



Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil

2012/65

Noviembre 2012

**SISTEMAS ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (ADRS) EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL**

FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO

Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
E-mail: frprieto@fundacionssignum.org
<http://www.ucm.es/centros/webs/d321/>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

Copyright © 2012 Por el autor

**SISTEMAS ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (ADRS) EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL***

**FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO
NOTARIO/MEDIADOR/ÁRBITRO
PATRÓN FUNDACIÓN NOTARIAL SIGNUM PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE
CONFLICTOS**

RESUMEN: Los procedimientos judiciales son claramente inadecuados para resolver los conflictos que surgen en el comercio internacional. El arbitraje, por ello, y dadas sus ventajas, se ha impuesto como una verdadera jurisdicción internacional “de hecho”, pese a su carácter privado y atomizado. Aunque no deja de tener inconvenientes.

Se exponen los principales resultados de la encuesta realizada por la Universidad Queen Mary a las empresas de este ámbito, sobre las normativas, sedes e instituciones arbitrales preferidas y más usadas por ellas.

La mediación, a pesar de sus grandes ventajas y de su adecuación a este tipo de conflictos, está aún pendiente de lograr un desarrollo suficiente, que sin duda vendrá. Lo ideal es su combinación con el arbitraje.

Se examinan las opciones de España y de las instituciones españolas para lograr un lugar en la resolución alternativa de estos conflictos.

PALABRAS CLAVE: Comercio Internacional, Arbitraje, Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos (ADR), Lex Mercatoria, Corte de Arbitraje,, Centro de Mediación, disputas comerciales internacionales.

ABSTRACT: Court proceedings are clearly inadequate to resolve the conflicts that arise in international trade. Arbitration, therefore, and given its advantages, has emerged as a true international jurisdiction “*de facto*”, despite its private and atomized nature. Although not without drawbacks.

We present the main findings of the survey conducted by Queen Mary University of companies asking about regulations, venues, and arbitral institutions preferred and most used by them.

Mediation, despite its enormous advantages and its adaptation to this type of conflict has not yet achieved sufficient development, that it will certainly have in the future. Its combination with the arbitration it’s the ideal solution.

We examine the options that Spain and the Spanish institutions have to achieve a place in the alternative resolution of conflicts.

KEY WORDS: International Commerce, Arbitration, Mediation, Alternativa Dispute Resolution (ADR), Lex Mercatoria, Arbitration Court, Mediation Center, International Commercial Disputes.

* Texto de la comunicación presentada en el X Seminario Harvard-Complutense “A comparative perspective on old and new problems of corporate and financial law”, celebrado en Harvard Law School entre los días 24 a 27 de septiembre de 2012, con el patrocinio de ALLEN & OVERY (Madrid), BANCO SANTANDER, J & A GARRIGUES, S.L.P, ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID y COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA.

SUMARIO:

1.	LA INADECUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES	5
2.	EL ARBITRAJE	8
2.1	VENTAJAS	8
2.2	INCONVENIENTES	9
2.3	SITUACIÓN REAL Y EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	11
2.3.1	EL ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN INTERNACIONAL	11
2.3.2	LA EVOLUCIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES	12
2.3.3	LA TENDENCIA A LA UNIFORMIZACIÓN Y SUS EFECTOS	12
3.	ELECCIÓN POR LAS EMPRESAS DE FOROS, INSTITUCIONES Y LEYES DE FONDO	14
3.1	LA ENCUESTA DE LA UNIVERSIDAD QUEEN MARY DE LONDRES	14
3.2	LA ELECCIÓN DE LA LEY NACIONAL O NORMATIVA DE FONDO APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DE LA DISPUTA	15
3.3	EL USO DE LA LEX MERCATORIA	17
3.4	LA ELECCIÓN DE LA SEDE GEOGRÁFICA DE LOS ARBITRAJES. CRITERIOS DE SELECCIÓN Y OPCIONES	19
3.5	INSTITUCIONES DE ARBITRAJE MÁS ELEGIDAS. CRITERIOS CONSIDERADOS Y OPCIONES	21
3.6	PREFERENCIA SOBRE EL NÚMERO DE ÁRBITROS	22
4.	LA MEDIACIÓN	23
4.1	LAS CARENCIAS DEL ARBITRAJE QUE FAVORECEN SOLUCIONES ALTERNATIVAS	23
4.2	EXPLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y SUS VENTAJAS	23
4.3	DESARROLLO MUNDIAL DE LA MEDIACIÓN Y SU SITUACIÓN EN ESPAÑA	25
4.4	ADECUACIÓN DE LA MEDIACIÓN A LAS DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES	27
4.5	OBSTÁCULOS PARA SU DESARROLLO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y ALCANCE DE LOS MISMOS	28
5.	OPCIONES PARA CONVERTIR ESPAÑA (MADRID) EN CENTRO INTERNACIONAL ADRs	31
5.1	LA SITUACIÓN ACTUAL	31
5.2	OBSTÁCULOS Y ALCANCE DE LOS MISMOS	32
5.3	FORTALEZAS Y ESTRATEGIAS QUE DEBEN UTILIZARSE	35
5.4	CONCLUSIÓN	38

1. LA INADECUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Los conflictos que surgen en las relaciones comerciales internacionales, multiplicados por el desarrollo de tales relaciones debido a la globalización, requieren de sistemas de resolución de los mismos que sean:

- Rápidos
- Seguros
- Adaptados a las necesidades de las empresas
- Confidenciales
- Y eficaces para ellas.

Requisitos que no son cumplidos por las jurisdicciones nacionales, que adolecen en muchas ocasiones de los defectos contrarios, como son:

-Lentitud. Se dice que incluso los comerciantes prefieren una forma de justicia rápida y aproximada a otra que sea lejana y exacta. Hay que considerar el enorme gasto que supone para las empresas la indeterminación que el pleito supone respecto de determinados créditos, y la necesidad de provisionarlos en los balances.

-Inseguridad. Que es una circunstancia muy disuasoria para cualquier iniciativa empresarial. Las empresas necesitan de una suficiente previsión de futuro para poder planear sus inversiones y sus proyectos. Esta inseguridad de los procesos judiciales puede tener varias causas entre las que podemos señalar: los problemas de corrupción que aquejan a la judicatura en ciertos países; la insuficiencia de su independencia o incluso de su neutralidad derivada de situaciones de control político, o al menos de excesiva influencia de los gobiernos, azuzada en ocasiones por impulsos nacionalistas y populistas; o la imprevisibilidad de las soluciones que se apliquen, debido a un mal funcionamiento y coordinación de los tribunales o a una insuficiente consideración del valor de la seguridad jurídica.

-Ineficacia. Son las empresas las que han de adaptarse a los requerimientos del proceso judicial oficial, en vez de adaptarse éste a las especiales necesidades de aquéllas, con las dificultades añadidas derivadas de la necesidad de desplazamientos y estancias discontinuadas, incrementadas por las distancias geográficas.

-Generación de un ambiente hostil. Los rigores de un proceso judicial público, y las exigencias de la defensa en el mismo de cada una de las partes frente a la otra, favorecen su recíproco alejamiento y el crecimiento de la hostilidad entre ellas, lo que dificulta que puedan seguir teniendo relaciones comerciales en el futuro. Y estas rupturas, y la necesidad de sustituir la relación con nuevos proveedores o compradores, pueden ser enormemente gravosas en costes para las empresas.

-Falta de confidencialidad. Es éste un valor especialmente apreciado en muchas de estas relaciones, donde pueden disputarse cuestiones de propiedad intelectual e industrial, o donde intervienen importantes factores reputacionales. Las empresas a veces no sólo quieren que no se hagan públicos los detalles del conflicto, sino también que no se conozca siquiera la mera existencia del mismo. Y no hace falta más que mirar al sistema judicial español para ver que en muchos de ellos esto es imposible.

Todo lo cual hace sentir a las empresas que participan en el comercio internacional de la necesidad de contar con otros diferentes mecanismos, más efectivos y eficientes, para abordar las posibles controversias que surjan. Y encuentran éstos en las universalmente conocidas, por su acrónimo en inglés, ADRs (Alternative Dispute Resolution Systems), entendidos en un sentido amplio de sistemas extrajudiciales de resolución de disputas.

2. EL ARBITRAJE

2.1 VENTAJAS

Frente a los inconvenientes que hemos ido destacando de las jurisdicciones nacionales, el arbitraje ofrece a las empresas que actúan en el comercio internacional indudables ventajas:

- La especialización, en un sector tan específico e internacional y en el que es preciso el conocimiento de fuentes legales específicas no nacionales (como tratados, usos, y principios específicos); y la correspondiente necesaria cualificación de los árbitros. Ambas cualidades se ven favorecidas por la experiencia del árbitro y de la institución arbitral y, además, favorecen la previsibilidad de las soluciones y por ello la seguridad, tan valorada en este campo.

-La existencia de un procedimiento más flexible y adaptado a necesidades de las partes. Esto ha sido una preocupación en los reglamentos de las diversas instituciones arbitrales internacionales, que han sido objeto de continuos procesos de mejora y actualización.

-La mayor agilidad y rapidez del proceso. El cual, salvo excepciones, consta de una sola instancia con muy escasas posibilidades de recursos contra el laudo o sentencia arbitral (sistema "one shot"). Y dentro del cual, con ese objetivo, se favorecen los plazos perentorios, y se trata de obstaculizar las prácticas procesales dilatorias, frecuentemente utilizadas en las jurisdicciones públicas nacionales.

-La Confidencialidad. Valor mucho más garantizado por estos sistemas de ADRs privados, que han de competir en calidad, confiabilidad y prestigio, que en muchas jurisdicciones públicas.

-Otras ventajas son: la facilidad de ejecución, enormemente facilitada por el Convenio de Nueva York, suscrito por la mayoría de los países, hasta el punto de que se dice que en muchos de ellos es más fácil y rápido ejecutar

un laudo internacional que una sentencia propia; la garantía de imparcialidad, por la misma exigencia de calidad que la competencia impone; o la creación de un ambiente más cercano entre las partes en disputa, que facilita que a pesar de la misma sus relaciones comerciales puedan continuar.

2.2 INCONVENIENTES

Pero frente a ello, también el arbitraje internacional ha sido objeto de críticas, y se le han reprochando algunos importantes inconvenientes.

-Se ha dudado de su imparcialidad. Especialmente en los casos en que el contratante más fuerte, a menudo de un país más desarrollado, impone el contenido de las cláusulas arbitrales, y elige de esa forma las instituciones, foros y leyes aplicables a la controversia. Con frecuente preferencia, claro está, por los que le resulten más cercanos, y le aporten la ventaja de poder desenvolverse con más facilidad en ellos. Incluso se ha llegado a hablar, desde determinadas posiciones ideológicas, de la imposición de un verdadero neocolonialismo de tipo jurídico. Aunque probablemente, al menos respecto de las instituciones más prestigiosas, esas críticas pueden resultar exageradas.

-Se habla, cada vez más, de una creciente tendencia a la burocratización y el “procesalismo” en las grandes cortes, con lo que ello supone de aproximación a los citados inconvenientes de los foros judiciales nacionales. Este resultado ha sido en gran parte consecuencia de su inmenso éxito, por la masificación que de él ha derivado. No faltan quienes han considerado que esta tendencia es incluso inevitable, a causa de que ambos tipos de procesos, tanto judiciales como arbitrales, deben responder a unos mismos principios de equidad procesal. No obstante las cortes internacionales más prestigiosas han tomado conciencia del problema, y buscan a través de sus reglamentos y normas internas la forma de paliarlo.

-Por los mismos motivos se ha reprochado al proceso arbitral la progresiva pérdida de un ambiente de cercanía entre las partes. Sin perjuicio de la posibilidad de paliar también este problema, no me cabe duda de que

la mejor solución en el futuro vendrá más bien de la utilización, con carácter previo al proceso arbitral, o incluso por la derivación dentro del mismo, del instrumento de la mediación, que tiene un enorme potencial de desarrollo en este campo del que más adelante hablaré.

-Son también inconvenientes: el que sea un sistema claramente adversarial, donde se busca la derrota del las pretensiones del contrario; la reducción de soluciones a las puramente legales, al margen de los verdaderos intereses de las partes; y la pérdida del control de las partes sobre el resultado, ya que deciden terceras personas, los árbitros.

2.3 SITUACIÓN REAL Y EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

2.3.1. EL ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

A pesar de estos inconvenientes, y como consecuencia de las importantes ventajas citadas frente a cualquier jurisdicción judicial pública, el arbitraje se ha impuesto en el comercio internacional como herramienta destinada a atender una verdadera necesidad. Se ha convertido de hecho, y a pesar de su carácter privado y atomizado, en una verdadera jurisdicción internacional, a falta de otra de carácter oficial. Impulsado, sobre todo, por la generalización en los contratos reguladores de estas relaciones comerciales de las cláusulas o convenios arbitrales, que generalmente se remiten para la organización y administración del arbitraje a una Institución o Corte arbitral internacional (arbitraje institucional). Aunque también hay supuestos especiales en que el arbitraje se configura fuera de las mismas, en el llamado arbitraje "ad hoc". Es también cada vez más frecuente que en dichas cláusulas o convenios arbitrales se determinen también a sede geográfica del arbitraje, y la legislación que se aplicará para resolver el fondo de la controversia.

2.3.2. LA EVOLUCIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES

También ha influido en esta evolución la posición de los legisladores nacionales, que en general se ha transformado a lo largo de las últimas

décadas. Ha pasado de una inicial suspicacia, o incluso hostilidad, hacia esta forma privada de justicia, que como tal escapa a su control, a comprender su necesidad, y a facilitar por ello el arbitraje con leyes y convenios internacionales que le han dado un creciente respaldo. Muchos países han descubierto los beneficios de convertirse en sedes arbitrales de prestigio, y otros compiten en ofrecer facilidades para alcanzar ese estatus.

En España esta evolución ha sido clara a partir de la Ley de 1988, progresivamente mejorada en la Ley de 2003 y en su reforma del 2011. No se oculta el objetivo del legislador de contribuir a que también nuestro país pudiera convertirse en una importante sede arbitral internacional, lo que supondría una importante fuente de riqueza y prestigio. Esta meta, sin embargo, dista hoy de haber sido alcanzada. Con posterioridad me referiré a los que creo que han sido obstáculos para ello y sugeriré posibles soluciones.

2.3.3. LA TENDENCIA A LA UNIFORMIZACIÓN Y SUS EFECTOS

También podemos señalar como un rasgo característico de la última evolución del arbitraje internacional su tendencia a la uniformización. A ello han contribuido varios factores, como son:

- Los convenios internacionales, entre los que podemos destacar el de Nueva York de 1958, o el europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial de 1961.
- La influencia en las legislaciones nacionales de la Ley Modelo de UNCITRAL, y en las diversas instituciones arbitrales de sus reglamentos modelo.
- La contribución a esa uniformización que se deriva de la labor de las grandes cortes arbitrales internacionales prestigiosas. Y el desarrollo de una sólida doctrina internacional especializada sobre la materia.

Esta uniformización ha tenido efectos muy positivos para el arbitraje. Desde luego, por haber favorecido su conocimiento y su expansión como “jurisdicción internacional de hecho”. Pero también por haber contribuido a que se extiendan ciertas reglas que facilitan las soluciones arbitrales. Así, se

ha generalizado en muchas legislaciones la separación de la cláusula compromisoria del contrato principal, de forma que la posible invalidez del contrato no afecte al arbitraje, y en el mismo se pueda discutir sobre ello. Y también el reconocimiento del poder de los árbitros para juzgar sobre su competencia, cuando ésta es cuestionada por una de las partes. Estas reglas son acogidas por el artículo 16 de la Ley Modelo: *"El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato"*. Y, a su vez, este precepto está también reflejado en el artículo 22.1 de la Ley española.

Como conclusión, como acertadamente ha escrito José María Chillón en Tratado de Derecho Arbitral¹, se han dado todos los elementos necesarios para el éxito en el arraigo de una institución jurídica: La existencia de una necesidad a satisfacer, de unos medios adecuados, y de leyes favorables. Por ello su desarrollo en las últimas décadas ha sido calificado como explosivo. Sin perjuicio de que sus insuficiencias puedan hoy completarse por otros sistemas de ADR en permanente desarrollo y evolución.

3. ELECCIÓN POR LAS EMPRESAS DE FOROS, INSTITUCIONES Y LEYES DE FONDO

3.1 LA ENCUESTA DE LA UNIVERSIDAD QUEEN MARY DE LONDRES

Al ser el arbitraje un medio privado de resolución, y estar como tal atomizado entre diversas instituciones por todo el mundo, no es fácil encontrar datos que nos den una imagen de las preferencias arbitrales de las empresas, y de las opciones efectivamente tomadas por ellas al respecto. No obstante existe para ello una útil herramienta: la encuesta realizada en 2010 por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres que, además, nos da datos sobre la reciente evolución de esas preferencias, pues puede compararse con otra realizada por la misma

¹ Merino Merchán y Chillón Medina; Thomson Civitas, 3ª edición, 2006

Institución en 2006. La encuesta se hizo entre más de 136 empresas de muy diversos sectores, tamaños y origen geográfico para obtener una muestra suficientemente representativa. El 53 % de las empresas encuestadas tenía una facturación anual de más de cinco mil millones de dólares, pues se considera que las empresas que intervienen en este campo suelen ser de gran tamaño. Pero a partir de ahí se cubrió un amplio espectro, hasta incluir empresas que apenas pasaban de 5.000 \$ de facturación. Se considera, por tanto, que la muestra nos da un retrato bastante preciso de la realidad. A continuación expongo un breve resumen de las conclusiones (findings) más importantes:

3.2 LA ELECCIÓN DE LA LEY NACIONAL O NORMATIVA DE FONDO APLICABLE PARA LA SOLUCIÓN DE LA DISPUTA

Esta es una cuestión que ha cobrado gran relevancia. La elección de la ley u ordenamiento aplicable aparece muy frecuentemente predeterminada en la correspondiente cláusula contractual. Así se hace en un 79,1% de los casos según las estadísticas la CCI (o ICC, en sus siglas en inglés). En menos ocasiones han de ser las partes de mutuo acuerdo, con posterioridad a que surja la disputa, o la Institución arbitral en otro caso, quienes decidan sobre ello.

La encuesta nos muestra cuáles son los criterios preferidos por las empresas y sus abogados, para la elección de una concreta normativa. Se busca, en primer lugar, que se trate de un Ordenamiento de calidad, que resulte imparcial y no discriminatorio respecto a las partes, y cuyas soluciones sean suficientemente previsibles. Vemos que de nuevo aparece el importante valor de la seguridad, tan importante para estas transacciones. También se valora, aunque con una importancia menor, el suficiente conocimiento por la empresa y sus representantes legales de tal Ordenamiento. E incluso ejerce también una cierta fuerza atractiva, aunque no tan importante no despreciable, la radicación de la Institución arbitral elegida.

Se preguntó a las empresas qué ley preferirían aplicar, en el caso de que cada una de ellas la pudiera elegir. A priori podría pensarse que la gran mayoría se decantaría por aplicar su propia ley nacional, por tener un mejor conocimiento y dominio de la misma. Pero sorprendentemente esta opción sólo la escogió un 44 % de las empresas encuestadas. Lo que da idea del grado de extensión que está alcanzando el conocimiento de otros Ordenamientos diferentes del nacional en el comercio internacional. Así, un 25 % de las empresas optarían por escoger (incluso antes de su ley nacional) la Ley inglesa. Y tras la misma, en orden decreciente, se señalaron la Ley suiza, por un 9%; la del Estado de Nueva York, por un 6%; la francesa, por el 3%; y la de otros Estados Norteamericanos, por el 1%. Todo ello dice mucho de la calidad de los ordenamientos inglés y suizo.

Sin embargo, estos resultados sobre preferencias obviamente no coinciden con los relativos a las legislaciones que, para resolver la disputa, más frecuentemente se usan efectivamente, pues, entre otras razones, es obvio que esta cuestión tan trascendental suele ser objeto de negociación en el contrato. Los resultados de la encuesta sobre cuáles son las normativas nacionales más frecuentemente utilizadas son los siguientes, por orden decreciente: la Ley inglesa, con un 40% de preferencias; la del Estado de Nueva York, 17%; la suiza, 8%; la Francesa, 6%; y otras Leyes estatales norteamericanas, 5%.

Sorprende la extensa utilización de la Ley Inglesa. Ya nos hemos referido a su calidad técnica, especialmente en su regulación comercial internacional. Pero además esta prevalencia se ve favorecida también por otros motivos, como son: su pasada influencia imperial; la importante tradición del arbitraje en ese país, y sus garantías de calidad; el ser Londres por motivos históricos centro mundial del D^o marítimo, de obvia gran importancia para el comercio internacional, y cuyas controversias se resuelven muy frecuentemente en arbitraje; el constituir también esta ciudad un importante centro financiero mundial; la facilidad de ser el inglés la lengua franca, especialmente en los negocios internacionales; y el carácter robusto de su sistema procesal, que hace de Londres el primer foro jurídico mundial, y facilita el arbitraje cuando éste necesite apoyo judicial. Algunas de

estas razones explican, más que la Ley elegida, la utilización de Londres como sede. Pero sin duda, como hemos visto, ello tiene también una importante fuerza atractiva sobre la elección de la Ley aplicable para resolver el arbitraje.

3.3 EL USO DE LA LEX MERCATORIA

Junto al uso de las legislaciones nacionales la encuesta nos da también datos sobre el uso de fuentes legislativas internacionales, lo que se ha denominado la Lex Mercatoria, para la resolución del conflicto en los arbitrajes. Esta Lex Mercatoria está compuesta básicamente de tres tipos de normas: las contenidas en tratados internacionales; los usos comerciales compilados, y dentro de éstos, destacadamente, los "UNIDROIT principles and INCOTERMS" (o sencillamente INCOTERMS); y otras fuentes no escritas, como la equidad, y los usos y principios del comercio internacional no compilados.

La aplicación de estas normas tiene, no obstante, el gran inconveniente de constituir ordenamientos incompletos, con el riesgo de que falte la solución legal para algún supuesto, y la correspondiente disminución de la certeza de las soluciones, que tanto se aprecia por las empresas que actúan en el comercio internacional. Por eso se utilizan poco como fuente exclusiva (parece que no llegaría al 2 % de los supuestos), aunque es creciente su utilización como fuente complementaria.

La encuesta nos da los datos sobre el uso de estas fuentes, indicando qué porcentaje de las empresas recordaban haberlas usado en los últimos años. Y los resultados, por tipos, son los siguientes:

-Normas no escritas, o el uso de la equidad (p.e., en arbitrajes de equidad): 16 % las recuerda como usadas en sus arbitrajes "a menudo", y 26 % "ocasionalmente".

-Tratados internacionales. De estos, obviamente el más importante es el Convenio CISG, (Contracts for the International Sale of Goods), ratificado por 3/4 partes de los países. A pesar de su aspiración de ser la principal fuente reguladora del comercio internacional de mercancías, su utilización no

se ha generalizado, y puede hablarse de un cierto fracaso respecto a ese objetivo. Esta fuente fue utilizada “a menudo” en los arbitrajes de un 6% de las empresas entrevistadas, y “ocasionalmente” por un 41 %.

-INCOTERMS. Fueron utilizados a menudo en un 48% de los casos de las empresas, y ocasionalmente por un 14%. Esta fuente es utilizada muy frecuentemente con carácter auxiliar y complementario, como para definir conceptos, o cubrir vacíos. Esta materia que ha sido bien estudiada por la Profesora y Catedrática Maria Sierra Flores².

3.4 LA ELECCIÓN DE LA SEDE GEOGRÁFICA DE LOS ARBITRAJES. CRITERIOS DE SELECCIÓN Y OPCIONES

Es otro dato importante de la encuesta. Las estadísticas de la CCI (ICC) nos indican que la sede arbitral se elige en el contrato, en la correspondiente cláusula o convenio arbitral, en un 74% de las ocasiones; por común acuerdo después de surgido el conflicto en un 12%; y por la institución arbitral en el restante 14% de los arbitrajes.

Los datos que las empresas más valoran a la hora de elegir sede son: la infraestructura legal del país, y en este sentido hay que destacar que, por ejemplo, en Londres existen despachos jurídicos sólo de árbitros, que nunca actúan como abogados de parte, lo que facilita la imparcialidad y confianza; la calidad de la ley de apoyo; y también la del servicio ofrecido por los propios tribunales ordinarios, que pueden ser necesarios para labores de apoyo. Otros factores que se consideran por las empresas, pero de una importancia menor, son los contactos con abogados locales, y el idioma y la semejanza cultural y jurídica, así como la fuerza atractiva de Ley Reguladora del fondo de la disputa. Es curioso que los costes de la sede sólo sean determinantes para un 31% de las empresas, lo que da idea de las importantes cuantías que se juegan en este campo y del valor que se le da a la calidad.

² En su artículo “Los Principios UNIDROIT como Derecho Universal de la Contratación Internacional, presentado en el Congreso Internacional “Contratación y Arbitraje Mercantil Internacional, Rioja 2009”

Tengo al respecto una opinión personal, que no indica directamente la encuesta pero puede deducirse de la misma: es muy importante la imagen de respetabilidad del país y de sus instituciones. Y la calidad y consenso social sobre valores comunes compartidos, y la eficacia de sus servicios jurídicos, especialmente los judiciales. Los beneficios que aportan estas cualidades son muchos porque para las ciudades que consiguen ser sede habitual de arbitrajes éstos constituyen una fuente de riqueza muy importante.

La encuesta indica cuáles son las sedes favoritas de las empresas, y más elegidas para los arbitrajes, que son: Londres (por un 30%), Ginebra (9%), París (7%), Singapur (7%), y Nueva York (6 %). Podemos destacar también otras sedes importantes como Estocolmo y Zurich. Si lo comparamos con encuestas anteriores, como la del 2006, vemos que en general se mantienen las sedes tradicionales, pero junto a ellas ha surgido con muchísima fuerza, como sede regional que ya es la primera de Asia y que sigue en continuo crecimiento, Singapur.

También puede destacarse como tendencia que París está recibiendo últimamente un fuerte auge por su capacidad de atracción de arbitrajes internacionales respecto de empresas procedentes de América Latina, con una importante penetración de la CCI (ICC).

3.5 INSTITUCIONES DE ARBITRAJE MÁS ELEGIDAS. CRITERIOS CONSIDERADOS Y OPCIONES

Para la elección de la institución o corte arbitral internacional, las empresas consideran las siguientes cualidades, por orden decreciente de importancia: en primer lugar, como la más importante, la garantía que ofrezcan de neutralidad e imparcialidad; y a continuación la especialización de las instituciones en arbitrajes internacionales; y su experiencia, reputación y reconocimiento. Como un factor considerado, pero con menos importancia (citado por un 45% de las empresas consultadas), podemos también señalar la fuerza atractiva de Ley aplicable.

Para hacerlo más rápido, diré cuáles son las instituciones favoritas, y cuáles son señaladas como las más usadas de hecho, según las empresas consultadas. Suelen coincidir, pero no exactamente:

-Corte de la CCI (ICC): 50% de preferencias, y un 56% de las empresas la señalaron como la más usada por ellas.

-AAA/ICDR, que es la sección internacional de la American Arbitration Association, constituida en 1996: 8 % de preferencias, 10 % de utilización.

-LCIA (London Court of International arbitration): 14% de preferencias, 10% de utilización.

-Otros: DIS alemán, 6 % de utilización, SIAC de Singapur, 5% de preferencias (asombroso siendo la más nueva), aunque aún sólo un 2% de mayor uso, que sin duda va a crecer. Otras Instituciones relevantes son: JCAA (Japón), SCC (Estocolmo), o HKIAC (Honk Kong).

Las cortes arbitrales españolas ni aparecen en la encuesta, señal inequívoca de su escasa penetración. A pesar de los esfuerzos realizados para ello por instituciones como el la Corte de Arbitraje de Madrid, (dependiente de la Cámara de Comercio de Madrid) o el Tribunal Arbitral de Barcelona.

3.6 PREFERENCIA SOBRE EL NÚMERO DE ÁRBITROS

Resulta destacable que en la práctica un 87 % de las empresas consultadas dijeron preferir un tribunal de tres árbitros. A pesar de que el arbitraje en este caso siempre se encarece, y con frecuencia se hace más largo y menos ágil. Aunque se aducen otros motivos, como la búsqueda de una mayor garantía jurídica y técnica, la razón principal parece estar en que las empresas prefieren mantener alguna capacidad de influencia al elegir cada una a uno de los jueces, de forma que los dos elegidos eligen a su vez el tercero. No deja de ser esta percepción una patología del arbitraje, como si en el mismo fueran posibles los llamados "árbitros de parte". Pero esta aspiración de las empresas demuestra el enorme potencial de la Mediación. Sin duda esa posibilidad de control sobre la solución se conseguiría mejor en una mediación, dejando el arbitraje para los supuestos en que la mediación no fuera posible o resultara fallida.

4. LA MEDIACIÓN

4.1 LAS CARENCIAS DEL ARBITRAJE QUE FAVORECEN SOLUCIONES ALTERNATIVAS

Hemos destacado los inconvenientes del arbitraje, acentuados en los últimos tiempos debido precisamente a su gran éxito y a su desarrollo casi explosivo. La tendencia a la burocratización y a lo que se ha denominado "procesalismo" en las grandes cortes internacionales; la paralela tendencia a que se pierda la cercanía entre las partes, y se favorezca así la ruptura de relaciones futuras entre ellas con todos sus inconvenientes; el hecho de que en muchas ocasiones se prolongue en exceso el tiempo necesario para la resolución de la controversia; una acentuada inclinación al "legalismo", es decir, a la búsqueda de soluciones en las normas, por encima de los verdaderos intereses de las partes; y la pérdida de control de la empresas sobre el resultado final del conflicto.

4.2 EXPLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y SUS VENTAJAS

Si el Arbitraje es una institución tan conocida como para no necesitar explicación, no pasa lo mismo con la mediación, institución que en España es insuficientemente conocida incluso entre los agentes jurídicos. O respecto de la cual, y ello es aún peor, se suelen tener ideas falsas o distorsionadas. Por ejemplo, hay quien la confunde o la relaciona con la pasada conciliación ante el juez, previa al proceso, cuando nada tiene que ver por su desarrollo y técnicas. O quien cree que el mediador "sermonea" a las partes sobre lo estupendo que es llevarse bien, cuando precisamente una de las cosas que nunca debe de hacer el mediador es sermonear, juzgar ni calificar las posiciones de los mediados.

Por ello es conveniente dar una pequeña explicación sobre qué es la mediación y cuáles su utilidad. La mediación es una negociación asistida por un tercero, el mediador, experto en determinadas técnicas, a través de las cuales en reuniones conjuntas con las partes, o incluso separadas con cada una de ellas (caucus), ayuda a cada parte a comprender y descubrir los

intereses de la otra, o incluso los propios, a atenuar las comunicaciones negativas, y a facilitar que las partes encuentren soluciones colaborativas que sean satisfactorias para todas. La consecuencia del proceso es casi siempre que se incremente la confianza de las partes y que mejoren sus relaciones. Incluso en los casos en que no se alcanza acuerdo.

Se trata de un proceso que sitúa la negociación en otro marco, en otro nivel completamente diferente de la negociación bilateral clásica y en el que la asistencia y actividad del mediador consigue resultados sorprendentes: el promedio de éxitos en llegar a un acuerdo en la mediación extrajudicial, si es planteada antes de abrir un proceso judicial, supera el 70 %. Lo que supone un porcentaje importante si consideramos que habitualmente se empieza la mediación cuando la negociación directa ha fracasado y se ha llegado a un punto de bloqueo.

Además de sus ventajas en rapidez y costes, la mediación consigue soluciones más satisfactorias para ambas partes, a la vez que consentidas por ellas. No hay una parte derrotada, sino que ambas partes resuelven la controversia a su satisfacción (solución tipo win/win). E incluso es frecuente que, como consecuencia del incremento del conocimiento recíproco de las partes, de sus necesidades y de sus posibilidades, abran después nuevas vías de negocio entre ellas.

La mediación, como proceso de resolución de conflictos, es por tanto un proceso muy aconsejable incluso en comparación con el arbitraje, pues es rápido, barato, y muy satisfactorio para las partes. Por eso está llamado a tener un gran desarrollo. Su única desventaja, aparte de ser sólo aplicable a conflictos resolubles mediante negociación, es que no se asegura la solución del problema. Por ello lo ideal es poder combinarlo con un posible arbitraje, con diversos instrumentos. Como por las llamadas cláusulas escalonadas multifunción, por las que se prevé para caso de disputa un previo intento de solución a través de la mediación y, sólo cuando esta resulte fallida, o queden cuestiones pendientes de resolver, se desarrolla un ulterior arbitraje. O el llamado "sistema Arb-Med", que supone un arbitraje convencional en el que, una vez concluido y redactado el laudo, y antes de hacerlo público, el

árbitro se convierte en mediador para dar a las partes una oportunidad de resolver la disputa por mediación antes de expedir el laudo. Sólo si esta mediación fracasa se dicta y entrega el laudo. No es necesario explicar los importantes incentivos que ello supone para que en tales casos se alcance un acuerdo, y no tenga que recurrirse al laudo.

4.3 DESARROLLO MUNDIAL DE LA MEDIACIÓN Y SU SITUACIÓN EN ESPAÑA

Al margen de sus muchos antecedentes, la mediación moderna se desarrolla primero en los Estados Unidos, basada en el desarrollo de la teoría y práctica de la negociación, en las que fue pionero el muy recientemente fallecido profesor Roger Fisher³ y la escuela que desarrolló en la Universidad de Harvard , cuyo “program on negotiation” sigue siendo un referente mundial. También fue un factor decisivo por otra por el impulso dado por las autoridades y por diversos agentes jurídicos a las ADRs, como forma de paliar la crisis de saturación de la Justicia, que en ese país se adelantó unas décadas. En Norteamérica la mediación se ha desarrollado extraordinariamente, hasta el punto de que en algunos tipos de conflicto hoy se resuelven por esta vía entre un 70 y 80 % de lo que antes llegaba a los tribunales. Incluso ya ha superado en popularidad y utilización al arbitraje, a pesar de que éste tiene un grado notable de desarrollo en muchos campos (y por supuesto es mucho más utilizado que en España). Es conocida la frase de la que fue Fiscal General, Janette Reno, de que estos sistemas de resolución de disputas ya no deberían denominarse "alternative", en cuanto que ya habían superado a la jurisdicción judicial, sino más correctamente deberían calificarse como "adequate".

De los Estados Unidos ha pasado a otros muchos países, y no sólo los anglosajones, en algunos de los cuales el avance de la mediación también está resultando espectacular. En general puede decirse que el desarrollo de esta vía de resolución se produce en una progresión geométrica: avanza lentamente al principio, antes de ser suficientemente conocido, y con una

³ Autor, junto con William Ury y Bruce Patton de la popular obra de referencia “Getting the Yes” u “Obtenga el Si”.

fuerza creciente después, cuando se va descubriendo su utilidad y sus ventajas.

En España, por desgracia, su desarrollo es aún muy escaso y limitado, aunque no se puede poner en duda su potencial de futuro.

4.4 ADECUACIÓN DE LA MEDIACIÓN A LAS DISPUTAS COMERCIALES INTERNACIONALES

Este sistema de resolución está especialmente indicado en las relaciones comerciales internacionales, dado que en ellas se dan estas características:

- Suele haber interés en mantener relaciones estables con clientes y proveedores. Con la mediación no sólo se consigue este objetivo, sino que, como hemos referido, incluso surgen nuevas posibilidades de negocio.

- Son frecuentes las dificultades de comunicación por razones de distancia geográfica, idiomática y cultural, que favorecen los malentendidos y suspicacias.

- Existe la necesidad de resolver las disputas de la forma más ágil y rápida posible. Además de ser un sistema por comparación a otras soluciones bastante más barato.

- En muchas de estas relaciones es también precisa una confidencialidad absoluta, que un buen mediador garantiza.

- Es un sistema que mejora la reputación de las empresa, tan importante en este campo, que pueden dar así una imagen de no conflictividad.

- Responde también a las exigencias de las empresas en cuanto a su aspiración de seguridad, y de mantener el control sobre el resultado final de la disputa.

4.5 OBSTÁCULOS PARA SU DESARROLLO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL Y ALCANCE DE LOS MISMOS

A pesar de todo ello, y de ser una necesidad sentida, se trata de un procedimiento aún poco utilizado si lo comparamos con el todavía reinado absoluto del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales. Las instituciones arbitrales internacionales, aparte de la AAA-ICDR que fue en ello pionera, han empezado a utilizarlo hace relativamente poco tiempo, que han desarrollado secciones especiales para ello, como la sección ICC/ADR, pero sin un impulso decisivo. En España, en este momento⁴, y si no me falta información, la única institución que ofrece ambos sistemas de resolución, arbitraje y mediación o la combinación de ambos, es la Fundación Signum (www.fundacionsignum.org). Existen al respecto pocas estadísticas sobre su efectiva utilización en este sector. La de la Cámara de Estocolmo 2009 indicó que de 225 disputas resueltas en dicho año, sólo 3 lo habían sido a través de un procedimiento de mediación.

Entre las causas de esta escasa utilización en este ámbito podemos señalar:

- La inexistencia en muchos países de un suficiente amparo legal a la confidencialidad, incluso frente a peticiones judiciales o administrativas. Y ese amparo que es fundamental para que se cree el ambiente de confianza donde la mediación puede fructificar. Este obstáculo, no obstante, está desapareciendo paulatinamente. En los países de Europa continental, en concreto, desde la Directiva 2008/54, cuya trasposición ha dado lugar a nuestra actual Ley reguladora de la mediación en los ámbitos civil y mercantil.

- La principal es sin duda el desconocimiento o insuficiente conocimiento de este procedimiento, su funcionamiento y su utilidad, incluso por los operadores jurídicos de muchos países, aunque cada vez menos dado su auge. Se ha dicho que incluso es preciso que se desarrolle una cierta

⁴ Esta conferencia se pronunció en la Universidad de Harvard en septiembre de 2012.

"cultura de la mediación", que supone un cambio de mentalidad y una forma nueva de afrontar los conflictos. De ese desconocimiento se derivan temores y recelos: el temor a lo desconocido, a ser explotados y conseguir un mal resultado precisamente por ese insuficiente conocimiento o por la falta de familiaridad con el proceso, a pesar de que en una buena mediación eso no debe ser posible. O a incurrir en lo que se denomina "losing face", que es el temor a que acceder a una mediación o solicitarla suponga reconocer implícitamente una posición de debilidad en los propios argumentos o apoyos jurídicos. Aunque existen formas de evitar o atenuar este efecto.

Estos recelos se acentúan con frecuentes prejuicios de carácter psicológico por parte de los representantes de las empresas. Como el llamado "sesgo o tendencia egocéntrica de superioridad", que hace que se tienda a reconocer a uno mismo como superior a la media en habilidades, y que puede llevar a considerarse como un buen negociador, y a creer que acudir a la mediación sería un implícito reconocimiento de lo contrario. O la "deformación profesional", que lleva a los expertos en Derecho que trabajan para la empresa a partir de una visión reduccionista y a querer aplicar soluciones puramente jurídicas.

Otros obstáculos tienen una base sociológica, como es la llamada "inercia legitimadora de las convenciones sociales", en este caso la costumbre de acudir a los tradicionales medios judiciales y arbitrales de resolución ("lo malo conocido"). Inercia que supone un freno a explorar y admitir soluciones nuevas, incluso a pesar de que dicha omisión pueda suponer un perjuicio para los intereses personales o de grupo. Prejuicios de carácter personal y social que están muy extendidos y afectan incluso a un sector tan aparentemente vanguardista como el del comercio internacional.

- También dentro de este espectro podemos situar los posibles prejuicios que aún padecen muchos abogados, que creen erróneamente que en la mediación se prescindiría de ellos o relegaría su papel.

- También se ha señalado como posible causa la insuficiente promoción de la mediación por parte de las grandes instituciones de

arbitraje internacional. Tal vez porque, como actores privados en busca de beneficio que son, consideran el arbitraje más rentable. Lo que ni ha de ser así ni podrá mantenerse ante el empuje de quien ofrezca fórmulas innovadoras más satisfactorias.

- También se ha señalado la falta de mediadores especializados en este campo de las relaciones comerciales internacionales. Obstáculo también fácil de superar, pues superadas las barreras idiomáticas resulta también útil partir de la experiencia en arbitrajes internos.

Como he señalado son todos ellos obstáculos temporales y superables. Sin duda veremos cómo la mediación tendrá un futuro brillante, también para resolver las disputas que surjan en el comercio internacional.

5. OPCIONES PARA CONVERTIR ESPAÑA (MADRID) EN CENTRO INTERNACIONAL ADRs

5.1 LA SITUACIÓN ACTUAL

No hace falta insistir mucho en la insignificancia actual de España en el arbitraje comercial internacional. Ninguna institución de origen español ha alcanzado un puesto relevante en este complejo mercado, a pesar del esfuerzo desplegado por alguna de ellas dependientes de Cámaras de Comercio. Tampoco ninguna de nuestras capitales ha logrado la condición de sede reconocida, ni siquiera a través de su utilización por instituciones arbitrales originarias de otros países. Esa insignificancia es aún más acusada en mediación, que sigue siendo una institución demasiado desconocida incluso en las relaciones jurídicas internas.

La pregunta debe ser si esto ha de ser así necesariamente sin que podamos tener opción alguna para cambiarlo, o si, aplicando ingenio, esfuerzo y ambición, cabría cambiar las cosas a favor de nuestro país. Y, si hubiera posibilidades, habría que plantearse qué vías habrían de recorrerse y qué estrategias aplicarse para ello.

Nosotros tenemos como vamos a ver un importante mercado potencial en el mundo iberoamericano. Si, por ejemplo, Singapur ha conseguido en muy pocos años, y partiendo casi de la nada, constituirse en el primer centro arbitral internacional de la región asiática, que es un mercado culturalmente mucho más variado y complejo, ¿por qué no podría conseguir España esta posición respecto a Iberoamérica, con la que tantos lazos culturales, además del idioma, nos unen? Voy a tratar de dar algunas pistas que nos faciliten responder a esa pregunta.

5.2 OBSTÁCULOS Y ALCANCE DE LOS MISMOS

No cabe duda que el desafío, si lo queremos asumir, es grande por las dificultades a superar. Podemos destacar algunas de ellas:

- La potencia de las sedes e tradicionales, como Londres, París o Ginebra, y de las instituciones internacionales consolidadas, como la CCI (ICC), y otras que antes he indicado.

Este obstáculo sin embargo no debe verse como insuperable. Éste es un "mercado jurídico" en permanente transformación. De las grandes instituciones y cortes hoy establecidas se puede aprender lo que hacen bien, e intentar superarlas en lo que no hacen o hacen peor. Como he apuntado en anteriores epígrafes, a las grandes instituciones arbitrales internacionales, como la corte de la CCI (ICC), se les reprocha su masificación y "despersonalización" y lo que se ha denominado su evolución "procesalista", en gran parte debido a su masificación. Además de sus altos precios.

- Otro importante obstáculo es hoy "de imagen". El arbitraje, como hemos visto, se ve atraído por países desarrollados, en los que se valora y protege la seguridad jurídica, con un sistema eficiente de equilibrios para ello, incluidos los judiciales, y la consiguiente exigencia de responsabilidad ante conductas censurables. Si en ello llevamos ventaja tal vez a todos los países de esa zona (salvo tal vez Chile), mucho me temo que no es suficiente en relación con otras potencias arbitrales.

El deterioro de la marca España se ha acentuado, además, por nuestra actual crisis política y económica, y por el claro deterioro de nuestro Estado de Derecho, en cuyas.

Pero afortunadamente tenemos también instituciones confiables que hasta cierto punto han escapado de ese descrédito y conservan una imagen de fiabilidad. Entre ellas, el Notariado, instituciones académicas y diversos agentes privados.

- Es también un obstáculo el mal funcionamiento de nuestro sistema judicial. Pero en lo que respecta al apoyo al arbitraje, Madrid es una excepción, por la existencia de un juzgado especializado “ad hoc” bastante ágil.

- Es también inconveniente el relativo escaso desarrollo de nuestro arbitraje interno, y más aún el internacional. Y la escasa experiencia en éste de las Cortes Arbitrales más importantes. Pero estas dificultades tampoco son insuperables. Y no nos faltan árbitros e incluso mediadores experimentados en este campo.

A mi juicio el camino intentado hasta ahora por algunas instituciones no solo no ha tenido éxito, sino que tampoco puede tenerlo en el futuro. Aun a riesgo de poder molestar a alguien diré que no creo que puedan alcanzar el objetivo de hacerse relevante en los conflictos del comercio mundial las cortes que tienen una excesiva dependencia de los grandes despachos de abogados, que como tales tienen proyección internacional, y por tanto sufren muchas veces la interferencia de intereses cruzados. Esta situación proyecta una sombra de sospecha sobre la neutralidad de sus arbitrajes. Sospecha que será sin duda muchas veces injusta, pues tales instituciones disponen de árbitros íntegros y de gran calidad. Pero es también inevitable. Hemos visto que esta cualidad de la absoluta neutralidad e imparcialidad de los árbitros y de la corte es, con mucho, el valor más valorado entre las empresas internacionales que utilizan este instrumento, y que en su búsqueda de neutralidad tienden a ser recelosas. En algunos centros arbitrales importantes, como Londres, existen incluso despachos de juristas que sólo

ejercen como árbitros, y nunca como abogados de parte, lo que acentúa su confianza. Pero no es el caso en España, ni lo puede ser todavía.

A mi juicio sería mucho mejor que los grandes despachos de abogados cambiaran su política y renunciaran, al menos en este ámbito internacional, a pretender un excesivo protagonismo en la institución española que tratara de posicionarse en el mercado de los conflictos internacionales. Así captarían un importante negocio, que puede que no tengan, como abogados de las empresas internacionales que fueran parte en estos conflictos. Y que para ellos sería mucho más importante.

5.3 FORTALEZAS Y ESTRATEGIAS QUE DEBEN UTILIZARSE

Si hemos hablado de los inconvenientes, aunque tratando de relativizarlos con un sentido realista, hay que señalar que también tenemos importantes **posibles fortalezas**. Es a través de ellas, y ofreciendo un servicio distinto y mejor, como se pueden encontrar las fisuras necesarias para conseguir abrir un hueco en ese mercado jurídico mundial. Es preciso insistir en la búsqueda de un camino diferente del fallido intentado hasta ahora. Y actuar a través de otra institución, que no adolezca de los inconvenientes antes señalados. Que probablemente tuviera la sede, por obvias razones de centralidad, relaciones y comunicaciones, en Madrid, sin perjuicio de poder actuar en otras partes del mundo.

Para ello es preciso insistir en los siguientes puntos de posible apoyo:

- Existen en España, al contrario de lo que ocurre en algunos otros países, juristas de prestigio que actúan al margen de los grandes despachos de abogados. O que por éste o por otros motivos por tanto libres de la sospecha antes indicada de interferencias de intereses. Y que son capaces de generar suficiente confianza: profesores de Universidad, jueces jubilados, notarios, o abogados independientes, entre otros.

- Existe también un mercado "natural" para nosotros en Iberoamérica, por evidentes lazos idiomáticos y culturales y por una base jurídica común.

Se trata, además, de un mercado ya maduro para el arbitraje, pues éste se ha desarrollado allí notablemente en muchos países, impulsado por el mal funcionamiento de sus sistemas judiciales. En bastantes de estos países se va conociendo también crecientemente la mediación, aunque aún no haya empezado a usarse a gran escala en las relaciones internacionales.

Esta región mundial ha entrado ya, con fuerza, en los arbitrajes comerciales internacionales, como el resto del mundo, y especialmente de los países en crecimiento. Pero, a pesar de ello, ningún país ha despuntado en la región como sede de tales arbitrajes. Hoy la mayoría de los arbitrajes en los que están implicadas empresas iberoamericanas son administrados por la CCI (ICC), que ha hecho un gran esfuerzo para penetrar en esta zona del mundo, y de hecho es frecuente que se celebren con frecuencia con sede en París. Se ha dicho que tales arbitrajes dentro de la CCI en la capital francesa suponen ya un 40 % del total. De su expansión en la zona sí se pueden encontrar datos en la encuesta del Institute for Transnational Arbitration 2011⁵. Si esas empresas se van a París para resolver las controversias, podrían también venir a Madrid.

- Además de poder competir hasta cierto punto en precios, y de prestar unos servicios de alta calidad y exentos de cualquier sospecha de parcialidad, se debe hoy ofrecer a las empresas un servicio diferente, y más favorable para ellas. Podemos aportar a este sector la innovación de ofrecer no solo una Corte arbitral, con su pequeña sección de Mediación, sino un verdadero centro integral de sistemas no judiciales de resolución de conflictos, que podría ofrecer mediación, llamada a tener un gran crecimiento, arbitraje, o una combinación sucesiva de ambos, a través de las cláusulas escalonadas med-arb y de los sistemas arb-med, a los que ya me he referido. A los que se pueden añadir otros sistemas "ADR", como valoración de experto, arbitrajes no vinculantes, y otros. Sistemas que se usan mucho en los EE.UU., pero que en el mundo de la resolución de conflictos comerciales internacionales, a pesar de su potencial, están aún por desarrollar.

⁵ <http://www.cailaw.org/ita/itasurvey.pdf>

Esto supondría anticiparse a la previsible explosión de la mediación como sistema alternativo de resolución de disputas que sin duda va a llegar al comercio internacional, favorecerlo y “aprovechar la ola” de ese impulso. Las grandes instituciones arbitrales internacionales, a pesar de estar abriendo secciones de ADRs colaborativos, no parecen haber tenido hasta hoy gran interés en promover la mediación, tal vez como he dicho por motivos de rentabilidad. Ninguna institución, salvo hasta cierto punto la “AAA International ADR Center” (ICDR), ha desarrollado esta idea global.

Se trataría de ofrecer a ambas partes la posibilidad de una mediación, incluso en el caso de que no se hubiera pactado, que se desarrollaría siempre que todas las partes accedieran a ello, para intentar así una salida satisfactoria y amistosa entre ellas antes del arbitraje. La negativa a intentar una mediación potencialmente posible podría incluso considerarse como un motivo relevante en la distribución de los gastos del arbitraje, y en la condena a las costas, con el objetivo de favorecer estas soluciones colaborativas y negociadas. E incluso, cuando el árbitro lo considerara pertinente durante el proceso arbitral, podría en cualquier momento ofrecer a las partes una derivación a una mediación administrada por la misma institución, aunque por supuesto con una persona diferente de mediador.

5.4 CONCLUSIÓN

En definitiva, es un objetivo, el de el desarrollo en Madrid de un centro internacional de resolución extrajudicial de conflictos que consiga ser exitoso y reconocido que, si en principio parece difícil, no lo sería tanto utilizando estas estrategias, y siempre que se cuenten con los medios, las rigurosas exigencias y la organización adecuada. Doy por supuesto que el centro debería ser de iniciativa privada. Y tener como primer objetivo (aunque no exclusivamente) América Latina. Donde, por cierto, los notarios españoles mantienen cordiales relaciones con muchos de los notariados, que pueden ayudar a encontrar vías de penetración

Caben otras posibilidades, pero puede destacarse que La Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos, ha sido pionera de esta idea en el ámbito interno en ofrecer una variedad de ADRs como herramientas para una mejor resolución de los conflictos. Sin duda ello constituye hoy una buena base, sin perjuicio de colaboraciones con otras instituciones que en este ámbito pudieran lograrse. Y desde luego con la necesaria incorporación al proyecto de otros profesionales no notarios, que pueden aportar mucho. Y dejar de ofrecer para ello la colaboración a otras instituciones que quisieran sumarse a este proyecto. Desde luego sacar adelante un proyecto así supondría una importante contribución a la mejora de los sistemas de resolución de conflictos en el comercio internacional. Además de lo que supondría en creación de valor y riqueza en nuestro hoy atribulado país, en mejoras en nuestro sistema jurídico, y en prestigio e imagen.