modo de ejemplo, es destacable el Código de Conducta Europeo para Mediadores⁹⁹, así como algunas iniciativas de regulación que han elaborado, por ejemplo, el *Center of Effective Dispute Resolutions* (CEDR), la CCI y la OMPI.

En conclusión, todavía es necesario avanzar en la elaboración de modelos de contratos de mediación internacional (*model agreements*), que permitan que esta sea uniforme. Con todo, los esfuerzos que se dan en el campo de la autorregulación han contribuido decisivamente, en ausencia de una regulación específica, a un elevado grado de estandarización del contenido obligacional.

2. Ley aplicable al contrato de mediación

Ante la ausencia de un régimen específico europeo del contrato de mediación con carácter transfronterizo, la regulación de su contenido queda sometida al régimen general establecido por el RRI. Concretamente, el art. 3.1 RRI contempla el principio base de la contratación internacional por el cual las partes son libres de elegir

96 En este sentido, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante, de 30 de mayo de 2001, de Soria de 28 de diciembre de 2004 y de Málaga, de 7 de junio de 2004, han señalado que el contrato de mediación es un contrato revestido de atipicidad, al mismo tiempo que dotado de contenido sustantivo, al amparo de la libertad de contratación. De la misma forma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de marzo de 2001, ha recalado que nos encontramos ante un contrato innominado *facio ut des*.

97 GÁZQUEZ SERRANO, Laura. El contrato de mediación y corretaje. Madrid: La Ley, 2007, pp. 20-22.

98 "El simple hecho de afirmar que la mediación es gratuita no niega la similitud con el contrato de prestación de servicios". BLANCO CARRASCO, ob. cit., p. 338.

99 Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf, última consulta realizada el 31 de enero de 2014.

la ley aplicable al contrato. Dicha elección aporta seguridad jurídica a las partes contratantes, en tanto permite a estas conocer la ley que regirá los aspectos fundamentales de su relación contractual.

La elección de la ley aplicable al contrato de mediación puede materializarse de dos formas, a saber: (i) de manera expresa, a través de un documento o cláusula que se incluye como parte de las estipulaciones contractuales; o (ii) de manera tácita, siempre que derive inequívocamente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Así, para que se entienda que las partes contratantes eligen tácitamente un ordenamiento jurídico, la remisión debe ser inequívoca¹⁰⁰, es decir, que no pueda generar dudas sobre los términos y las circunstancias que se establecieron en el contrato.

Ahora bien, de conformidad con el art. 3.2 RRI, la elección de la ley aplicable al contrato, así como su modificación, puede llevarse a cabo por las partes “en cualquier momento”. Sin embargo, debe mencionarse que la modificación de la ley aplicable al contrato con posterioridad a la celebración de este, no podrá afectar los derechos de terceros, ni tampoco privar de validez al contrato en cuanto a su forma, conforme a lo establecido por el art. 11 RRI.

A pesar de lo anterior, la elección de ley aplicable al contrato de mediación presenta una serie de limitaciones, a saber:

En primer lugar, el carácter internacional de la relación contractual —cuando esta queda vinculada a varios ordenamientos jurídicos estatales— constituye un presupuesto de eficacia de la autonomía conflictual¹⁰¹. En respuesta a esto último, el art. 3.3 RRI¹⁰² establece que cuando los elementos del contrato queden vinculados a un solo Estado, la elección de otro ordenamiento jurídico no impedirá la aplicación de las normas imperativas.

En segundo lugar, el art. 3.4 RRI¹⁰³ extiende el criterio expuesto a situaciones intracomunitarias, estableciendo que en aquellas relaciones contractuales cuyos elementos se encuentran localizados en varios Estados miembros, la elección de la ley aplicable a un Estado no miembro por las partes no impedirá la aplicación de la normativa europea elaborada al efecto.

En tercer lugar, en caso de que las partes no recurran a la posibilidad prevista por el art. 3.1 RRI, el mismo Reglamento establece en su art. 4 ocho reglas especiales para determinar la ley

101 En el ámbito de los contratos internacionales se distingue entre *autonomía material*, es decir, aquella que permite que las partes dispongan de las normas jurídicas aplicables al contrato y la *autonomía conflictual*, que indica la posibilidad de que las partes elijan el ordenamiento de carácter estatal aplicable a su relación contractual.

102 “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

103 “Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”.

100 Art. 3.2 RRI.

aplicable al contrato “a falta de elección de ley”. En nuestro caso concreto, resultaría aplicable la regla específica que contiene el art. 4 RRI, apdo. 1 b), para la prestación de servicios¹⁰⁴.

Al respecto, es preciso destacar que el RRI aporta una concepción amplia del contrato de prestación de servicios. De este modo, la prestación de servicios comprende una amplia variedad de contratos (ej. de arrendamiento de servicios, de gestión, de intermediación, de consultoría legal, financiera, etc.)¹⁰⁵. De ahí que, en defecto de elección de ley aplicable, y conforme a lo establecido en el art. 4.1 RRI, será aplicable al contrato de mediación “la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”, es decir, la residencia del mediador o institución que preste los servicios de mediación.

Precisando lo anterior, es necesario indicar que de conformidad con el art. 19 RRI, las sociedades y las personas jurídicas tendrán su residencia habitual en el lugar de su administración central, el cual no necesariamente tiene que coincidir con el lugar de su domicilio estatutario, o con el lugar de su establecimiento principal. En el caso de los profesionales o comerciantes, el lugar de su residencia habitual corresponderá al lugar en el que se encuentre su establecimiento principal (art. 19.1 RRI).

En un mismo orden de ideas, en caso de que las partes no determinen la ley aplicable al contrato

de mediación, será necesario dar alcance al art. 4 RRI, según el cual la ley aplicable será la ley del país que presente los vínculos más estrechos con la relación contractual¹⁰⁶.

Por último, en cuanto a la validez y eficacia del contrato de mediación transfronterizo, dada la inexistencia de una normativa específica que regule tales efectos, estos serán regulados por el régimen general de ley aplicable a la forma del contrato (art. 11 RRI) y a la capacidad de las partes (art. 13 RRI), cuestiones que fueron tratadas con anterioridad.

C. Acuerdos de mediación

1. Acuerdos con eficacia ejecutiva

El acuerdo de mediación puede definirse como “aquel negocio jurídico lícito, nacido a consecuencia de la labor mediadora, constituido generalmente por varias declaraciones de voluntad, tutelado por el Derecho, que le atribuye determinados efectos jurídicos consecuencia de lo que se manifiesta como querido (*ex voluntate*)”¹⁰⁷.

104 En su tenor literal la norma señala “el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”.

105 Considerando 17 RRI.

106 Es necesario señalar que el art. 4.3 RRI (antiguo art. 4.5 CR) incluye una “cláusula de escape” mediante la cual se establece la posibilidad de aplicar una ley distinta de la ley designada en el mismo artículo, al contrato que presente los vínculos manifiestamente más estrechos con la ley de un país distinto. Si bien dicha regla cumple una función correctora en situaciones excepcionales, también presenta una serie de cautelas que merecen especial atención, pues no bastará cualquier tipo de vínculo; este debe ser “manifiestamente más estrecho con otro país distinto del indicado en los apdos. 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país”. En segundo lugar, el art. 4.4 RRI establece una “cláusula de cierre” en caso en que “la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a dichos apartados” y tampoco pueda determinarse el país de residencia habitual del prestador característico: el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, al no establecer mayores precisiones al respecto, esta solución de cierre genera la necesidad de un examen de las circunstancias individuales del caso concreto.

107 GARCÍA VILLALUENGA, ob. cit., p. 497; en sentido afirmativo, MARQUES CEBOLA, Catia. La mediación. Un nuevo instrumento de la ad-

Dicho acuerdo, que podrá versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a mediación, contendrá información sobre el lugar y la fecha en que se suscribe, la identidad y el domicilio de las partes, el mediador/es, así como todas aquellas obligaciones asumidas durante el procedimiento. Todo ello quedará recogido por escrito en un documento que las partes o sus representantes deberán firmar y contra el que, una vez adquiera carácter vinculante, solo cabrá ejercitar la acción de nulidad por aquellas causales que invalidan los contratos¹⁰⁸.

Es necesario destacar que una de las ventajas de la mediación consiste en que la tasa de cumplimiento es elevada; esto se debe, principalmente, a que son las partes quienes voluntariamente alcanzan el acuerdo que pone fin a su conflicto. Sin embargo, en caso de que no se cumpla voluntariamente lo acordado será necesario ejecutarlo. Por tanto, para evitar que la mediación sea considerada una alternativa más gravosa que el proceso judicial¹⁰⁹, es preciso dotar de fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados para garantizar la eficacia de su procedimiento¹¹⁰.

Sobre esta consideración, el art. 6.1 de la Directiva 2008/52/CE de mediación establece que la fuerza ejecutiva de los acuerdos de me-

diación puede ser solicitada por ambas partes, o en su caso, por una de ellas con el consentimiento “explícito” de las demás¹¹¹.

De la misma disposición se colige que el contenido de estos acuerdos puede adquirir carácter ejecutivo de dos formas, a saber: (1) en virtud de una sentencia, providencia o resolución proferida emanada por un órgano jurisdiccional competente; o (2) a través de un “acto auténtico” —documento público—¹¹² emanado de una autoridad competente, de conformidad con lo establecido por la legislación del Estado miembro en el que sea formulada la solicitud.

Habida cuenta de que el art. 6.1 no afectará lo dispuesto por las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otros Estados miembros¹¹³, una vez el contenido del acuerdo adquiera fuerza ejecutiva en uno de ellos, este “debe” ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros¹¹⁴.

ministración de justicia para la solución de conflictos. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2011, p. 158.

108 GARCÍA VILLALUENGA, ob. cit., p. 497.

109 Considerando 19 de la Directiva 52/2008/CE de mediación.

110 AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. El impulso de la mediación en Europa y España y la ejecución de acuerdos de mediación como documentos públicos con fuerza ejecutiva. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Enero, 2013. no. 25, p.12.

111 El artículo en su tenor literal señala “Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”.

112 Debe puntualizarse que un documento público es aquel documento con fuerza ejecutiva, formalizado en un Estado contratante, el cual ha sido proferido sin la intervención de un funcionario público. Al respecto se puede consultar la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 17 de junio de 1999 (C-260/97), en el asunto *Unibank A/S c. Flemming G. Christensen*. ((1999) ECR I-3715), a petición de decisión prejudicial de *Bundesgerichtshof* (Alemania), en el ámbito de aplicación del art. 50 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L299, de 31.17.1972).

113 Art. 6.4 de la Directiva 2008/52/CE de mediación.

114 Considerando 20 de la Directiva 2008/52/CE de mediación. En el caso español, el art. 25 LEM prevé la posibilidad de que las partes podrán

2. Acuerdos sin eficacia ejecutiva

Los acuerdos que no han adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero dependen en gran medida de que el Estado del que proceden no haya previsto esta posibilidad, o que habiéndola previsto esta dependa exclusivamente de la voluntad de las partes. Por lo tanto, les corresponderá a los interesados dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación alcanzado.

En el caso español, por ejemplo, el art. 27 LEM establece que “un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas”. Esto último puede plantear infinidad de situaciones, las cuales deberán ser analizadas por separado para conocer si el acuerdo de mediación presta o no fuerza ejecutiva.

Por el momento, en la diversidad de regímenes y alcances jurídicos que establecen las diferentes legislaciones, la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación queda en duda, lo cual supone un impedimento para la expansión y consolida-

ción de la mediación como un método efectivo de resolución de conflictos con carácter transfronterizo. En definitiva, sería conveniente que la eficacia ejecutiva de estos acuerdos quedara garantizada a través de la armonización de las legislaciones.

IV. CONCLUSIONES

En la actualidad, la mediación constituye un mecanismo eficaz para la resolución de conflictos. Su comparación con otros métodos como la negociación, la conciliación o el arbitraje, revela cómo en la mediación son las partes quienes, con asistencia de un tercero mediador, abordan la resolución de la controversia e intentan llegar a un acuerdo, según las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso.

Asimismo, es de especial interés señalar que, si bien en el conjunto de normas de DIPR no existe una regulación específica sobre la mediación con validez jurídica universal, ello no significa que no subsista la necesidad de soluciones jurídicas armonizadas que faciliten su desarrollo transfronterizo. En este sentido, la labor de construcción de cláusulas contractuales uniformes que prevén la mediación como un mecanismo de resolución de controversias es un aporte valioso que han realizado instituciones como la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, la Cámara de Comercio Internacional y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Con todo, podemos advertir que en el marco comunitario europeo la Directiva 2008/52/CE del

solicitar la eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación, tanto en conflictos internos como transfronterizos, de dos formas: (i) con su homologación, en caso de que “el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial”, o (ii) con su elevación a escritura pública, en caso de que el acuerdo se haya alcanzado tras un procedimiento de mediación independiente. Cuando los acuerdos alcanzados en mediación pretendan ser ejecutados en un tercer Estado, el art. 25.3 LEM establece, además de su elevación a escritura pública, que “será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”.

Parlamento Europeo y del Consejo se ha consolidado como el marco jurídico con mayor alcance sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles transfronterizos.

Por otra parte, en el ámbito de la contratación internacional, la adopción de cláusulas específicas de resolución de controversias ha permitido que los contratantes puedan determinar con antelación al conflicto una serie de mecanismos, que mediante el empleo de cláusulas escalonadas que prevén el empleo de diferentes métodos ADR, otorgan seguridad jurídica a la transacción.

A pesar de lo anterior, el pacto de sometimiento a mediación carece de una regulación específica, lo que conlleva que el marco jurídico que determina la ley rectora de su validez y eficacia sea el régimen general. Ello ha llevado, por lo tanto, a que en algunas jurisdicciones la exigibilidad u obligatoriedad de su cumplimiento dependa únicamente de la buena fe de los contratantes.

Al mismo tiempo, el contrato de mediación al ser considerado como una figura jurídica atípica e innominada, que guarda cierta analogía con otras figuras jurídicas incluidas en los contratos de prestación de servicios, ha quedado ausente de un régimen específico con carácter transfronterizo, razón por la cual la regulación de su contenido queda sometida también al régimen general.

La situación jurídica de los acuerdos de mediación también presenta serios inconvenientes para garantizar su fuerza ejecutiva, la cual de-

penderá básicamente de las normas del Estado en el que se desarrolle la mediación.

En conclusión, podemos indicar que resulta necesaria una armonización normativa que permita resolver las divergencias confluyentes en los ordenamientos jurídicos estatales e impulse definitivamente la confianza en la utilidad de la mediación y la expansión de su práctica a todos los niveles.

Bibliografía

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. Proceso y derecho procesal. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1997.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. El impulso de la mediación en Europa y España y la ejecución de acuerdos de mediación como documentos públicos con fuerza ejecutiva. En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Enero, 2013. no. 25.

BARONA VILAR, Silvia. Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BARRERA ALGARÍN, Evaristo; MALAGÓN BERNAL José Luis y SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO, José Luis. Mediación intergeneracional y

- personas mayores. En: *Portularia*. 2007. vol. VII, no. 1-2, p. 75-83.
- BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos*. Zaragoza: Reus, 2009.
- BLANCO ESCANDÓN, Celia. Reflexiones en torno al papel del abogado dentro de los procesos de mediación. En: *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. 2008. t. I, no. 427, p. 161-178.
- CARRULLA BENÍTEZ, Pedro. La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales. En: *Anuario de Justicia Alternativa*. Abril, 2001. no. 1, p. 121-154.
- CASCÓN SORIANO, Paco. ¿Qué es bueno saber sobre el conflicto? Actitud ante el conflicto, conflicto y cooperación. En: *Cuadernos de Pedagogía*. Enero, 2000. no. 287, p. 57-60.
- CASTAÑO GIRALDO, J. I. Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: la mediación un mecanismo adecuado de tratamiento de conflictos. En: *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?* Medellín: Universidad de Medellín- Grupo de investigaciones en derecho procesal, 2007, p. 62.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL – CCI. *Reglamentos de Arbitraje y de ADR*, París: CCI, 2011.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL – CNUDMI. *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas, 2013.
- _____. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002*. New York: Naciones Unidas, 2004.
- LAX, David y SEBENIUS, James. *The Manager as Negotiator. Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*. Nueva York: The Free Press, 1986.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando. Mecanismos alternativos de solución de controversias. En: *Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*. 2008. t. I, no. 427.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada. Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España. En: *Dereito, Rev. Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. 2009. vol. 18, no. 1, p. 239-263.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, 2007.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura. *El contrato de mediación y corretaje*. Madrid: La Ley, 2007.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. El nuevo reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional. En: *Revista de Derecho Interna-*

cional Privado. Mayo-Agosto, 2003. no. 5, p. 139-143.

GONZÁLEZ SUBIABRE, Emerson. La mediación comercial. Un método eficaz para resolver conflictos comerciales. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Iquique. Universidad Arturo Prat. Escuela de Derecho.

GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa. La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa. En: ORTELL RAMOS, Manuel y CARPI, Federico. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Valencia: Universitat de Valencia. Servei de Publicacions, 2008.

FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. México: Limusa, 1997.

MARQUES CEBOLA, Catia. La mediación. Un nuevo instrumento de la administración de justicia para la solución de conflictos. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2011.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Dispute resolutions: Beyond the Adversarial Model (Casebook Series). Nueva York: Aspen Publishers, 2005.

MOORE, Christopher W. The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict. 3 ed. Nueva York: Jossey Bass Wiley, 2003.

MORENO CATENA, Víctor. La resolución jurídica de conflictos. En: SOLETO MUÑOZ, Helena.

Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos. Madrid: Tecnos, 2011.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y GIMENO SENDRA, Vicente. Introducción al derecho procesal. 4 ed. Madrid: Editorial Colex, 2003.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI. Guía de la Mediación de la OMPI. Ginebra: OMPI, 2009, p. 25.

_____. Solución de controversias para el siglo XXI. Ginebra: Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, no. 779S, s. f.

_____. Reglamentos de arbitraje y mediación de la OMPI. Ginebra: Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, publicación no. 446(S), s. f.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual. El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Navarra: Cizur Menor, Navarra Thomson-Civitas-Aranzadi, 2006.

PELAYO LAVÍN, Marta. La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos. Tesis doctoral. Salamanca. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal Universidad de Salamanca, 2011.

ROJAS SORIANO, Raúl. El proceso de investigación científica. México: Editorial Trillas, 1983.

TOCHTERMANN, Peter. Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution.

En: Uniform Law Review. Agosto, 2008. t. 13, no. 3, p. 685-708.

TRIGO SIERRA, Eduardo y MOYA FERNÁNDEZ, Antonio José. La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012. En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Mayo-Agosto, 2012. no. 32, p. 102-112.

VINYAMATA CAMP, Eduard. Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos. Madrid: Reus, 2010. t. II.

VIRGÓS SORIANO, Miguel y GUAL GRAU, Cristian. La mediación como alternativa. En: Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Mayo-Agosto, 2008. no. 20, p. 21-29.

VIRGÓS SORIANO, Miguel. Medios alternativos de solución de conflictos. En: Anuario UAM. 2007. no. 11.