

Recibido: 30 mayo 2018  
Aceptado: 3 septiembre 2018

*Arbitraje*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 519–533

## ***La mediación comercial una vía de solución de conflictos para las Pymes españolas con intereses comerciales en China \****

Marta LÁZARO PALMERO \*\*

Sumario: I. La creciente importancia de la relación comercial entre las empresas españolas y chinas. II. La política comercial exterior de China. La iniciativa OBOR. III. El marco jurídico de las relaciones comerciales internacionales con China. IV. La mediación comercial internacional, una oportunidad para las empresas españolas. Ventajas frente al arbitraje. V. La mediación comercial internacional en España y en China. VI. Acuerdos ejecutables en ambas jurisdicciones. Mediación — Arbitraje. VII. Las cláusulas de sometimiento de controversias a Mediación. VIII. Las denominadas cláusulas *multi-tiered* (MTDRC)

**Resumen:** La mediación comercial una vía de solución de conflictos para las Pymes españolas con intereses comerciales en China

La iniciativa china denominada *Belt and Road* supone una oportunidad de presente y futuro para las empresas chinas, sino también para las españolas. La complejidad y el volumen de negocio que representa dicha iniciativa está paralelamente representando un empuje importante para la adopción de la mediación como un medio idóneo para la resolución de controversias, de una forma más rápida y más amigable que sin duda repercutirá favorablemente a los intereses de las empresas y de los negocios de ambos países. De esta forma, tanto China, como Singapur y Hong Kong se suman a la promoción de la mediación.

**Palabras clave:** CHINA — BELT & ROAD INITIATIVE (BRI) — ADR — MEDIACIÓN — EFICACIA Y EJECUTORIEDAD DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN — CLAUSULAS MULTI-TIERED O ESCALONADAS MULTIFUNCION.

**Abstract:** *The Commercial Mediation a Way of Solution of Conflicts for the Spanish SMEs with Commercial Interests in China*

*The Chinese initiative called Belt and Road is an opportunity for present and future for Chinese companies, but also for Spanish companies. The complexity and volume of business represented by this initiative is paralleling an important push for the adoption of mediation as an appropriate means of resolving disputes, in a faster and more friendly way that will undoubtedly have a positive*

\* Comunicación presentada en el Congreso Internacional “Estrategias actuales en materia de Mediación y Arbitraje comercial”, que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá el 24 abril 2018.

\*\* Mediadora comercial internacional. Miembro del panel de mediadores de la CCIPIT – China Council for the Promotion International Trade

*impact on the interests of companies and businesses of both countries. In this way, both China, Singapore and Hong Kong join the promotion of mediation.*

*Keywords: CHINA – BELT & ROAD INITIATIVE (BRI) – ADR – MEDIATION – EFFICACY AND EXECUTION OF THE MEDIATION AGREEMENT – MULTI-TIERED OR MULTIFUNCTIONED CLAUSES.*

## **I. La creciente importancia de la relación comercial entre las empresas españolas y chinas**

El comercio exterior se ha perfilado en los últimos años como una de las vías para salir de la crisis y dotar a la empresa española de un canal de salida de sus productos y servicios ante la debilidad de la demanda interna y de la UE. El comercio exterior con Asia, uno de los principales mercados para los próximos años, se perfila como un mercado estratégico hacia donde deben realizarse mayores esfuerzos, contribuyendo la mediación mercantil a establecer relaciones comerciales duraderas, estables y de confianza que aseguren unos resultados beneficiosos para las partes.

Actualmente la estructura empresarial en España, según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), a 1 enero 2016 hay en España 3.232.706 empresas, de las cuales 3.2286.747 (99,88%) son PYME (entre 0 y 249 asalariados). Las microempresas (de 0 a 9 empleados) en España suponen el 95,7% del total de empresas. Por otra parte, según se recoge en el Informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre el Retrato de la Pyme en España en 2016 el 81,4% de las empresas españolas ejercen su actividad en el sector servicios y, dentro de éste, un 23,4 % corresponde al comercio. Como consecuencia de lo anterior, la PYME y Micropyme española mantiene una particular importancia en su contribución a la generación de empleo empresarial, ocupando al 66,9% del total de trabajadores. En este contexto, el comercio bilateral de bienes España-China se caracteriza por un déficit crónico. El volumen de importaciones chinas está en línea con los países del entorno, pero el volumen de exportaciones a China es relativamente más escaso.

En enero de 2018 las importaciones se han incrementado un 10,0% interanual, hasta los 2.520 millones de euros (9,4% de la importación total), ocupando el puesto 3 en la clasificación mundial. Los principales productos importados han sido: equipos de telecomunicaciones (6,5%), máquinas de tratamiento y procesamiento de datos e información (4,8%), artículos de marroquinería (2,9%), videoconsolas, consolas y juegos de mesa (2,7%), y preparados y conservas de pescado (2,6%).

Sin embargo el ritmo de crecimiento y el volumen de negocio de las exportaciones es mucho menor. En enero de 2018 las exportaciones crecieron un 3,3% interanual, alcanzando los 531 millones de euros (2,3% del total de la exportación española) y ocupando China el puesto 10 en la clasificación mundial. Los principales productos exportados a China han sido: cobre y sus

aleaciones (23,8%), equipos, componentes y accesorios de automoción (7,8%), carne de porcino congelada (6,3%), desperdicios y desechos de cobre (4,3%), y medicamentos (4,1%). Así en enero de 2018 el déficit comercial con China ha ascendido a 1.989 millones de euros, aumentando un 11,9% respecto al del mismo periodo del año anterior.

Una de las barreras que pueden explicar esta situación, es la diferencia cultural y empresarial entre ambos países, no sólo para entablar las relaciones comerciales, sino también para resolver satisfactoriamente los conflictos que se pueden originar durante el desarrollo de sus relaciones comerciales. Por ello, resulta necesario contar con mecanismos tanto preventivos, como reactivos que ofrezcan soluciones rápidas, eficaces, y seguras para las empresas, siendo la mediación un medio idóneo para resolver conflictos y tratar de perseverar las relaciones comerciales entre las partes, que sin duda, podrá ayudar a reducir el déficit comercial con China.

Según los datos ofrecidos por el ICEX, en su Directorio de empresas españolas establecidas en China – Hong Kong, actualmente están censadas 50 empresas y unas 170 empresas españolas establecidas en China<sup>1</sup>. Las Empresas Chinas radicadas en España, según Censo de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada China en España, asciende a 60 Empresas. La inversión china en España está creciendo exponencialmente. En 2015 llegaron apenas 421 millones, en 2016 fueron 1.648 millones en 14 operaciones, entre las que destaca la compra de Urbaser. En el año 2017 se realizaron operaciones importantes en el sector tecnológico, como la inversión de Alibaba en smart up españolas. Estas nuevas oleadas de compras proyectan la inversión acumulada china a finales de 2017 hacia los 4.578 millones<sup>2</sup>.

España también participa con la ruta ferroviaria. Son 13.052 kilómetros los que recorre el tren Yixinou, uniendo Madrid y Yiwu en 15 días, pasando por 7 países. El problema es que, de los 6.000 contenedores que transporta semanalmente, 5.600 vienen de China, y sólo 400 serían de productos españoles. En parte debido a que España exporta productos perecederos en menor cantidad, y China electrónica y juguetes en más cantidad gracias, a su superávit comercial. Como consecuencia de lo anterior el incremento de las relaciones comerciales entre ambos países tendrá un crecimiento exponencial que deberá dar respuesta a la necesidad de articular medios adecuados para que las Empresas puedan solucionar de forma ágil y segura sus controversias comerciales.

La mediación comercial se perfila como un mecanismo idóneo para la resolución de conflictos si bien por el momento y debido fundamentalmente a la falta de conocimiento por parte de las empresas no tiene el uso y aplicación deseable.

---

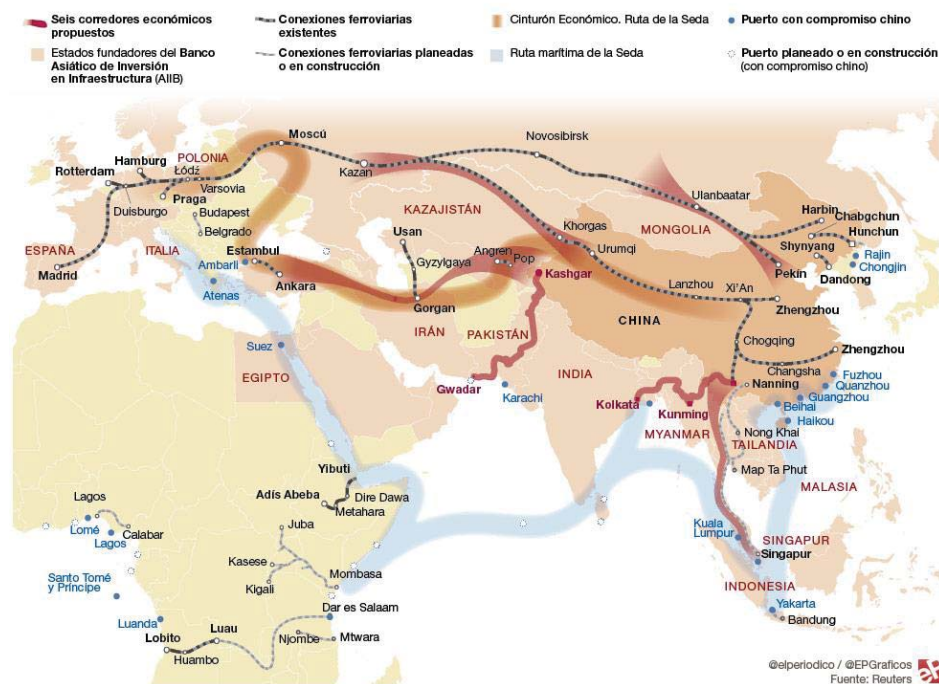
<sup>1</sup> Oficina Económica y Comercial / Departamento de Información de Inversiones y Coordinación (ICEX) .Directorio de empresas españolas establecidas en China – Hong Kong, Ed. ICEX España Exportación e Inversiones 2016.

<sup>2</sup> I. Casuburi, "La Ruta de la Seda: un 'Plan Marshall' para impulsar a China", Diario *Expansion*, 13 mayo 2017, "<http://www.expansion.com/economia/2017/05/13/5917499d22601d85728b45bd.html>".

## II. La política comercial exterior de China. La iniciativa OBOR

Resulta indudable pues, que actualmente el mercado asiático resulta una oportunidad de negocio para las Empresas españolas, contando además con el respaldo de ambos países dentro de la iniciativa denominada ONE BELT ONE ROAD (OBOR).

Esta iniciativa del gobierno chino que abarca a 60 países y combina una ruta terrestre y una vía marítima que conecta China con Europa a través de Asia Sur-Oriental, Asia Central y Oriente Medio, prevé una inversión global de 900.000 millones de euros para resucitar la Ruta de la Seda y construir (o modernizar) las infraestructuras que unen Europa, Asia y África. Gracias a su ubicación geoestratégica, España puede ser un puente hacia América Latina, continente en el que países como China o India guardan intereses. La iniciativa OBOR podría presentar grandes oportunidades para las compañías españolas, con amplia experiencia en macroproyectos de infraestructuras, tales como el AVE de Medina a La Meca o el Canal de Panamá.



La complejidad de esta iniciativa que ya es una realidad en muchos países, hace que se haya acudido a la mediación para intentar minimizar los riesgos de que las relaciones comerciales se vean dificultadas por cuestiones técnico-jurídicas.

De hecho, como veremos a continuación, desde el Gobierno chino se está impulsando de forma paralela la inclusión de cláusulas de sometimiento de los conflictos a mediación y arbitraje a través de centros de mediación que gozan de una buena reputación y amplia reputación internacional tanto en los mercados asiáticos, como europeos y anglosajones<sup>3</sup>.

### III. El marco jurídico de las relaciones comerciales internacionales con China

España restableció relaciones diplomáticas con la República Popular China en 1973 y desde entonces el entendimiento ha sido la nota dominante, llegando a ser calificado por Pekín como uno de sus socios más fiables en el viejo continente. En la materia que nos ocupa, resulta esencial mencionar al Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 mayo 1992<sup>4</sup>. Este tratado se firma con la intención de promover la cooperación entre ambos países en los terrenos jurídico y judicial sobre la base del respeto mutuo de la soberanía nacional, la igualdad y beneficio recíproco. Dentro de las cuestiones recogidas en dicho tratado se encuentra precisamente el reconocimiento y ejecución de decisiones contenidas en laudos arbitrales, así como a las decisiones civiles derivadas de hechos penales y a transacciones judiciales. Se excepciona en dicho acuerdo las materias relativas a los procedimientos concursales así como los referidos a daños derivados de la energía nuclear.

Básicamente dicho acuerdo, en lo relativo al reconocimiento de decisiones contenidas en laudos arbitrales y en transacciones judiciales a las disposiciones del Convenio de Nueva York de 10 junio 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El Convenio de Nueva York de 10 junio 1958 firmado por China el 22 enero 1987 ( en vigor desde el 22 abril 1987<sup>5</sup>) y por España, que lo suscribió el 12 mayo 1977 ( en vigor desde el 10 agosto 1977)

---

<sup>3</sup> Así, por ejemplo en septiembre de 2017, el Centro de Mediación Internacional de Singapur (SIMC, Singapore International Mediation Centre) y la CCOIC, China Council for the Promotion of International Trade China Chamber of International Commerce Mediation Center acordaron cooperar para ayudar a las empresas a resolver sus controversias transfronterizas relativas a la iniciativa denominada por el gobierno chino como "*Belt and Road*"

<sup>4</sup> BOE 31.1.1994.

<sup>5</sup> Este Estado sólo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante. Este Estado aplicará la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno. Cuando recuperó la soberanía sobre Hong Kong el 1º julio 1997, el Gobierno de China extendió la aplicación territorial de la Convención a Hong Kong, Región Administrativa Espe-

En materia de Inversiones resulta igualmente necesario aludir al Tratado Bilateral de Inversiones firmado con China que está en vigor desde el 1 julio 2008<sup>6</sup>.

Además de la existencia de otros acuerdos de interés comercial, tales como:

- Convenio Bilateral en materia de Seguridad Social, mayo 2017;
- MOU de constitución del Consejo Asesor Empresarial, marzo 2015;
- Acuerdo de creación de un Grupo de Trabajo de promoción de inversiones bilaterales, enero 2011;
- Acuerdo de Cooperación en materia de energías renovables entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y la Administración Nacional de Energía, enero 2011;
- Acuerdo de Cooperación en materia energética entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y la Administración Nacional de Energía, enero 2011;
- Acuerdo de Cooperación entre Ministerios de Industria y sobre cooperación en política de PYMEs, septiembre 2009;
- Acuerdo de Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear, 2005; permite el suministro de equipos para uso nuclear civil;
- Convenio sobre Transporte Aéreo Civil, 1978, modificado en 2005; permite 21 frecuencias semanales entre cinco ciudades de cada país que no están agotadas;
- Declaración de Intenciones en Materia de Cooperación Industrial y Desarrollo Tecnológico e Innovación, noviembre 2005;
- Acuerdo de Cooperación en Materia de Turismo, 1994; Acuerdo ADS "*Authorised Destination Status*" de ámbito comunitario, 2004;
- Convenio para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, noviembre 1990; en vigor desde el 20 mayo 1992;
- Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), 2005, en vigor desde julio de 2008, en sustitución del de 1992;
- Acuerdo de Cooperación Científica y Técnica, septiembre 1985;
- Convenio de Cooperación Económica e Industrial, 1984.

Como se desprende de lo anterior existen mecanismos legales adecuados para que las empresas españolas y chinas puedan someter sus controversias tanto a arbitraje como a mediación, estando protegidos sus intereses comer-

---

cial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención. El 19 julio 2005, China declaró que la Convención se aplicará a Macao, Región Administrativa Especial de China, a reserva de la declaración formulada inicialmente por China al adherirse a la Convención.

<sup>6</sup> BOE 8.7.2008.

ciales por tratados internacionales que confieren seguridad a las transacciones comerciales internacionales.

#### **IV. La mediación comercial internacional, una oportunidad para las empresas españolas. Ventajas frente al arbitraje**

La mediación mercantil en España se encuentra actualmente regulada por la Ley 5/2012<sup>7</sup>, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en cuyas disposiciones se encuentran principalmente previstas tanto las características del procedimiento de mediación, como los requisitos que deben cumplirse para desarrollar la actividad de mediación en España. Así se define la mediación por dicha regulación legal, como 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.

El mediador será totalmente imparcial y neutral y ayudará a las partes a facilitar tanto su comunicación, como la obtención de un acuerdo beneficioso para ambas.

La mediación frente a otros sistemas tradicionales de resolución de conflictos, como el arbitraje o la vía judicial, supone entre otras ventajas: rapidez, reducción de costes, flexibilidad, confidencialidad (se evita la publicidad que conlleva un proceso judicial preservando así de los daños reputacionales a la Empresas y validez y ejecutividad de los acuerdos alcanzados. Además, la imagen de la empresa se ve reforzada cuando acude a esta vía de resolución de conflictos, generando confianza en el mercado y mayor fiabilidad y reputación comercial. A través de la mediación mercantil se posibilita a las partes poder alcanzar un acuerdo que ponga fin al conflicto en términos aceptables para ambas partes evitando los riesgos que supone la incertidumbre de dejar la decisión en manos de un juez o un árbitro, que controla el proceso ajeno a sus particulares circunstancias, ya que en la mediación son las partes las que tienen el control, pudiendo alcanzar el acuerdo que más les convenga a sus intereses.

Los conflictos comerciales habitualmente surgen entre empresas y profesionales que se necesitan mutuamente en el mercado: clientes, proveedores, socios, etc..., por lo que las relaciones comerciales se establecen sobre la base de una colaboración mutua. El proceso de mediación permite mantener la relación entre ellas y en ocasiones incluso fortalecerla al haberse alcanzado de mutuo acuerdo una solución idónea a su conflicto, restableciendo en ocasiones la debida confianza y trabajo en colaboración entre las partes.

En el ámbito internacional además concurren normalmente delicadas y complejas cuestiones que no pueden ser solventadas en un procedimiento

---

<sup>7</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE 7.7.2012, entró en vigor el 27 julio 2012, como transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008,

judicial, sin ocasionar con ello un grave perjuicio para ambas partes. Por ello se puede decir que la mediación es un sistema idóneo como alternativo de resolución de conflictos con respecto al arbitraje o a la vía judicial<sup>8</sup>.

Pues en el ámbito de la contratación internacional la mediación posibilita el mantenimiento de la relación subyacente, y además otorga a las partes en todo momento el control sobre la posible solución que, en su caso, finalmente se alcance, despejando innumerables incertidumbres que se derivarían de seguirse un procedimiento judicial o arbitral.<sup>9</sup>

En consonancia con lo anterior, últimos artículos doctrinales ponen en evidencia, que las empresas cada vez acuden más a la mediación internacional para resolver sus conflictos transfronterizos.

La mediación se ha llegado a calificar como el “Nuevo Arbitraje”, poniéndose de manifiesto que el arbitraje debido principalmente a los costes, la lentitud para dictarse laudos, así como la creciente adversarización de las partes en conflicto van acercando al arbitraje a la vía judicial, y así deja de resultar un mecanismo atractivo y eficaz para resolver las controversias internacionales entre empresas<sup>10</sup>.

De esta forma la llamada mediación evaluativa<sup>11</sup> que se aplica en mayor medida tanto en los países con sistemas legales influenciados por la tradición anglosajona, como a las mediaciones comerciales internacionales, va sustituyendo de forma progresiva al arbitraje dentro de las preferencias de las empresas para resolver sus controversias comerciales.

Por ello, el arbitraje viene siendo calificado como la nueva vía judicial, dada la aproximación que viene sufriendo hacia los procedimientos judiciales<sup>12</sup>.

## V. La mediación comercial internacional en España y en China

Como hemos visto anteriormente la iniciativa china denominada “*Belt and Road*” supone una oportunidad de presente y futuro para las empresas chinas, sino también para las españolas. La complejidad y el volumen de negocio que representa dicha iniciativa está paralelamente representando un

---

<sup>8</sup> R. Sánchez Hernández y R. Jordá García, “La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales”, *Anales de Derecho*, nº 31, 2013, pp. 19–55, “<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>”.

<sup>9</sup> Cuestiones de competencia, de legislación aplicable, dificultades de práctica de prueba, reconocimiento de resoluciones judiciales, y como no los elevados costes inherentes a todo procedimiento judicial o arbitral.

<sup>10</sup> J.M. Nolan-Haley, “Mediation: The ‘New Arbitration’”, *Harvard Negotiation L. Rev.*, Spring 2012, p. 61–95. Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1713928. “<https://ssrn.com/abstract=1713928>”.

<sup>11</sup> En la mediación evaluativa, el mediador ofrece de alguna forma una opinión sobre el asunto sometido a mediación. En la mediación facilitadora, el rol del mediador se limita a ayudar a las partes en su negociación sin dirigir las de ninguna forma hacia ninguna solución concreta.

<sup>12</sup> Th.J. Stipanowich, “Arbitration: The ‘New Litigation’”, *University of Illinois L. Rev.*, vol. 2010, nº 1, 2010.



empuje importante para la adopción de la mediación como un medio idóneo para la resolución de controversias, de una forma más rápida y más amigable que sin duda repercutirá favorablemente a los intereses de las empresas y de los negocios de ambos países. De esta forma, tanto China, como Singapur y Hong Kong están promoviendo la mediación en el contexto de la denominada "*Belt and Road Initiative*" (BRI).

Así recientemente ha tenido lugar el Congreso sobre esta iniciativa, "*Belt and Road initiative*" en la que entre otras cuestiones se ha adoptado una cláusula de sometimiento a mediación en relación a las posibles disputas que se originen, de tal forma, que se acuda primero a mediación y posteriormente a arbitraje. Como consecuencia de lo anterior, en China se va aumentando el uso de la mediación para solventar los conflictos internacionales, teniendo además en su favor su legado cultural de resolución de conflictos a través preferiblemente del consenso como medio para alcanzar armonía en las relaciones sociales.

Actualmente no existe en China una ley específica sobre la mediación comercial, por lo que las instituciones de mediación establecen su propia regulación del procedimiento de mediación. Uno de los centros de mediación más arraigado en China en relación con las disputas comerciales internacionales es el Centro de Mediación del Consejo Chino para la promoción del Comercio Internacional<sup>13</sup>.

El centro de mediación de la CCPIT fue fundado en 1987 y tiene 42 sub-delegaciones repartidas por toda China. Además tiene suscritos diferentes acuerdos con otros centros conjunto de mediación y de co-mediación con Italia<sup>14</sup>, Alemania<sup>15</sup>, EE UU<sup>16</sup>, Inglaterra<sup>17</sup>, Canadá<sup>18</sup>, Grecia, Francia, Suecia, Corea del Sur, Japón y Hong Kong. Dicho centro además cuenta con un panel de mediadores especializados en comercio internacional que logran un alto porcentaje de acuerdos, en torno al 70%. Las reglas por las que se rige la mediación comercial que se practica en el Centro de Mediación la CCPIT son totalmente compatibles con los principios recogidos en la legislación española sobre mediación<sup>19</sup>. La única diferenciación con respecto a la mediación que más se practica en España, es que la mediación dispensada por dicho centro de mediación, sitúa al mediador en una posición más activa, pues puede proponer a las partes diferentes posibilidades de acuerdos, por lo que podría calificarse como una mediación más de tipo evaluativa.

En España, la única institución de mediación existente especializada en resolver controversias a través de ADR en Asia, es BMC SPAIN–Business

---

<sup>13</sup> CCPIT Mediation Center – China Council for the Promotion of the International Trade Mediation Center.

<sup>14</sup> ICBMC (Italy–China Business Mediation Center).

<sup>15</sup> Beijing–Hamburg Conciliation Centre Hamburg.

<sup>16</sup> The International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR).

<sup>17</sup> CEDR – Center of Effective Dispute Resolution.

<sup>18</sup> CCBC – Canada China Business Council.

<sup>19</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, BOE 7.7. 2012.

Mediación Center<sup>20</sup> de reciente creación al albur de las buenas perspectivas que representan la resolución de conflictos a través de ADR en Asia.

Por tanto las empresas españolas y chinas pueden acudir a dirimir sus controversias a través de la mediación que se dispensa por el Centro de Mediación de la CCPIT, pudiendo constituir el Centro de Mediación de la CCPIT, un centro idóneo para proveer de mecanismos a las partes a fin de resolver controversias comerciales transfronterizas en China.

## **VI. Acuerdos ejecutables en ambas jurisdicciones. Mediación — Arbitraje**

Una de las cuestiones que más preocupan a las partes antes de decidirse a iniciar un proceso de mediación comercial internacional, es el reconocimiento y posibilidad de ejecución del acuerdo alcanzado, sin embargo para todos aquellos que se encuentran familiarizados como usurarios habituales de la mediación internacional constatan que la falta de cumplimiento de un acuerdo de mediación es una cuestión que raramente ocurre, máxime si lo comparamos con los índices de incumplimientos de sentencias judiciales o laudos arbitrales.

No obstante lo anterior, debemos referir que, con la actual legislación sobre procedimiento civil en China<sup>21</sup> se puede obtener el reconocimiento judicial del acuerdo de mediación a través de un procedimiento sumario dentro de los 30 días siguientes a la fecha de firma del acuerdo de mediación.

Asimismo si el acuerdo de mediación cumple con los requisitos previstos en la ley de mediación puede ser ejecutado directamente a través de un procedimiento sumario ejecutivo. Para ello es necesario que la mediación se haya celebrado en una institución de mediación debidamente acreditada.

Por ello y a fin de dar la efectividad y la conveniente ejecutoriedad de los acuerdos de mediación, las reglas del procedimiento de mediación del Centro de Mediación de la CCPIT, ofrecen a las partes la posibilidad de que la mediación se transforme en un procedimiento arbitraje, a través de la CIETAC<sup>22</sup>. De esta forma las partes acuerdan que el acuerdo alcanzado en mediación se contenga en un laudo arbitral, para lo cual, la CIETAC tiene previsto igualmente un procedimiento sencillo, rápido y más económico que el procedimiento ordinario de arbitraje de dicho organismo.

Una vez el acuerdo de mediación se ha convertido en un laudo arbitral, la ejecutoriedad del mismo no se ve impedido por ningún obstáculo legal, pues como hemos referido anteriormente, tanto China como España, no sólo tie-

---

<sup>20</sup> BMC Spain – Business Mediation Center – [www. http://www.bmcspain.com/](http://www.bmcspain.com/).

<sup>21</sup> Ley de Procedimiento Civil de la República Popular de China, modificada por la Decisión de 31 agosto 2012 que modifica la Ley de Procedimiento Civil de la República Popular de China. Arts 195 y 196.

<sup>22</sup> The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), es una de las principales instituciones permanentes de arbitraje en el mundo, creada por China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT) en 1956.

nen suscrito un Tratado bilateral sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 mayo 1992, sino que además ambos países han suscrito el Convenio de Nueva York de 10 junio 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Es decir, que el Centro de Mediación de la CCPIT posibilita a las partes a que tenga lugar un procedimiento híbrido de Mediación y Arbitraje, Med — Arb, para así reforzar tanto la efectividad, como el reconocimiento y la ejecutoriedad de los acuerdos alcanzados en el seno de su institución en ambos países.

No obstante lo anterior, debemos referir, que la tendencia actual por la que se está trabajando incluso desde el grupo de trabajo de UNCITRAL en el que participa China y España, entre otros muchos países, sobre solución de controversias comerciales<sup>23</sup> estando prevista su aprobación final en el mes julio este año. El texto de Convenio sobre el que se están actualmente trabajando permitiría la ejecución —así como el reconocimiento de acuerdos privados en los que intervenga un mediador sometido a ciertos códigos de conducta. La idea es que se aprueben unos modelos de certificaciones, que sean en formato electrónico, susceptibles de ejecución en cualquier Estado participante y por ende en dicho Convenio.

Así una vez aprobado finalmente el Convenio habría que esperar que los Estados decidan adherirse al mismo, si bien su sola existencia como instrumento internacional enviaría una señal clara sobre las posibilidades y el futuro prometedor que representa la mediación comercial internacional.

## VII. Las cláusulas de sometimiento de controversias a Mediación

Otra de las cuestiones que resultan esenciales para que la mediación comercial internacional pueda alcanzar un uso más extendido entre las empresas, es la inclusión de cláusulas de sometimiento a dicho proceso en los mismos contratos en que las partes están previendo regular sus obligaciones. Normalmente este tipo de cláusulas no obtienen la atención necesaria por parte de los abogados de las partes, y suelen incorporar modelos de cláusulas que posteriormente no resultan efectivas, ni eficaces para que la mediación tenga lugar. Así cada institución de mediación suele proveer a las partes que así les conviniere un modelo para que se incorporen en los correspondientes contratos.

En el caso de la CCPIT la redacción de dicha cláusula es como sigue:

*“Model Mediation Clause. Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Mediation Center of China Council for the Promotion of International Trade/China Chamber of International Commerce for mediation which shall be conducted in ac-*

---

<sup>23</sup> Mediación comercial internacional: preparación de instrumentos sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la mediación, “[https:// documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/19/PDF/V1708319.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/19/PDF/V1708319.pdf?OpenElement)”.

*cordance with the Center's mediation Rules in effect at the time of applying for mediation. In case an amicable settlement agreement has been reached, the parties shall abide by the settlement agreement".*

Este modelo de cláusula tiene una redacción sencilla, sin que por el momento haya sido objeto de ninguna controversia.

No obstante lo anterior, de su redacción se podría concluir que las partes pueden hacer uso de la mediación, si bien, silencia y no se pronuncia sobre la existencia de procedimientos judiciales o arbitrales que pueden ser interpuestos por las partes de forma paralela.

Por ello, conviene, que antes de incorporar a un contrato un modelo de cláusula se proceda previamente a su análisis, y en todo caso a la valoración jurídica de un experto a fin de acotar de forma apropiada el alcance y la efectividad de dicha cláusula.

Desgraciadamente, en muchos casos, este tipo de cláusulas, denominadas como "*mid –night clauses*" se incorporan a los contratos al final de una ardua negociación entre las partes, y por ello no suelen gozar de la atención que deben precisar.

### VIII. Las denominadas cláusulas *multi – tiered* (MTDRC)

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, y dado que la mediación es únicamente uno de los medios que pueden elegir las partes para resolver sus litigios, es muy usual y por ello se ha visto incrementado enormemente la incorporación a los contratos internacionales las llamadas cláusulas escalonadas o con frecuencia denominadas también como "*multi – tiered clauses*" (MTDRC)<sup>24</sup>.

De esta forma las partes pueden desde la misma celebración del contrato, prever la utilización de los diversos medios de resolución que tienen a su alcance, ya sea negociación, conciliación, mediación, arbitraje o finalmente la vía judicial, entre otros de los disponibles actualmente, para solventar las controversias que pudieran surgir.

A pesar de que este tipo de cláusulas ofrecen a las partes muchas ventajas, lo cierto es que en algunos casos han sido ésta precisamente objeto de controversia, lo que puede incidir de forma muy importante a la cuestión principal o de fondo, pudiendo incluso poner en peligro la exigibilidad de la acción, por el transcurso de periodos de prescripción o caducidad. Por ello, parece que merece la pena no pasar por alto el contenido de estas cláusulas antes de incorporarlas al correspondiente contrato, incorporación que se realiza en base a la autonomía de las partes y libertad de contratación. Así, las partes tienen total libertad para el establecimiento de los mecanismos de resolución

---

<sup>24</sup> A. Fernández Pérez, "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 99–124, esp. p. 124, "www.uc3m.es/cdt – DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3615>"

de conflictos que consideren adecuados para su obligación contractual. Si bien, dada la complejidad de las mismas, y los riesgos que pueden conllevar una defectuosa redacción de la cláusula, las propias instituciones de mediación y los centros de arbitraje han sido los que han puesto a disposición de las partes modelos diferentes de cláusulas, que posteriormente las partes adaptan de forma adecuada a sus intereses<sup>25</sup>.

Alguna vez dicha la modificación o adaptación de la redacción de la cláusula no ha resultado lo suficientemente afortunada, por lo que posteriormente una vez las partes se encuentran en la tesitura de aplicarla o no, en base a diferentes interpretaciones o intereses del momento, han dado lugar a que sean los juzgados y tribunales los que han efectuado diferentes consideraciones sobre las mismas.

En China, la ley no tiene una clara regulación de las cláusulas MTDR. Los juzgados y tribunales chinos han adoptado una posición conservadora y normalmente no aceptan una redacción vaga e imprecisa de la cláusula<sup>26</sup>.

Aunque hay escasos casos relevantes que se refieren a la cuestión, se pueden citar:

i) El caso *Runhe* (2008) en el que la parte perdedora de un arbitraje solicitó al tribunal la falta de ejecutividad de un laudo dictado por *South China International Economic and Trade Arbitration Commission* (SCIETAC). El Tribunal estimó que a pesar de que las partes habían acordado resolver la controversia a través de negociación, no habían pactado un específico calendario de negociaciones por lo que existía ambigüedad en cómo debía conducirse la negociación, por lo que la cláusula MTDR no era aplicable. Por lo que la institución de arbitraje podía aceptar la solicitud de arbitraje tras no considerar válida y eficaz la cláusula MTDR por la que debía tener lugar previamente una negociación amigable.

ii) Sin embargo en otros dos laudos arbitrales (SCC 076/2002 y 111/2003) dictado por el instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo la solución dada fue completamente diferente. En esos procedimientos en los que Pepsi Cola solicitaba en contra de su Socio en una *Joint Venture* el reconocimiento de la validez y eficacia del laudo arbitral que no fue reconocida por el Tribunal Supremos, pues pese a no haberse seguido el específico procedimiento que se había establecido en la MTDR para llevar a cabo la negociación la cláusula era válida y por tanto la Institución de Arbitraje no podía entrar a conocer hasta que la negociación hubiera tenido lugar.

Como consecuencia de diversos pronunciamientos judiciales<sup>27</sup>, además de los indicados anteriormente sobre la interpretación o incumplimiento de

---

<sup>25</sup> D. Kayali, "Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses", *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n. 6, 2010, pp. 551-552.

<sup>26</sup> L. Chen, "Multi-tiered Disputes Resolution Clauses", IBA Litigation Committee. October 1, 2005. p. 49-50.

estas cláusulas, se han recopilado una serie de criterios sobre la forma en que deben ser redactadas las cláusulas MTDRC:

- Deben expresar los pasos, plazos y las condiciones por las que se acceden a los diversos ADR:
- Periodo preciso en el que las partes debían negociar antes de comenzar arbitraje.
- La forma de comunicación para iniciar la negociación.
- Los participantes en la negociación o en la mediación.
- La forma en que tiene lugar la negociación (teléfono, videoconferencia, personal...).
- Número de sesiones en que la negociación tiene lugar.
- Forma de terminación de la negociación, notificación de terminación o pase de siguiente escalón.
- Deben ser redactadas de forma clara e inequívoca:
- La secuencia de ADR cuando empieza uno y termina otro.
- Si la terminación de un ADR es condición necesaria para que empiece otro.
- Deben tener un contenido preciso y detallado, en el que se debe identificar claramente:
- La institución de mediación o arbitraje designado, o en su caso, la forma de designación del mediador o árbitro.
- Las consecuencias del incumplimiento de no seguirse el procedimiento escalonado previsto en la cláusula.

En definitiva no debe haber ninguna duda sobre la intención de las partes para resolver la controversia a través de uno o varios procedimientos de ADR. En ningún caso debe ser redactada de forma ambigua.

En los países del *common law* como en los países de Derecho civil, los tribunales parecen ser cada vez más conscientes de la importancia de apoyar los ADR y por lo tanto la conveniencia de hacer cumplir las cláusulas *multi-tiered* contenidas en los contratos, si bien, deben ser las partes, quienes en el ejercicio de su autonomía y libertad de contratación, cuidadosas y diligentes en la redacción de las mismas para obtener las numerosas ventajas y beneficios que proporcionan los ADR.

---

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Connecticut de 18 febrero 1994 [229 Conn. 465 (1994) Caso *White v. Kampner*. El Tribunal consideró las sesiones de negociación obligatorias constituían una condición previa al arbitraje y que era esencial la determinación de si las sesiones eran necesarias. Como consecuencia de lo anterior anuló el laudo arbitral. Sentencia caso *Walford v. Miles*, el tribunal consideró que el simple acuerdo a negociar no era ejecutivo sino como un mero "acuerdo a estar de acuerdo", Sentencia de la High Court de Inglaterra *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Ltd*, [2014] EWHC 2104 (Comm) at para 3, [2015] 1 WLR 1145 (EWHC QB) [Emiratos], Sentencia de 19 octubre 2010 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de 19 octubre 2010 *Cemaedu SA y otros v. Envases EP SA y otro sobre ordinario*.

### Bibliografía

- CASUBURI, I.: "La Ruta de la Seda: un 'Plan Marshall' para impulsar a China", Diario *Expansión*, 13 mayo 2017, "<http://www.expansion.com/economia/2017/05/13/5917499d22601d85728b45bd.html>".
- CHEN, L.: "Multi-tiered Disputes Resolution Clauses", IBA Litigation Committee. October 1, 2005. p. 49–50.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "Clausulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 99–124, "[www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) – DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3615>"
- KAYALI, D.: "Enforceability of Mutli-tiered Dispute Resolution Clauses", *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n. 6, 2010, pp. 551–552.
- NOLAN–HALEY, J.M.: "Mediation: The 'New Arbitration'", *Harvard Negotiation L. Rev.*, Spring 2012, p. 61–95. Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1713928. Available at SSRN: "<https://ssrn.com/abstract=1713928>".
- SÁNCHEZ HERNANDEZ, R. y JORDÁ GARCÍA, R.: "La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales", *Anales de Derecho*, nº 31, 2013, pp. 19–55 ISSN: 1989–5992, "<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>".
- STIPANOWICH, Th. J.: "Arbitration: The 'New Litigation'", *University of Illinois L. Rev.*, vol. 2010, nº 1, 2010.