

**LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA DE CARÁCTER CIVIL Y
MERCANTIL EN LA LEY 5/2012**

Lydia Esteve González
Directora de UAIPIT.
Profesora titular Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante.

Sumario: *Los Medios Alternativos de Resolución de controversias (MARC), más conocidos por su acrónimo en inglés (ADR), resuelven los conflictos evitando un juicio costoso y largo ante un juez o tribunal competente y han alcanzado gran importancia en la actualidad en el ámbito de las relaciones privadas internacionales. En particular, la mediación, medio bien conocido y eficaz de resolución de controversias de gran envergadura en los países angloamericanos, como en los EE.UU., comienza a adquirir mayor relevancia en los países de la UE gracias a la Directiva 2008/52CE que regula la mediación transnacional de carácter civil y mercantil. Dicha Directiva fue traspuesta en España que aprovechó la ocasión para regular también la mediación en el ámbito interno a través de la Ley 5/2012. El presente trabajo se centra en el análisis de la mediación transnacional de carácter civil y mercantil en dicha Ley, destacando la importancia de una formación de calidad para ejercer como mediador internacional, el acuerdo para mediar y prestar servicios de mediación en casos internacionales, el procedimiento de mediación y las particularidades del acuerdo de resolución de controversias privadas internacionales.*

Summary: *Alternative Dispute Resolution (ADR) is meant to resolve conflicts, avoiding long and expensive court trials. This kind of dispute resolution method has recently gained a great deal of importance in the area of private international relations. In particular, Mediation, considered an effective and well known way to settle disputes in Anglo-American countries such as the U.S., has recently earned greater relevance within European Union countries, thanks to Directive 2008/52CE on Transnational Mediation in civil and commercial matters. This Directive has been enacted in Spain via Law 5/2012 regulating, inter alia, Mediation in non-international cases. The present work addresses cross-border civil and commercial mediation under this Spanish Law, analyzing the importance of quality education for international mediators in this area, the agreement to mediate and provide mediation services in international cases, the process of mediation itself, and the particular characteristics of the agreement to resolve private international controversies.*

1. PLANTEAMIENTO

Los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) o Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias (MARC) resuelven los conflictos evitando un juicio ante un juez o tribunal competente y han alcanzado gran importancia en la actualidad en el ámbito de las relaciones privadas internacionales.

Entre estos métodos encontramos, por una parte, el arbitraje, en el que es un tercero imparcial, árbitro, el que a través de un “mini juicio” resuelve la controversia dictando un laudo (sentencia), generalmente vinculante; y, por otra parte, la mediación, en la que un tercero imparcial, mediador/a, investido de poder de dirección y sin poder decisorio, ayuda a las partes a que lleguen a un acuerdo vinculante para resolver la controversia, mediante un procedimiento estructurado y flexible llamado mediación.

Este trabajo se centra en los aspectos transfronterizos más relevantes de la mediación, cuyo origen como medio alternativo de resolución de controversias se encuentra en los EE.UU., aproximadamente en los años sesenta, alcanzando gran popularidad y llegando en la actualidad al punto de que la inmensa mayoría de los casos presentados ante un tribunal estadounidense pasan en algún momento por una mediación y/o son resueltos a través de la misma.

La mediación también ha alcanzado gran relevancia en la UE impulsada por la Directiva 2008/52CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que regula la mediación transnacional. Dicha Directiva ha tenido que trasponerse en los ordenamientos jurídicos de los EE.MM. de la UE y en España se ha aprovechado la trasposición para regular también la mediación doméstica o interna a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta Ley se aplica tanto a la mediación en la que no hay ningún “elemento de extranjería” cuanto a la mediación internacional, en la que existe al menos un “elemento de extranjería”, incluyendo la mediación transnacional.

La mediación es definida en la Ley 5/2012 como “medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (Art. 1).

Son muchas sus ventajas en relación con otros métodos de resolución de controversias:

- 1) Se consigue una solución más económica, más rápida y hecha a la medida de las partes y por las partes.
- 2) Las partes resuelven las controversias internacionales sin la incertidumbre de ¿Qué Derecho va a aplicar el juez al fondo? ¿Cómo va a decidir? ¿Qué va a pasar con la sentencia extranjera?

- 3) La respuesta la buscan y la encuentran las partes no el juez.
- 4) Las personas de otros países suelen sentirse más cómodas más comprendidas ante un mediador que ante un juez, dado que en la mediación pueden expresar todas sus inquietudes y ser escuchadas en todo momento.
- 5) Ofrece un acuerdo adaptado a las necesidades particulares de partes.
- 6) El mediador está entrenado en la tolerancia, conocimiento de las distintas culturas y posibilita la creación de una atmósfera de cooperación y entendimiento de la que todos se benefician.
- 7) El mediador favorece la comunicación y el mayor entendimiento cuando hay diferencias culturales.
- 8) La experiencia de la mediación puede enseñar a las partes a resolver dificultades futuras y a entender mejor sus posturas frente al litigio.
- 9) El procedimiento de mediación es más flexible.
- 10) La mediación se desarrolla conforme a unas pautas fijadas y acordadas por las partes.

Tras esta introducción nos vamos a detener en cuatro cuestiones relevantes que afectan a la mediación transfronteriza: la figura del mediador internacional, el acuerdo para mediar y de prestación de servicios, el procedimiento de mediación y, en fin, el acuerdo de resolución y su ejecución en contextos internacionales.

2. EL MEDIADOR INTERNACIONAL

Aunque en la mediación las partes son las protagonistas, el papel del mediador/a es crucial. El mediador es un tercero imparcial, investido de autoridad moral, con experiencia y formado en las técnicas de la mediación, que actúa sobre la base de principios éticos e informadores de la mediación, tales como, independencia, imparcialidad, competencia, confidencialidad, voluntariedad y buena fe, recogidos en el Código de Conducta Europeo para mediadores y en los Arts. 6-9 Ley 5/2012.

El mediador internacional que pretenda ejercer la profesión en España deberá cumplir con los requisitos establecidos en el RD 980/2013, de 13 de diciembre 2013, de desarrollo de la Ley 5/2012. No tiene por qué ser un jurista, lo importante es que esté entrenado como mediador cualificado y esté formado en el ámbito de actuación y, por supuesto, en los aspectos internacionales de una controversia, prestando atención a los elementos de interculturalidad e internacionalidad que envuelven un conflicto de estas características. Por lo tanto, debe ser una persona con conocimientos interdisciplinarios (Derecho, sociología, psicología...) y entrenada en la tolerancia, empatía, flexibilidad (en tanto que capacidad de renunciar a hacer juicios de valor), creatividad, conocimiento de la materia, conocimiento personal y, en definitiva, dominio y confianza en la mediación. Un mediador internacional puede mediar los conflictos internos, pero difícilmente un mediador formado tan solo en

mediaciones de ámbito nacional podrá mediar controversias internacionales o transnacionales. En los casos en que la mediación se haga conforme a la Ley española (Art. 2 Ley 5/2012), habrá que tener presente el estatuto del mediador indicado en el título III de dicha Ley.

El mediador internacional, conocedor/a de las dificultades de un juicio internacional, largo y costoso, en términos económicos y emocionales, y conocedor de la complejidad en la determinación del tribunal competente, del Derecho aplicable, del reconocimiento de decisiones extranjeras y de las posibles incertidumbres en el resultado al que pueda llegar un juez, ayuda a las partes a que lleguen a un acuerdo legal que sea duradero y eficaz.

El mediador ejerce un “poder de dirección” en la solución del conflicto, no un “poder de decisión”, puesto que puede proponer soluciones pero no imponerlas ni crearlas. Se limita a acercar a las partes y ayudarlas a abrir puentes de comunicación entre ellas. Si las partes llegan a un acuerdo para solucionar su conflicto, este es fruto de la voluntad de las partes y nunca resultado de la voluntad o imposición del mediador, y ello tanto en una mediación facilitativa, como en una mediación evaluativa o en una combinada (ver al respecto L. ESTEVE y R. MAC BRIDE, “El mediador facilitativo y evaluativo. Normas éticas y técnicas: debate” en <http://www.uaipit.com>, V Congreso internacional 2013).

Los mediadores deben someter su actuación a los códigos de conducta existentes y a los controles y requisitos de calidad que se establezcan en el ordenamiento jurídico bajo el que va a ejercer su profesión.

3. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN INTERNACIONAL (EL ACUERDO PARA MEDIAR O DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL AMBITO DE LA LEY 5/2012)

La Ley 5/2012 es una norma de origen estatal que regula la “mediación española” así como la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) regula la “jurisdicción española” en el llamado régimen autónomo, por ello, tal y como la LOPJ auto limita la competencia de los

tribunales españoles indicando su extensión y límites (Art. 21), el Art. 2 de la Ley 5/2012 establece el ámbito de aplicación de dicha Ley, que será aplicable cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- 1) Debe tratarse de mediaciones civiles y mercantiles, independientemente de que se trate de asuntos internos o transfronterizos.
- 2) No debe afectar a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la ley aplicable, determinada ésta según las normas de conflicto que resulten aplicables, según el caso.
- 3) Las partes en la mediación se tienen que someter expresa o tácitamente a la Ley española (Ley 5/2012).

- 4) En defecto de sometimiento expreso al menos una de las partes debe tener su domicilio en España y la mediación debe realizarse en España.

En consecuencia, aunque el Art. 3 de la Ley 5/2012, define lo que se entiende por conflicto transfronterizo, ello es irrelevante dado que siempre se aplicará la Ley 5/2012 con independencia de ello, si se dan los requisitos anteriores del Art. 2.

En los casos internacionales es necesario un contrato para mediar que contenga las reglas básicas de la mediación, este contrato lo firman las partes que tienen la controversia, todas las personas intervinientes y el mediador. Mediante el contrato de mediación una persona llamada mediador se compromete a prestar los servicios propios de la mediación (información, orientación, dirección, asistencia, sin poder decisorio), a cuenta y encargo de las personas en conflicto y por el cual se obligan al pago de los servicios prestados por el mediador. Se trata, por lo tanto, de un contrato de prestación de servicios regido por el Reglamento 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en adelante, RRI, (ver Arts. 3 ó 4.4 RRI) y siempre es recomendable que sean las partes las que elijan el Derecho aplicable a dicho acuerdo.

En este sentido, las partes deben firmar el acuerdo para mediar y de confidencialidad y el mediador deberá acreditar que la ley aplicable a los derechos y obligaciones objeto de mediación son disponibles por las partes. La determinación de la ley aplicable a la disponibilidad de la mediación se debe hacer mediante la aplicación de las normas de conflicto reguladoras de la institución en cuestión (ejemplo, si la cuestión es un incumplimiento de una obligación contractual, se aplicará para determinar el Derecho aplicable también el RRI sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales).

En cuanto a la ley aplicable al fondo de la mediación, hay que tener en cuenta que no es necesario aplicar en la mediación ninguna norma jurídica y que las partes pueden llegar a un acuerdo sin aplicar ninguna ley, eso sí, con dos límites: 1) que la materia objeto de controversia sea disponible para una mediación y 2) que el acuerdo al que llegan las partes

para resolver su controversia no sea contrario a Derecho, teniendo en cuenta el Derecho que resulta aplicable según las normas de conflicto (ver ejemplo en párrafo anterior). En definitiva, el acuerdo alcanzado por las partes no puede ser contrario al orden público (Art. 12.3 CC).

4. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN INTERNACIONAL

El proceso de mediación es flexible aunque estructurado, se regula en el Título IV de la Ley 5/2012 y podríamos resumirlo en la práctica en dos partes: la pre-mediación y la mediación en sí misma.

La pre-mediación, consiste en la preparación a la mediación: se acuerda el mediador y las partes se preparan para la misma. El mediador/a procura obtener información a través de las partes y/o de sus abogados sobre la situación actual y las circunstancias de la controversia. Esta información se puede obtener mediante cuestionarios o alegatos escritos...

En la Mediación se aborda cada uno de los temas objeto de búsqueda de acuerdos. El procedimiento podría dividirse en las siguientes etapas: 1) fase inicial, en la que el mediador dice su discurso de apertura y se constituye la mediación (sesión constitutiva) levantándose un acta constitutiva que tienen que firmar todos los presentes en la mediación; 2) fase de exposición, en la que las partes exponen al mediador el caso desde la perspectiva de cada una de ellas (“fase cuéntenme-cuéntense”); 3) fase de recopilación de información en la que el mediador obtiene la mayor información de las partes utilizando toda una serie de recursos como la escucha activa y preguntas abiertas; 4) fase de opciones de solución, en la que el mediador ayuda a las partes a que planteen posibles soluciones; 5) fase de negociación, en la que el mediador ayuda a las partes a aproximar sus puntos de vista en búsqueda de un acuerdo; y 6) la fase de terminación en la que el mediador redacta el acta final firmada por todos y que puede contener un acuerdo de resolución del caso que firman únicamente las partes, o puede finalizar sin que las partes hayan llegado a un acuerdo, por lo tanto, si al final de la negociación se llega a acuerdos, se redactará el acuerdo de resolución y el acta final o solo el acta final, si no hay acuerdo.

En los procedimientos de mediación internacionales o transfronterizos entre personas situadas en países diferentes es frecuente utilizar medios electrónicos y hacer alguna sesión (o todas) on-line, utilizando plataformas que cuentan con condiciones de seguridad, confidencialidad y calidad (ver Art. 24 Ley 5/2012 y RD 980/2013 de desarrollo de la Ley 5/2012, en relación con el procedimiento simplificado de mediación a través de medios electrónicos, Capítulo V).

El Art. 3 de la Ley 5/2012 se refiere específicamente a la mediación en conflictos transfronterizos indicando que “un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las

partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.

También tendrán esta consideración “los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”. Sin embargo, esta definición es irrelevante a los efectos de la aplicación de la Ley 5/2012 a este tipo de

mediaciones, dado que dicha Ley siempre será aplicable cuando se den los presupuestos de su Art. 2, estemos o no ante una mediación transfronteriza.

5. EL ACUERDO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y SU EJECUCIÓN

Según el Art. 23 de la Ley 5/2012 “1) el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. 2) El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. 3) Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. 4) Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”.

En virtud del Artículo 25, en relación con la formalización del título ejecutivo, la Ley 5/2012 establece que “1) Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. 2) Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. 3) Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, 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. 4) Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación

desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la LEC”.

Interesa destacar que el contenido del Art. 25.3 es también irrelevante, en la medida en que la ejecución en otro país de una escritura pública española la regulará el Derecho Internacional Privado (DIPr) del Estado donde va a ser ejecutada y no el DIPr español y lo indicado en dicho precepto no puede obligar a las autoridades extranjeras competentes, por lo que el precepto se extralimita de su ámbito de aplicación.

Finalmente, es importante también destacar que el Art. 27 de la Ley 5/2012 establece, en relación a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, que “1) sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, 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. 2) Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. 3) El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español”.

6. CONCLUSIÓN

Los eventuales defectos de técnica legislativa que se han puesto de relieve en relación a la regulación de la mediación transfronteriza en la Ley 5/2012 obedecen a la transposición de una Directiva, la 2008/52 -cuya regulación está destinada a los conflictos transfronterizos de carácter civil y mercantil- en una Ley, la 5/2012, que regula la mediación fundamentalmente en el ámbito nacional. Pese a ello, debe valorarse muy positivamente el reconocimiento que da la Ley a las mediaciones transnacionales. En el contexto actual en el que nos encontramos, donde las relaciones privadas internacionales han aumentado exponencialmente en los ámbitos civil y mercantil y, por ende, en materia de propiedad intelectual e industrial, la mediación se torna un medio esencial y eficaz de resolver estos conflictos privados internacionales. El recurso a la mediación transfronteriza evita la complejidad y el coste de un juicio internacional y permite a las partes resolver sus controversias internacionales de forma consensuada y pacífica, revistiendo dicha solución de seguridad jurídica en la medida en que existan mecanismos de ejecución de los acuerdos alcanzados por las partes. Junto a estos mecanismos, la figura del mediador internacional bien formado es fundamental para conseguir una mediación de calidad, que pueda acercar a las partes inmersas en un conflicto transfronterizo, por ende mucho más complejo, en el que están involucrados aspectos conectados con otros ordenamientos jurídicos y con otras culturas. El resultado dependerá por supuesto de las partes, las únicas que en la mediación tienen el poder de decisión, pero también de las habilidades del mediador para acercarlas.