

TESIS DOCTORAL

**LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS. ANÁLISIS E
IMPACTO DE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN
EUROPEA**

ANA MARIA SALINAS LOPEZ

Licenciada en Derecho

DOCTORADO EN UNIÓN EUROPEA

FACULTAD DE DERECHO

UNED

Directora: Prof. Dra. MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Madrid 2017



DOCTORADO EN UNIÓN EUROPEA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

**LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS. ANÁLISIS E
IMPACTO DE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN
EUROPEA**

Autora:

ANA MARIA SALINAS LOPEZ

Licenciada en Derecho

Directora:

Prof. Dra. MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

AGRADECIMIENTOS

Con mi especial agradecimiento a mi Directora, la Prof. Mónica Herranz Ballesteros por su orientación, dirección, motivación, total dedicación y apoyo, sin el que no hubiera sido posible la realización de este trabajo y a quien nunca podré compensar lo suficiente todo lo que ha hecho por mí.

A mi familia, por su paciencia y comprensión.

A mis amigos, por creer en mí y soportar mis ausencias.

A los que ya no están, pero siguen presentes.

A todos los que me han enseñado a no rendirme nunca.

ÍNDICE _____

ABREVIATURAS	XV
INTRODUCCIÓN	1

PARTE PRIMERA

ESTUDIO DE LOS DISTINTOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN COMO PROCESO DE GESTIÓN POSITIVA

CAPÍTULO I

MECANISMOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

I. Introducción	11
II. Orígenes de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos.	12
1. Derecho Anglosajón.....	16
1.1. EEUU	16
1.2. Australia y Nueva Zelanda.....	23
1.3. Asia	25
2. Latinoamérica	28
3. Europa.....	29
3.1. Antecedentes en la UE. Contexto jurídico de la mediación transfronteriza	31

3.2. Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.....	35
3.3. Directiva 200/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	37
4. La Lex Mercatoria.....	41
5. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.....	46
6. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado	48
III. Los métodos autocompositivos y heterocompositivos de resolución de conflictos.....	50
1. Consideraciones previas a los distintos mecanismos existentes	50
2. ADR Facilitadores.....	53
2.1. Negociación.....	53
2.2. Conciliación.....	55
2.3. Mediación.....	56
2.4. Mini trial (Non Binding Mini Trial).....	59
3. ADR Evaluadores	60
3.1. Evaluación por tercero neutral (Neutral Evaluation).....	60
3.2. Peritaje técnico internacional (Fact Finding).....	62
3.3. Summary Jury Trial.....	63
4. ADR Resolutorios	63
4.1. Adjudication	63
4.2. Expert determination	64
4.3. Arbitraje.....	65
5. ADR Híbridos	67
5.1. Dispute Review Board (DRB)	67
5.2. Mediación combinada con arbitraje (MED ARB) (ARB/MED).....	70

CAPÍTULO II
LA MEDIACIÓN COMO TÉCNICA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I. Introducción.....	77
II. Principios de la mediación	77
1. Voluntariedad.....	78
2. Imparcialidad.....	81
3. Neutralidad.....	83
4. Confidencialidad	85
III. Vías de acceso a la mediación	93
1. Mediación intrajudicial	94
1.1. Derivación a la sesión informativa.....	96
1.2. Suspensión del procedimiento	98
2. Mediación extrajudicial. Obligación de mediar derivada de la voluntad de las partes.....	102
2.1. Cláusulas contractuales.....	103
2.1.1. Naturaleza jurídica de la cláusula de mediación	106
2.1.2. Similitudes y diferencias con el convenio arbitral	113
2.2. Problemas que pueden surgir en relación a la cláusula.....	117
2.2.1. Cláusulas simples y cláusulas en escala.....	118
2.2.2. Cláusulas híbridas	128
A) Cláusulas en el ámbito familiar	139
B) Compromisos posteriores.....	142
IV. Aspectos del procedimiento de mediación inicio y fases	143
1. Inicio del procedimiento.....	143
2. Etapas	144

2.1. Fase preliminar	144
2.2. Desarrollo de la mediación reuniones conjuntas y caucus.....	145
2.3. Redacción definitiva del acuerdo.....	147
V. El mediador en el procedimiento	148
1. Requisitos formales a reunir por el mediador.....	151
2. Designación, Recusación y renuncia.....	155
3. Responsabilidad	158
4. Registro de mediadores	159
5. Instituciones de mediación	161
6. Principios éticos que debe cumplir el mediador: Códigos de conducta	163
VI. El abogado en la mediación	166
VII. La finalización de la mediación el acuerdo de mediación.....	170
1. Redacción del acuerdo.....	173
2. Aspectos jurídicos del acuerdo de mediación	175
3. Nulidad del acuerdo.....	179
4. Formalización del acuerdo en título ejecutivo.....	179
5. Ejecución forzosa	184

PARTE SEGUNDA
ÁNÁLISIS ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA MEDIACIÓN
TRANSFRONTERIZA

CAPÍTULO III
MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA

I. Introducción.....	189
II. Consideraciones previas a la mediación mercantil en el ámbito de la UE.....	190
III. Ámbito de la aplicación de la Directiva 2008/52/CE	192
IV. El limitado impacto de la Directiva 2008/52/CE en los EEMM. Informes de 2014 y 2016 Aproximación desde una perspectiva comparada.....	195
V. La transposición de la Directiva en los EEMM	204
1. Alemania.....	204
2. Austria	207
3. Bélgica.....	208
4. Bulgaria	211
5. Chipre	212
6. Croacia.....	213
7. Dinamarca.....	215
8. Eslovenia	216
9. España.....	218
10. Estonia.....	226
11. Finlandia.....	227
12. Francia.....	229
13. Grecia	236
14. Holanda.....	239

15. Hungría.....	242
16. Irlanda.....	243
17. Italia.....	244
18. Letonia.....	248
19. Lituania.....	249
20. Luxemburgo.....	250
21. Malta.....	252
22. Polonia.....	253
23. Portugal.....	255
24. Reino Unido.....	259
25. República Checa.....	264
26. República Eslovaca.....	265
27. Rumania.....	266
28. Suecia.....	268
VI. Acuerdos de mediación transfronterizos. Régimen jurídico.....	269
1. Distinción entre los contratos existentes en una mediación.....	273
1.1. Contrato celebrado entre las partes: cláusula de mediación.....	273
1.2. Contrato internacional entre el mediador y las partes.....	278
A) Competencia judicial internacional.....	279
B) Ley aplicable al contrato entre el mediador y las partes.....	280
1.3. Contrato resultante de la mediación.....	282
A) Competencia judicial internacional para conocer de acuerdos transfronterizos de mediación.....	284
B) Ley aplicable al acuerdo resultante de mediación.....	284

2. Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación.....	289
2.1. Acuerdos con fuerza ejecutiva en otro Estado	294
2.1.1. Acuerdos procedentes de un EEMM de la Unión Europea.....	295
2.1.2. Acuerdos procedentes de terceros Estados	300
A) Convenios multilaterales	300
B) Convenios bilaterales	304
2.1.3. Acuerdos procedentes de otros Estados	307
A) Acuerdos de mediación contenidos en una resolución.....	309
B) Acuerdos de mediación contenidos en documento público con fuerza ejecutiva	311
2.2. Acuerdos sin fuerza ejecutiva en otro Estado.....	313
2.3. Referencia a la eficacia de los acuerdos españoles en el extranjero.....	315
2.4. Problemas en la ejecución.....	315
2.4.1. Problemas en la ejecución por oposición a la solicitud de título ejecutivo.....	322
2.4.2. Modificación del acuerdo en escritura pública	324
2.5. Ejecución de los acuerdos en el <i>Civil Law</i> y <i>Common Law</i>	325

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS VALORATIVO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN
MERCANTIL COMO ADR

I. Introducción.....	333
II. Balance al estado de la mediación.....	333
1. Mediación obligatoria vs mediación voluntaria	336
1.1. Argumentos a favor	338
1.2. Argumentos en contra	343
2. Derecho comparado. Situación permitida por la Directiva 2008\52\CE.....	345
III. Problemas planteados y soluciones posibles.....	347
1. Perspectivas de un nuevo instrumento jurídico en la UE.....	347
2. Certificado Europeo de mediación ejecutivo.....	351
3. Proyecto de CNUDMI de instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación	353
4. Problemas encontrados y soluciones multidisciplinarios.....	355
5. Perspectivas y cambio de paradigma	358
6. Combinación de métodos multidisciplinarios	360
CONCLUSIONES	363
BIBLIOGRAFÍA	369
JURISPRUDENCIA	409
LEGISLACIÓN.....	415
INFORMES, GUÍAS, REGLAMENTOS, CÓDIGOS DE CONDUCTA Y OTROS DOCUMENTOS	431

ABREVIATURAS

AAA.....	American Arbitration Association (EEUU)
ABA	American Bar Association (EEUU)
ADFUAM.	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
ADR.....	Alternative Dispute Resolution
AEIE.	Agrupación Europea de Interés Económico
AEDIPR.	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AEPDIRI.....	Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
AFDUAM.	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AFM.	Academy of Family Mediators
AN.....	Audiencia Nacional
AP.	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BAFM.....	Asociación Federal de Mediación Familiar (BundesArbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation e.V., (BAFM)-
BANI... ..	Badan Arbitrase Nasional Indonesia
BM.....	Asociación Federal de Mediación (Bundesverband Mediation e.V.,(BM)
BMWAWA... ..	Asociación Federal de Mediación en el Entorno Económico y Laboral (Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt e.V., (BMWAWA)
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
C. Com.....	Código de Comercio.

CAC.....	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia
CB/CB 1968.	Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil
Cc.	Código civil.
CCA.	Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica
CCAA.	Comunidades Autónomas
CCL.	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
CDBs.....	Combined Dispute Board
CE	Constitución Española de 1978.
CEDR	Centre for Effective Dispute Resolution
GEMME.	Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation,
CENDOJ.....	Centro de Documentación Judicial
CEPEJ	Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia
CfM	Centro de Mediación (Centrale für Mediation GmbH & Co. KG)
CG 1961.....	Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961
CGAE.....	Consejo General de la Abogacía Española
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CHDIPr.....	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
CIAC.	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIACI de 1975.....	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975
CDT.....	Cuadernos de Derecho Transnacional
CIETAC.	Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China /China International Economic and Trade Arbitration Comisión
CJRA.	Civil Justice Reform Act
CMEM.....	Centro de mediación empresarial de Madrid
CNUDMI.....	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CNY 1958.....	Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958
CPR.	Institute for Dispute Resolution.Instituto Internacional para la prevención y resolución de conflictos
CR.	Convenio de Roma de 1980
CR/CR80.	Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980.
CRS.	Community Relations Service
CVIM.....	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980
DABs.....	Dispute Adjudication Board
DGRN.....	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIPr.....	Derecho Internacional Privado
DOCDEX	Reglamento de peritaje para la Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios
DOCE / DOUE.....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas / Diario Oficial de la Unión Europea
DRBs.	Dispute Review Board
EEMM.	Estados miembros
EEOC.....	Equal Employment Opportunity Commission
EEUU.	Estados Unidos de Norteamérica
EM.....	Exposición de Motivos
EMTPJ.	European Mediation training for practitioners of justice
ENS XXI.....	El Notario del Siglo XXI
FAA.....	Federal Arbitration Act
FIDIC....	Federación Internacional de Ingenieros Consultores
FMCS.....	Federal Mediation and Conciliation Service
FNMC.....	Federación Nacional de Centros de Mediación (FRANCIA)
GAC.....	Gestión Alternativa de Conflictos
GAD.	Gestión Alternativa de Disputas
HCCH.	Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado

HKIAC.	Hong Kong International Arbitration Center
IBA.	Internet Bar association
Ibid..	
ICAM.....	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
ICAV.	Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
ICC.....	International Court of Arbitration of International Chamber of Commerce
ICDR.....	International Centre for Dispute Resolution
ICEX.	Instituto Español de Comercio Exterior
IDP.....	Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política
IMCR.....	Institute for Mediation and Conflict Resolution
InDret.	Revista para el Derecho
IN3.....	Internet Disciplinary Institute
JAMS.	Judicial Arbitration and Mediation Services
JCAA.	Japan Commercial Arbitration Association
JM.....	Juzgado de lo Mercantil
JPI.....	Juzgado de Primera Instancia.
JPII.	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
KLRCA.	Bar Council, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration
LA.....	Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje
LC.	Ley 22/2003 de 9 de julio concursal
LCIA.	London Court of International Arbitration/Corte de Arbitraje Internacional de Londres
LCJIMC.....	Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
LEC 1881.....	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881.
LEC.	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LMACM.....	Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
LOPJ.	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

MA.	Mediation Act
MAAN.....	Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado
MAPAM.....	Mejor Alternativa Posible al Acuerdo Negociado
MARC.	Mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos
MARD.....	Métodos Alternos para la Resolución de Disputas
MASC.....	Métodos Alternos para la Resolución de Conflictos
MASD.....	Métodos Alternos par la Solución de Disputas
MTDRC.	Multi-tiered dispute resolution clauses
NADRAC.....	National Alternative Dispute Resolution Advisory Council
NCCUSL.	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (EEUU)
NIDR.	National Institute for Dispute Resolution
NPC.....	Normas del Proceso Civil
núm. /Nº.....	Número
ODR.....	Online Dispute Resolution
OMPI.....	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PNH.....	Proyecto de Negociación de Harvard
RACNUDMI.....	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho aprobado el 28 de abril de 1976
RAD.....	Resolución Alternativa de Disputas
RAICC.....	Reglamento de Arbitraje de la International Chamber of Commerce
RBI.....	Reglamento Bruselas I
RCEA.....	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RD.....	Real Decreto
RDL.....	Real Decreto Legislativo
RDMF.....	Revista de Derecho del Mercado Financiero
RDUCN.....	Revista de derecho Coquimbo Universidad Católica del Norte
RDUNC.....	Revista de derecho Coquimbo Universidad Católica del Norte

REAM.....	European Network for Dispute Resolution/Red Europea de Arbitraje y de Mediación
REDI.....	Revista Española de Derecho Internacional
REEL.....	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
REJIE.....	Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa
RIEDPA.....	Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje
RRI.....	Reglamento Roma I
RRII.....	Reglamento Roma II
RRM.....	Reglamento del Registro Mercantil
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
SUPRA.....	
TARC.....	Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos
TC.....	Tribunal Constitucional
TFUE.....	Tratado de Funcionamiento de la Union Europea
TJCE/TJUE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
Trib.....	Tribunale (Court)
TS.....	Tribunal Supremo.
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
UAA.....	Uniform Arbitration Act (EEUU)
UE/EU.....	Unión Europea
UMA.....	Uniform Mediation Act
UNCITRAL.....	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT.....	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UE Unión Europea
UNODOC.....	
UOC.....	Universidad Oberta de Catalunya

INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea, dentro del objetivo de creación de un Espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia, se ha prestado especial atención tanto a la instauración como al desarrollo de distintos métodos de resolución de conflictos alternativos, entendiendo que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la justicia no vienen referidos únicamente a la vía judicial, sino también a estos procedimientos extrajudiciales de resolución, conocidos por sus siglas en inglés como ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

La tutela judicial efectiva deviene un principio estructural cuya concreción positiva se expresa en el art. 81e) del TFUE, que incluye las distintas medidas de cooperación judicial en materia civil necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Entre esas medidas se encuentran aquellas encaminadas a desarrollar métodos alternativos de resolución de conflictos.

El interés promovido en Europa y la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica a las vías de resolución extrajudicial de conflictos, fueron las razones básicas para que, tras sucesivas consultas, conclusiones, así como la presentación del Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil en 2002,¹ o la elaboración del Código de Conducta Europeo para mediadores de 2004,² se promulgase finalmente la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles transfronterizos (en adelante Directiva 2008/52/CE).³

¹ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Bruselas, 19 abril de 2002, COM (2002) 196 final (2002/03/04), Disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/.../com2002_0196es01.pdf.

² *European Code of Conduct for Mediators*. La lista de organizaciones que han firmado el Código de Conducta está disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_list_org_en.pdf

³ DO L 136, de 24 de mayo de 2008.

El contexto vigente es indiscutible. Los intercambios económicos transnacionales, la intensificación del tráfico jurídico entre empresas y particulares domiciliados en distintos Estados Miembros, han supuesto un aumento considerable de las relaciones jurídicas contractuales y de las inversiones extranjeras entre operadores de distintos países. A este elemento se suma el ingente número de causas pendientes en los tribunales, ya totalmente desbordados y ralentizados, hace necesario no solo la adopción, sino el desarrollo y consumación de fórmulas eficaces para la resolución de conflictos. Ambas realidades conllevan que sea especialmente interesante la eficacia que los mecanismos de ADR pueden tener en este sector, caracterizado por su impacto en la economía y en el que se requieren soluciones no solo rápidas, sino eficaces y que otorguen plena seguridad jurídica. Es por ello que se ha dedicado una parte importante de esta Tesis al estudio de la evolución de los diferentes mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, profundizando en sus orígenes y analizando sus características, para revisar desde una perspectiva práctica su aplicación así como su regulación legislativa.

De entre todos los mecanismos ADR en los últimos años se ha ido avanzando en una consolidación progresiva de la mediación, convirtiéndose en la opción preferida por parte del legislador para la solución de controversias, siendo promovida en todos los países de nuestro entorno, y favoreciendo la implantación de soluciones armonizadas a nivel internacional que faciliten su utilización y operatividad. El alcance, los efectos ejecutivos y la circulación transnacional de los acuerdos obtenidos en mediación inciden seriamente en la futura consolidación de este método en el ámbito del derecho de los negocios internacionales, motivo por el que fundamentalmente nos hemos centrado en la mediación mercantil, sin perjuicio de las referencias que hemos ido realizando a lo largo de la Tesis a la mediación civil.

Desde la perspectiva del tráfico internacional, a los operadores jurídicos y económicos les interesa el tratamiento así como de la eficacia real de las cláusulas y los acuerdos resultantes de la mediación. La indefinición existente relativa a su naturaleza jurídica y el distinto tratamiento otorgado en cada país no beneficia en modo alguno a su expansión.

La cuestión continua siendo de actualidad. Nueve años después de la finalización del plazo para la transposición de la referida Directiva 2008/52/CE, podemos evaluar sus efectos en los distintos países de la Unión Europea, constatando que el grado de implementación y desarrollo no ha sido uniforme ni homogéneo, dependiendo de la trayectoria y antecedentes de cada uno de los Estados. Algunos de ellos disfrutaban de una larga tradición en mediación y disponían de una

reglamentación previa, otros han complementado la ya existente, mientras que la mayoría la ha creado *ex novo*.

Es por ello por lo que se ha considerado especialmente interesante en el presente trabajo profundizar en la investigación de la medicación transfronteriza con el propósito de dibujar un panorama completo del régimen jurídico de la mediación, estudiando pormenorizadamente su configuración como mecanismo extrajudicial de conflictos. Además es indispensable observar su nivel de aceptación general, así como el examen de los resultados de implementación obtenidos hasta el momento en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto en el aspecto de su conocimiento como en el de su consideración y, por último, reflexionar en torno a los posibles obstáculos a la ejecución transfronteriza de los acuerdos. Esta circunstancia, por sí sola, justifica la elaboración de la presente tesis.

El estudio en profundidad de la normativa europea fruto de un minucioso examen junto con las correspondientes disposiciones de transposición en cada Estado y las modificaciones y desarrollos legislativos que han ido afectando a su tratamiento, presenta una gran relevancia desde una perspectiva teórica y fundamentalmente práctica, al advertirse numerosas diferencias en el tratamiento de la mediación, cuestiones relevantes y de gran interés, que también son objeto de análisis y reflexión.

La doctrina española y extranjera que se ha ocupado del tema es bastante extensa y en los últimos años ha aumentado considerablemente. Para el desarrollo de la Tesis se han analizado los principales textos doctrinales contenidos tanto en revistas especializadas, obras colectivas y monografías. La relación de trabajos consultados a lo largo de la elaboración de la Tesis excede a los citados en el cuerpo de la misma.

También se ha considerado esencial analizar las Recomendaciones elaboradas por distintas Instituciones como el Consejo de Europa, o el Parlamento Europeo, Informes de grupos de trabajo, Directrices de diversos organismos, Dictámenes, Protocolos de actuación e intervención, y Códigos de Conducta así como a distintos Reglamentos de instituciones en los distintos EEMM y en terceros Estados dedicadas a los ADR.

La investigación no se ha centrado únicamente en los países de la Unión Europea, sino que ha sido extendida a otros Estados particularmente relevantes, aunque lógicamente el estudio se fundamenta en la UE. Igualmente y desde una perspectiva práctica, se han tenido en cuenta las experiencias y valoraciones de las empresas que han sido consultadas en relación con la eficacia de

los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y en particular, de la mediación transfronteriza.

El análisis jurisprudencial ha sido asimismo trascendente. Es significativo como el apoyo de la jurisprudencia ha ido paulatinamente consolidándose con el transcurso del tiempo.

Una de las fuentes fundamentales de documentación de la Tesis han sido los Informes elaborados por el Parlamento y la Comisión Europea, («*Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*»,⁴ «*Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the 'Mediation Directive, Final Report, 2016*»⁵ y «*Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*».⁶) Estudios procedentes de consultas públicas realizadas en cada uno de los Estados miembros con carácter posterior a la transposición de la Directiva 2008/52/CE y que han permitido un estudio comparativo del grado de implementación y acogida en los distintos Estados de la Unión Europea, orientándonos en las perspectivas de futuro. Sin embargo, resulta necesario advertir que uno de los condicionantes de este trabajo ha sido la dificultad idiomática para lograr encontrar información legislativa actualizada y en vigor.

Los aspectos que desarrolla el presente trabajo son diversos. Para una mejor exposición de los temas estudiados, he considerado conveniente dividir el contenido de la Tesis en dos partes diferenciadas, conformadas cada una de ellas por dos Capítulos.

A lo largo de la Primera Parte, en el Capítulo I, se analizan en primer lugar los orígenes de la resolución extrajudicial de conflictos, realizando a continuación una distinción según su diferente y variada tipología. Para comprender la situación actual es necesario retrotraernos en el tiempo y considerar la situación en la que se origina. Igualmente, en el marco del Capítulo I se

⁴ Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Brussels, 2014. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL-JURI_ET

⁵ Directorate-General Justice and Consumers, Directorate A – Civil Justice, Unit A1 – Civil Justice Policy, European Commission, Luxembourg, 2016, disponible en http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=DS0216335

⁶ COM(2016) 542 final, Brussels, 26.8.2016, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 29 November 2016, disponible en [www.europarl.europa.eu/.../2016/.../IPOL_IDA\(2016\)571395_E](http://www.europarl.europa.eu/.../2016/.../IPOL_IDA(2016)571395_E)

profundiza en los diferentes ADR que se han ido desarrollando en función de las necesidades del tráfico y de las demandas de la sociedad; el tratamiento de los elementos apuntados permitirá conocer la riqueza de los diferentes planteamientos, sus diferencias y variadas enfoques respecto al tercero.

En segundo lugar, a lo largo de los epígrafes que integran el Capítulo II, y ya en relación con el objeto principal de este estudio, la mediación, se exponen y desarrollan los principios fundamentales inherentes en los que se asienta, así como las vías de acceso a la misma, distinguiendo según se trate de mediaciones realizadas bajo la pendencia de un procedimiento judicial, de aquellas a las que se accede extrajudicialmente. De igual modo se efectúa un recorrido sobre los aspectos esenciales del procedimiento de mediación distinguiendo sus diferentes etapas hasta su finalización, y analizando el papel fundamental de las distintas personas que participan en una mediación o que tienen relación con ella, para concluir en el estudio jurídico del acuerdo resultante de la mediación.

La Segunda Parte de la Tesis se centra, en primer lugar a lo largo del Capítulo III, en el análisis de la mediación transfronteriza. En el desarrollo de este Capítulo III la investigación del derecho comparado ha sido un elemento esencial. En la primera parte tanto el cotejo del impacto como la trascendencia que la Directiva 2008/52/CE ha supuesto para la legislación y práctica de cada uno de los Estados miembros han sido elementos de análisis fundamentales. En este sentido su desarrollo ha permitido analizar las particularidades de que cada Estados miembro en relación a su adopción.

En segundo lugar, y continuando con el Capítulo III, el principal objetivo ha sido el estudio del régimen jurídico del acuerdo de mediación y los problemas suscitados en el ámbito del Derecho internacional privado, como elemento en el que se ha centrado gran parte de este trabajo. La distinción entre los distintos contratos que conforman la mediación y su régimen jurídico cuando se trata de una mediación transfronteriza es objeto de desarrollo en los distintos apartados. Para finalizar un elemento esencial de estudio lo conforma la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación, aspecto fundamental cuando se trata de que la tutela judicial sea sin discusión efectiva.

Por último la segunda parte de la Tesis se completa con el Capítulo IV, en el que en primer lugar, se realiza un balance de la situación actual de la mediación en los EEMM analizándose los resultados de las medidas propuestas por el Informe del Parlamento Europeo de 2014.

En segundo lugar, en el desarrollo de este Capítulo IV se realizará una valoración en relación a la voluntariedad de la mediación y la posibilidad de implantación de la mediación obligatoria como medida de promoción analizando los distintos argumentos a favor o en contra de esta medida y comprobando la situación existente permitida por la Directiva 2008/52/CE y seleccionada por alguno de los EEMM.

De otra parte es necesario garantizar la libre circulación de los acuerdos de mediación transfronteriza en el ámbito de la Unión, pero para ello es ineludible disponer de un marco jurídico adecuado y uniforme que minimice las dificultades que implican la multiplicidad de sistemas legislativos, que actualmente ofrecen soluciones dispares en relación con infinidad de aspectos de la mediación. Esto puede finalmente afectar negativamente a la consecución del objetivo de garantizar la libre circulación de acuerdos dentro de la Unión Europea.

Como medidas adecuadas se valora la posibilidad de ampliar el marco jurídico de la mediación transfronteriza, que permita establecer normas claras en lo que a la elección del derecho aplicable a la mediación se refiere, así como para permitir una plena circulación de los acuerdos de mediación transfronterizos, bien mediante la creación de un nuevo reglamento en materia de mediación, o incluso mediante la creación de un título ejecutivo de mediación europeo. En el ámbito de UNCITRAL se está elaborando un nuevo instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación comercial, por lo que en este sentido sería conveniente que la legislación europea no permaneciese ajena a esta circunstancia.

Finalmente se expondrán el conjunto de medidas multidisciplinarias que pueden permitir una mayor expansión y consolidación de la mediación transfronteriza.

Para completar la investigación se acompaña en primer lugar, una relación de la bibliografía citada en el cuerpo de la tesis; en segundo lugar un apartado con las decisiones jurisprudenciales citadas en el texto; en tercer lugar se adjunta la lista de la legislación citada tanto de los EEMM como de terceros Estados, Informes, Directrices Recomendaciones, Códigos de conducta y deontológicos, Guías de actuación, Reglamentos de arbitraje y mediación, Instituciones y centros de arbitraje y mediación en los EEMM, así como otros relevantes en terceros Estados, junto a algunas páginas web de referencia en el ámbito de la resolución de conflictos extrajudiciales y en particular de la mediación.

PARTE PRIMERA

**ESTUDIO DE LOS DISTINTOS
MECANISMOS ALTERNATIVOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS:
LA MEDIACIÓN COMO PROCESO
DE GESTIÓN POSITIVA**

CAPÍTULO I

MECANISMOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

I. INTRODUCCIÓN

La globalización permite múltiples oportunidades, constituye variados desafíos y conlleva numerosos riesgos. Cada transacción conlleva la posibilidad de un conflicto, que es necesario mitigar mediante una adecuada planificación jurídica internacional y una extensa gama de soluciones. Esta planificación no solo se reduce a la elección de la ley más idónea a una situación privada internacional, sino también a seleccionar el foro más eficaz para resolver los eventuales litigios. Y no siempre es necesario recurrir a los tribunales ya que existen otras opciones legales y viables.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, poseen particularidades inherentes que le son propias. Difieren de otros métodos en cuatro características esenciales, el protagonismo de la autonomía de la voluntad, su naturaleza contractual, la rapidez y el coste económico que representan y la presencia de uno o varios terceros. Reflejan una autonomía privada intrínseca ya que las partes son en esencia libres para elegir y configurar el procedimiento y en muchos casos establecen, incluso, el nivel de intervención del tercero. Se caracterizan igualmente porque los interesados tienen plena disponibilidad para desistir o concluir el procedimiento en cualquier momento aunque, excepcionalmente, en ocasiones se requiere que lo soliciten ambas partes.

Estos mecanismos son de naturaleza exclusivamente contractual, caracterizados porque uno o varios terceros imparciales y neutrales ayudan a las partes a resolver su controversia de modo autocompositivo o heterocompositivo. Esta naturaleza se muestra tanto en el acuerdo previo para iniciarlos, como en el acuerdo final que posiblemente obtengan. Dada su enorme variedad y carácter, en principio, la solución alcanzada no adquirirá la condición de título ejecutivo ni tampoco el efecto de cosa juzgada, por lo que cabe la posibilidad de un ulterior proceso, judicial o arbitral, aunque, en todo caso, el juzgador deberá tener en cuenta como supuesto de hecho, el acuerdo al que llegaron las partes y no contradecirlo. No obstante, en algunos de ellos, existe la posibilidad de convertirlos en título ejecutivo mediante la intervención de una autoridad pública que le otorgue tal consideración.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos, están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente al Derecho. En el comercio internacional estos intereses acaban siendo económicos, en los que el factor tiempo es muy poderoso, por lo que las experiencias en la utilización de los distintos ADR es

extraordinariamente positiva. La significativa reducción de costos legales, el ahorro de tiempo, la posibilidad de solventar cuestiones complejas, la confidencialidad y el control que supone para las partes participar activamente en la gestión del conflicto son sus ventajas más notables.

Sin embargo se hace necesario examinar el panorama general en el que se desarrollan estas fórmulas de resolución extrajudicial de conflictos, su situación actual y las perspectivas de futuro, adelantando que no existe un mecanismo de resolución de conflictos único y válido para todos los conflictos internacionales, sino que existen distintos mecanismos que pueden ser utilizados según las circunstancias específicas y la estrategia particular de cada una de las personas implicadas. A continuación analizaremos sus orígenes y las características fundamentales de cada uno de ellos.

II. ORÍGENES DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.

Tradicionalmente los conflictos de diferente naturaleza y suscitados en los más diversos ámbitos, han sido conducidos a los tribunales de justicia, quienes con vis atractiva se han asegurado su resolución.

Así, los Estados han adquirido un papel un tanto socializante en la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, facilitando la tutela judicial efectiva a través de los órganos jurisdiccionales.⁷

De tal manera que, esta concepción protectora y social del Estado, ha originado la creencia social de que únicamente estos órganos jurisdiccionales pueden resolver los conflictos, ya que son los encargados de la interpretación y aplicación del Derecho. No obstante, esta preocupante judicialización de la sociedad moderna, no ha impedido que hayan surgido en los distintos ordenamientos jurídicos otros mecanismos de resolución, asentados en la autonomía de la voluntad y en la voluntariedad, con los que pretende alcanzarse la misma protección que otorga la vía judicial.

En numerosas ocasiones las personas físicas y/o jurídicas requieren soluciones eficaces y rápidas, que den respuesta a los distintos conflictos en los que se ven inmersos. Con todo, los procesos judiciales circunstancialmente no consiguen dar respuesta ni adaptarse a las necesidades

⁷ Vid. BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Madrid, Reus, 2009, pp. 9 y 10.

de los implicados en ellos, con lo que acaban generando conflictos más graves o profundos. De este modo no se alcanza ninguna de las expectativas esperadas.

En la actualidad, en un mundo tan globalizado e interconectado se necesita más que nunca estructuras ágiles, dinámicas y eficientes que permitan a particulares, empresas y profesionales resolver sus controversias a un coste no demasiado excesivo. En este contexto, el sector privado ha desarrollado otras alternativas para la solución de los conflictos, otro tipo de fórmulas o metodologías conocidas como métodos autocompositivos en los que las propias partes, inmersas en sus controversias, son quienes resuelven la situación. De este modo son mecanismos que amplían o extienden los existentes sistemas de justicia.

Son los denominados ADR, siglas de lo que en inglés se conoce como *Alternative Dispute Resolution*, o resolución extrajudicial de conflictos, aunque igualmente reciben otras denominaciones similares, entre otras, MARC (métodos alternativos de resolución de conflictos) MASC (métodos alternativos de solución de conflictos) o RAC (resolución alternativa de conflictos).⁸ Existe una gran diversidad en referencia a los mismos, utilizan diferentes metodologías y son más o menos conocidos. No obstante, todos tienen el mismo objetivo final, que no es sino resolver el conflicto.

Los *Alternative Dispute Resolution* (en adelante ADR) actualmente han alcanzado una manifiesta visibilidad en el ámbito de las relaciones privadas internacionales y no deben interpretarse como sustitutos del proceso judicial sino más bien como complementos u opciones a desarrollar. No se trata de justicia alternativa, ni justicia negociada, sino procedimientos alternativos de acceso al derecho, unos por iniciativa de operadores privados y otros bajo la égida de las autoridades públicas, con el nexo común de que todos ellos plantean un modo de resolución de disputas basado en la confianza y no en la competitividad.⁹

⁸ Otras denominaciones utilizadas son (MARD) Métodos Alternos para la Resolución de Disputas, (MASD) Métodos Alternos para la Solución de Disputas, (RAD) Resolución Alternativa de Disputas, (TARC) Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos, (GAC) Gestión Alternativa de Conflictos, o (GAD) Gestión Alternativa de Disputas. Incluso se emplea un término distinto «*Adequated Dispute Resolution*» (ADR) BARONA VILAR, L.: “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*. Luces y sombras en Europa”, InDret, Barcelona, octubre 2014, disponible en www.indret.com.

⁹ Véase SIX, JEAN-FRANÇOIS.: *Dinámica de la Mediación*, Paidós Mediación, Barcelona, Paidós, 1997, pp.224. Este autor manifiesta que calificar a la mediación de alternativa implica darle demasiadas connotaciones de solución final y definitiva a los problemas derivados del colapso judicial, señalando que no debe calificarse de justicia alternativa, ya que la justicia “solo es una”, tiene su propio espacio y no debe invadirse. La mediación debe dar protagonismo a las partes para que participen en la gestión de su propio conflicto.

El elemento universal de estos mecanismos es la implicación de las personas que participan en el conflicto pretendiendo que tengan un mayor protagonismo en la resolución de su problema. La adaptabilidad a las necesidades de las partes permite un alto grado de flexibilidad en todo el procedimiento, que facilita soluciones infinitamente más creativas de las proporcionadas por un tribunal, ya que la negociación en si misma permite alcanzar acuerdos y realizar concesiones con la otra parte sin perjudicar los derechos de ninguno de los implicados.

Los ADR no deben ser entendidos como un rechazo al tradicional modo jurisdiccional de resolver los conflictos¹⁰ (*adjudication o adjudicatory system*). Al contrario, se inscriben dentro de las políticas relacionadas con la mejora del acceso a la justicia, desempeñando un papel complementario a los procesos judiciales y permitiendo a los implicados un diálogo directo, que de otro modo les hubiera sido imposible entablar. Contribuyen a la simplificación y a la mejora de los resultados, ya que las soluciones que se pueden alcanzar son, en general, mejor aceptadas por las partes que si la misma hubiera sido impuesta por un tercero ajeno al conflicto. Se configuran como una forma de participación social, efectiva y práctica que es perfectamente adaptable tanto a los conflictos de intereses, a las relaciones sociales derivadas de la propia globalización como a los problemas económicos más frecuentes entre particulares y empresas.¹¹

Igualmente han propiciado una reflexión en torno al conflicto, entendiéndolo como un proceso en el que las partes deben participar directamente para resolver cualquier problema surgido en sus relaciones. No solo debe resolverse el conflicto, sino gestionarlo desde una perspectiva dinámica, que no estática,¹² mediante un conjunto de estrategias en las que las técnicas de comunicación juegan un papel muy relevante.¹³ De este modo, resolver un conflicto debe

¹⁰ En esto difieren sustancialmente del sistema judicial o el «*adversarial system*» en el que precisamente se trata de no dar confianza a la otra parte en ningún caso. Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Irrupción del movimiento ADR (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol.20, 2005, pp. 89-115, en p.92. Asimismo vid. KHEEL, T.W.: *The keys to conflict Resolution. Proven methods of resolving disputes voluntarily*, New York, Four Walls Eight Windows, 1999, pp.9.

¹¹ Véase en general y en relación a la tipología y clasificación de los conflictos REDORTA, J.: *Cómo analizar los conflictos, La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Paidós Mediación, Barcelona, Paidós, 2004, pp.133-215.

¹² FARRE SALVA, S.: *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, Ariel, 2004, p.18.El conflicto no se considera un problema sino una oportunidad, una función social vital y lo esencial es centrarse en su manejo y gestión.

¹³ En relación a las estrategias de actuación frente a los conflictos, en general véase KINDLER, H.S.: *Como utilizar constructivamente las diferencias, La gestión del conflicto en las organizaciones*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 17-98.

entenderse en sentido material, como la búsqueda de una respuesta satisfactoria para todas las partes implicadas.¹⁴

En definitiva, se trata de retomar con nuevas bases científicas los tradicionales mecanismos conciliatorios que, en la actualidad, se han estructurado con nuevas metodologías como la negociación colaborativa,¹⁵ que no busca la rendición de la otra parte sino la solución positiva de los problemas naturales que surgen de las relaciones económicas, sociales y personales o, con diferentes características, la mediación basada en la intervención confidencial de un tercero experto en conflictología.¹⁶ Esta disciplina, abierta, plural e integradora, la conflictología, designa a las ciencias del conflicto siendo un compendio de conocimientos científicos, métodos y técnicas de intervención, que desde planteamientos internos y multidisciplinarios, se dedica a la observación, comprensión e intervención de los procesos conflictivos de cualquier tipología. No pretende imponer ningún tipo de solución externa a las partes en conflicto, pero sí facilitar que encuentren por ellas mismas fórmulas o sistemas de transformación positiva y constructiva de sus conflictos.¹⁷

Como iremos analizando a lo largo de estas páginas, los *Alternative Dispute Resolution* han nacido en un marco social de crítica y oposición al sistema contradictorio y su impacto e

¹⁴ Cuando los litigantes toman control y lo comparten en la resolución del conflicto, se tiende a obtener una gran satisfacción y acatamiento al resultado. En los procedimientos heterocompositivos se genera una gran ansiedad por la incerteza del resultado. En este sentido se pronuncia STONE-MOLLOY, M y RUBENSTEIN, W.: *“Principios de resolución alternativa de conflictos: resúmenes reexpuestos y comentados”*, Conservation Clinic University of Florida Levin College of Law, 2001, p.6.

¹⁵ Se centra en los intereses de las partes. Sus bases se asocian a una buena comunicación y conocer exactamente lo que quiere conseguir el interlocutor, siendo capaz de transmitir los intereses propios. Cada una de las partes tiene claro lo que no es motivo de cesión o renuncia y se negocia sobre lo que cada uno quisiera conseguir y aquello que puede ser interesante conseguir, aunque no fundamental. Diferenciar a la persona del problema y empatizar con el otro son sus claves fundamentales. Véase a este respecto CORNELIUS, H y FAIRE, S.: *Tú ganas, yo gano. Como resolver conflictos creativamente y disfrutar con las soluciones*, Ed. 5º, Madrid, Gaia Ediciones, 1998.

¹⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P, “Introducción: El impulso a la mediación en la experiencia de los PNPM”, en *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación”, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 7 y ss, disponible en http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf [Fecha de consulta: 05/08/2015].

¹⁷ En general VINYAMATA, E.: *Conflictología. Curso de Resolución de conflictos*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 125. Se denomina Conflictología o Resolución de Conflictos, a la ciencia que tiene por objeto el conflicto, conteniendo los conceptos de crisis, cambio, violencia o problema. El término fue acuñado por Johan Galtung, como Teoría del Conflicto. Para obtener información complementaria, en general GALTUNG, J.: *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Bilbao, Gernika Gogoratuz, 1998, pp. 1-112. Igualmente CALDERÓN CONCHA, P.: “Teoría de conflictos de Johan Galtung,” *Revista Paz y Conflictos*, 2009, núm. 2, 2009. Disponible en [Fecha de consulta: 11/06/2014]:

http://www.redcimas.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/08/m_JGaltung_LAteoria.pdf

importancia no es idéntica en todos los sistemas judiciales. En los sistemas continentales, en los que la autoridad judicial ha jugado un papel esencialmente activo, la irrupción de los ADR no ha tenido un carácter tan significativo como en los países del sistema del *Common Law*, en los que determinadas fórmulas se enmarcan ya directamente en el procedimiento judicial.¹⁸

En cualquier caso, su repercusión en los sistemas legales estatales es actualmente innegable y en el marco de las situaciones privadas internacionales, son aún más necesarios por la propia dinámica de los conflictos transfronterizos y sus múltiples variables. Así en el ámbito del comercio internacional su proliferación ha sido muy relevante, demostrando su eficacia en asuntos en los que las divergencias puramente legales son secundarias, o se requieren soluciones inminentes, sin olvidar que las partes, en la mayoría de las ocasiones, tienen mucho interés en continuar manteniendo relaciones de colaboración futuras, opción a la que, sin duda alguna, ayuda la utilización de un ADR.

Conviene examinar brevemente, como paso previo a su estudio, como ha sido su inclusión en los distintos sistemas y su trayectoria hasta el momento actual.

1. Derecho Anglosajón

1.1. EEUU

En los Estados Unidos de América (EEUU) los distintos mecanismos ADR y los sistemas multiparte han sido una técnica muy arraigada, implementándose en diferentes Estados desde los años setenta. Los elevados costes de litigación en este país, unido a la dilación temporal de los procesos judiciales han contribuido a su incremento. Su utilización ha permitido una reducción significativa de costos y de tiempo, pudiéndose verificar un alto grado de eficacia y un alto cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

Respecto a su origen, debemos remontarnos a la década de los años treinta del siglo XX, iniciándose en el ámbito laboral y expandiéndose posteriormente, a los ámbitos civil, mercantil y administrativo. La Gran Depresión de 1930, preludio de la crisis económica mundial, significó la pérdida de más de trece millones de empleos en el país, sin que paralelamente se implementasen medidas efectivas para ayudar a los desempleados. La concepción jurídica imperante en esa época,

¹⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "Irrupción del movimiento ADR...", *op.cit.* pp.93.

el denominado *Classical Legal Thought*, se identificaba con el liberalismo, con el individualismo y con la protección del libre mercado, de modo que el ordenamiento jurídico se limitaba a garantizar únicamente la autorregulación económica y el libre ejercicio de los derechos individuales, pero sin apenas interferencias en su funcionamiento. Las relaciones laborales, basadas en la más absoluta libertad contractual, no proporcionaban ningún derecho a los trabajadores, derivando en una gran conflictividad laboral.¹⁹

En este contexto de desigualdad social y con el objetivo de superar la crisis, la política del *New Deal*²⁰ motivó una serie de cambios políticos, económicos, sociales y filosóficos que propiciaron la práctica de la mediación en el ámbito laboral. Los dos pilares fundamentales de esta política norteamericana, la *Social Security Act*, de 14 de agosto de 1935 y la *National Labor Relations Act*, de 5 julio de 1935, fueron esenciales para el desarrollo de la mediación en este ámbito. El Tribunal Supremo consideró constitucionales ambas normas, entendiendo que la libertad contractual no era absoluta y podía ser limitada a través de medidas legislativas. Este cambio de paradigma, el “Realismo Jurídico Americano”, junto a la *National Labor Relations Act*, influyó notablemente en el desarrollo de la mediación laboral, y en consecuencia, en el movimiento ADR.²¹

En 1941, se crea una nueva agencia, la *National Defense Mediation Board*, siendo sustituida un años más tarde por la *Federal Mediation and Conciliation Service* (en adelante FMCS) con un número mayor de competencias.

¹⁹ MACHO GÓMEZ, C.: “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa,” *Anuario de Derecho civil*, Volumen 67, núm. 3, Ministerio de Justicia, 2014, pp. 936-938, Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2014-30093100996

²⁰ Política intervencionista del Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, para mitigar los efectos de la Gran Depresión de 1929. Su programa se mantuvo de 1933 a 1938. Las medidas de la Administración Roosevelt fueron adoptadas por agencias administrativas con competencias legislativas, ejecutivas, sancionadoras y en resolución de conflictos. Algunas de estas agencias impulsaron la mediación laboral, y promulgaron normas, entre las que destaca la *National Labor Relations Act*, reconociendo el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical. MACHO GÓMEZ, C.: “Origen y evolución...”, *op.cit.*, pp. 939.

²¹ *Ibid.*, pp. 939. Señala que «El Realismo Jurídico Americano fue una corriente de pensamiento caracterizada por entender que el Derecho positivo no estaba formado por axiomas o normas ideales, sino que el Derecho debía concebirse como un instrumento más a la hora de resolver los conflictos, y para ello, debía estar inspirado en los problemas reales de la sociedad, en definitiva, amoldarse a ellos». Véase también ESTEBAN DE LA ROSA, G. “Irrupción del movimiento ADR...”, *op.cit.* pp.92, quien afirma que el Realismo Jurídico supone la inclusión de la realidad social en la Ciencia Jurídica, permitiendo que evolucione manifestando interés por el estudio de la “controversia” o conflicto (*dispute*) y el modo en que se resuelve, dejando de lado el estudio de las categorías jurídicas o las instituciones.

En 1960, a causa de los cambios sociales y los movimientos de derechos civiles, los mecanismos de resolución de conflictos vuelven a estar en la esfera política. El alto número de reclamaciones judiciales ocasionó una sobrecarga de los tribunales e implicó diversas reformas en el sistema judicial, adoptándose varios programas piloto para el desarrollo de los ADR. En 1968 y con el objetivo de mediar en los conflictos raciales, se funda el «*National Center for Dispute Settlement*» con apoyo logístico de la *American Arbitration Association*(AAA) y en 1970 se funda el Instituto para la Mediación y la Resolución de Conflictos «*Institute for Mediation and Conflict Resolution*»(IMCR). En 1964 se crea la *Civil Rights Act*, norma fundamental para la expansión y fomento de la mediación tanto por su contenido, como por los efectos que produjo en otras leyes estatales de contenido similar. Gracias a estas normas se crearon dos agencias: la «*Equal Employment Opportunity Commission*» (EEOC), que remitía casos a mediación y el «*Community Relations Service*» (CRS), para mediar en casos de discriminación racial.

En 1976, con la celebración de la Conferencia *Pound* y con el objetivo de analizar y buscar soluciones a los problemas de la justicia norteamericana, se instauran los «*Court-annexed ADR o Court-connected ADR*»,²² y se presenta el concepto de «*Multi-door justice house*».²³ En los años ochenta, destaca la labor de promoción de los ADR por parte de asociaciones diversas y programas en las universidades.²⁴

Siguiendo con esta cronología, en 1990 y para subsanar los problemas derivados del coste y lentitud de los procesos judiciales en los tribunales federales, se aprueba *The Civil Justice Reform*

²² Esta modalidad de ADR, cuyo ejemplo más representativo es la mediación intrajudicial, consiste en que una vez planteada una demanda ante el juez, éste reenvía el asunto para que sea tratado mediante alguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, *Vid. BLANCO CARRASCO, M.: Mediación y sistemas alternativos..., op.cit.*, pp. 143 y 144. En la Conferencia *Pound* en 1976 (Minneapolis, Minnesota). Frank E.A Sander, presentó su libro, *Resolución de disputas: negociación, mediación y otros procesos*, en coautoría con Stephen B. Goldberg, Nancy H. Rogers y Sarah Rudolph Cole. Este manual se utiliza en las escuelas de derecho en todo Estados Unidos.

²³ La denominación viene referida a un «sistema de múltiples puertas», en el que los interesados pueden elegir diferentes mecanismo de resolución de conflictos en función del tipo de disputa. Así, se ofrece la posibilidad de utilizar el arbitraje, la evaluación neutral por un experto independiente, un mini juicio previo para la confrontación de pruebas y punto de vistas ante un experto, una conciliación o una mediación, y quedando la opción de acudir a los tribunales para una tipología de problemas específicos. Esta fórmula ha sido adoptada por numerosos Tribunales en EEUU y en otros países del sistema del *Common Law*. *Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P: "Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia" Revista jurídica de Catalunya, núm. 1, 2016, pp.37.*

²⁴ En este ámbito destacan Fisher y Moore. *Vid. URY, W.L y FISHER, R. Getting to Yes, Boston, 1981.* En el mismo sentido, *vid. MOORE, C.: The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts, San Francisco, 1986.* En 1982, se fundó *The Academy of Family Mediators (AFM)*, cuya principal finalidad era la promoción de la mediación familiar, un año más tarde *The National Institute for Dispute Resolution (NIDR)* y finalmente en 1984 *The Hewlett Foundation*.

Act (CJRA).²⁵ Posteriormente -en el año 1998- el Congreso procedió a aprobar *The Alternative Dispute Resolution Act*.²⁶ Finalmente, con el reto de homogeneizar y simplificar la legislación de los distintos Estados, a causa del distinto planteamiento en cada una de ellas, *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) elaboró junto a la *American Bar Association* la Ley Uniforme de Mediación (*Uniform Mediation Act*, en adelante UMA), promulgada en 2001.²⁷ La uniformidad conseguida por la UMA no solo se ha proyectado en el ámbito interno, sino también en el ámbito transfronterizo, refiriéndose explícitamente a la mediación comercial internacional.²⁸

Una vez expuesta la trayectoria temporal de los orígenes de los ADR en los EEUU, debemos comentar los rasgos generales, que en particular, caracterizan a la mediación.

La Ley Uniforme de Mediación (UMA) establece un concepto de mediación muy extenso, abarcando todos los modelos existentes, y permite a las partes un amplio margen de autonomía de la voluntad, por lo que no establece rigurosas normas, ni tampoco un catálogo específico de requisitos a cumplir por los mediadores, a los que no se les exige cualificación específica. Tiene como objeto principal la confidencialidad, aspecto fundamental que debe ser respetado por todos los participantes. El secreto de las conversaciones, declaraciones o conductas llevadas a cabo en el seno de una mediación resulta muy significativo y no podrá ser objeto de ulteriores investigaciones,

²⁵ *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre. Puede consultarse en: <http://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/civil-justice-reform-act-report> [Fecha de consulta: 05/05/2017].

²⁶ *Alternative Dispute Resolution Act*, de 30 de octubre de 1998. Puede consultarse en: <https://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf> [Fecha de consulta: 15/01/2017].

²⁷ Adoptada formalmente por numerosos Estados americanos, como Illinois, Distrito de Columbia, Iowa, Hawái, Nebraska, New Jersey, Nueva York, Massachusetts, Ohio, Uta, Vermont o Washington, ha sufrido escasas modificaciones desde su promulgación, la última de ellas en 2003 para facilitar la adopción de la Ley Modelo sobre conciliación comercial internacional (2002). Sobre el estado de incorporación de la Ley Uniforme de Mediación en los distintos Estados y sus respectivas leyes, *vid.* <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>. Son numerosos los estatutos que desarrollan programas de mediación en los distintos Estados, y así lo refiere la UMA; Igualmente distintos Estados han procedido a crear oficinas estatales para el estímulo del uso de la mediación (Arkansas, Carolina del Norte, Massachusetts, Nebraska, Oklahoma, Nueva Jersey, Ohio, Oregón, o Washington, Wisconsin, California). *Vid.* VILALTA NICUESA, A.E.: "El Marco Jurídico: Derecho Comparado", *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011. Igualmente puede consultarse el texto íntegro de la UMA en la página web de la NCCUSL:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf, [Fecha de consulta: 03/08/2016].

²⁸ La regulación de la mediación comercial internacional se encuentra en la Sección 11.ª de la UMA, disposición agregada dos años después de su aprobación, consecuencia de la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002.

ni aportarse como pruebas en cualquier otro tipo de procedimiento,²⁹ aunque queda excluida de esta prohibición la información relativa a los meros hechos, participantes y aquellas comunicaciones que pongan en evidencia situaciones de abuso, negligencia o renuncia.³⁰

En líneas generales, la mediación goza de una trascendencia considerable y destaca por su naturaleza consensual y su flexibilidad. Las partes interesadas pueden disponer ampliamente del procedimiento -consensuando su desarrollo- e iniciarlo o suspenderlo cuando deseen. Igualmente disponen de libertad para solicitar toda la información precisa, resolviendo múltiples aspectos y cuestiones de mutuo interés, aunque no tengan una relación directa con el problema que les condujo a la mediación. Es posible, incluso, introducir a terceras personas para que participen, o acudir a un juzgado o tribunal para que resuelva sobre una cuestión sustantiva. En este sentido, los jueces pueden derivar a las partes a una mediación, pero una vez en ella, las partes libremente determinan voluntariamente su participación, aunque existen algunas excepciones al respecto.³¹

En este sentido, y como modelo de obligatoriedad judicial nos encontramos el sistema de mediación intrajudicial implantado desde 1987 por la Corte Suprema de Florida, según el cual, el tribunal puede derivar a mediación todo, o parte, de una acción civil.³² Pero este planteamiento no implica que el juez desempeñe esta función arbitrariamente y derive a mediación los asuntos de un modo sistemático y generalizado, sino que es necesario una valoración individual, previa y contundente de los casos en los que realmente la mediación va a ser un instrumento útil. Para ello,

²⁹ Realmente la confidencialidad es el motivo principal por el que se promulga la UMA. La confidencialidad permite que las partes puedan confiar en el mediador porque tienen la certeza de que cualquier información revelada supondrá una responsabilidad. En virtud de esta obligación, ha devenido práctica extendida entre los mediadores el proceder a destruir todas las anotaciones relativas al proceso producidas durante su curso, así como toda documentación que les haya sido remitida por las partes (excepto la correspondencia formal). Otra práctica generalizada es que el mediador notifica a las partes cuándo un tercero requiere información acerca de la mediación entablada o finalizada. La ley establece algunos mecanismos para evitar que los mediadores se vean envueltos en incompatibilidades por conflicto de intereses. *Model Standards of Conduct for Mediator* 2005; Art. 8 UMA 2001. Disponible en:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf

³⁰ Véase IZAGUIRRE ARTAZA, J.: “El arbitraje y la mediación en EEUU». *Informe de la Oficina económica y comercial de España en Washington DC*, ICEX España Exportación e Inversiones, 2014, pp. 14-16, disponible en <http://docplayer.es/18689556-El-arbitraje-y-la-mediacion-en-estados-unidos-septiembre-2014.html> 12/09/2016 22.00.

³¹ Algunos Estados en materia médica prevén la obligatoriedad de acudir a algún sistema de ADR.

³² *Mandatory Mediation Act* de California, (EEUU) (*CA Civil Code*, sec. 4607) *Vid.* GINEBRA MOLINS, M.E Y TARABAL BOSH J, en “Capítulo 23. Mediación obligatoria e inducción a la mediación”, en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, *Actas del III Simposio de Tribunales y mediación*, Madrid, 2013, disponible en:

http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

es fundamental la formación del personal de la Administración de justicia y la fijación de criterios en los que se expongan las condiciones en las que es oportuno la derivación a mediación.³³

Doctrinalmente la mediación ha tomado dos direcciones opuestas: *Multi-door Court house*, en que el sistema judicial y/ o las partes eligen cual es la mejor forma de resolver el conflicto según sus necesidades específicas,³⁴ y la *Neighborhood Justice Center*, que plantea la necesidad de escapar de la vía judicial institucionalizada.³⁵ Aunque la mediación generalmente se realiza en el ámbito extrajudicial, es posible que los jueces de distrito asignen a un magistrado juez para que actúe como facilitador o mediador en un asunto judicial.

Respecto a la imparcialidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, se han establecido distintas directrices y recomendaciones al respecto.³⁶ La promoción de la mediación también se realiza desde los grandes despachos de abogados, que incorporan programas de mediación e impulsan a sus miembros a utilizarla mediante incentivos económicos, imponiendo en variadas ocasiones reglas de contenido ético que obligan a los abogados a informar a sus clientes de la existencia de los distintos ADR y la posibilidad de acudir a ellos con carácter previo a la iniciación de cualquier litigio.³⁷

Entre los principios que rigen este mecanismo de solución de conflictos hay que resaltar la autodeterminación (*self-determination*), que, en realidad se está refiriendo a la necesidad de que las partes acudan voluntariamente a la mediación. Por lo que se refiere a las obligaciones de los mediadores, la imparcialidad con la que deben actuar y, por otro, la confidencialidad que deben mantener sobre todo el procedimiento de mediación en el que participen son esenciales.

³³ VILALTA NICUESA, A.E.: “El Marco Jurídico: Derecho comparado”, en *Libro Blanco de la Mediación...*, *op.cit.* pp.137.

³⁴ The *Multi-rooms Justice System*, es un modelo que permite trabajar con un diagnóstico para determinar qué tipo de conflicto existe, y cuál es el mejor de los medios existentes para tratarlo, lo que implica que no hay una única vía adecuada para gestionar y solventar el conflicto, sino varias. Así cada caso requiere un estudio especial. *Vid.* BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación...”, *op.cit.*, pp.6.

³⁵ Véase GONZALO QUIROGA, M.: “Una Justicia mas progresista y universalizada”, en *Métodos Alternos de solución de conflictos, Herramientas de paz y modernización de la justicia*, SANCHEZ GARCIA, A. (Coord.) Ciencias jurídicas y sociales, Madrid, Dickynson, 2011, pp. 41-66. MORAN, G, “La Mediación en USA”, *America Mediation & Alternative Resolutions*, Asociaciones de Mediación y Arbitraje en USA, Agencia del Servicio de Mediación y Conciliación Federal de los Estados Unidos, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=0QhUOqHo9sA>.

³⁶ A título de ejemplo citar las Model Rules of Professional Conduct de la American Bar Association, o las recomendaciones del National Center of Technology and Disputes Resolution (NCTDR), o US Federal Trade Commission Standards.

En cuanto a la figura de los mediadores de EEUU, existe un Código Deontológico para el ejercicio de la mediación «*Model Standards of Conduct for Mediators*» de 2005 en el que se regula el estatuto jurídico de los mismos.³⁸ No tiene carácter vinculante, pero es una gran herramienta práctica para los profesionales.³⁹

Los conflictos objeto de resolución por estos mecanismos son muy variados, abarcando entre otras, las controversias de carácter comercial, familiar -materia de separación y divorcio-, laboral, escolar, penal, o la responsabilidad por negligencia.

Según datos de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Washington, la mayoría de los casos de mediación iniciados en EEUU, en concreto el 85% en asuntos comerciales y el 95% en asuntos personales, se concluyen satisfactoriamente mediante un acuerdo de mediación alcanzado por las partes.⁴⁰

En Estados Unidos, los ADR se desarrollan principalmente por entidades privadas que prestan sus servicios y disponen de reglamentos de actuación, aunque también por profesionales expertos. En relación a la mediación, convive con otros mecanismos alternativos como la negociación, la conciliación, el arbitraje, y ADR híbridas (med-arb) en perfecta armonía, sin que se produzcan ambigüedades o confusiones porque cada una de las modalidades se encuentra correctamente delimitada.

³⁷ VILALTA NICUESA, A.E.: “El Marco Jurídico: Derecho Comparado” en *Libro Blanco de la Mediación...op.cit.* pp. 139.

³⁸ Model Standards of Conduct for Mediators, 2005, Disponible en:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf.

Este Código fue aprobado por la *American Arbitration Association*, *American Bar Association* y la *Association for Conflict Resolution* en septiembre de 2005.

³⁹ Se compone de varios estándares (i) Autodeterminación; (ii) Imparcialidad; (iii) Conflicto de intereses; (iv) Competencia; (v) Confidencialidad; (vi) Calidad del proceso; (vii) Publicidad y solicitud; (viii) Honorarios y otros gastos; (ix) Fomento de las prácticas de mediación. BELTRÁN MONTOLIU, A.: “Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones”, *Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, 2014, pp.45. Disponible en <https://www.uv.es/iccp/recrim/recrim14/recrim14a02.pdf>.

⁴⁰ IZAGUIRRE ARTAZA, J.: “El arbitraje y la mediación en EEUU...”, *op.cit.* pp. 14-16. En el mismo sentido ÖDON PÁLLA, “Nota sobre el arbitraje y la mediación en EEUU, Oficina económica y comercial de España”, Washington, *Embajada de España*, disponible en :

http://www.icex.es/staticFiles/NOTA%20SOBRE%20EL%20ARBITRAJE%20Y%20LA%20MEDIACION%20EN%20EEUU_12614.pdf.

En lo referente al arbitraje, y pese a que será convenientemente desarrollado en capítulos posteriores, conviene destacar la Ley Federal de Arbitraje -*Federal Arbitration Act*-(FAA) que define los aspectos y características esenciales y que es de aplicación subsidiaria en caso de que las partes no hayan definido contractualmente ningún marco legal concreto.⁴¹ La Ley Federal de Arbitraje prevalece sobre las distintas leyes estatales en caso de colisión entre unas y otras. Siendo EEUU un Estado federal, y teniendo independencia cada uno de los Estados para establecer su propia legislación, ocasiona una gran dispersión legislativa. Existe un organismo independiente de reconocido prestigio, *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCSUL), que tiene por objeto elaborar y promover textos legales uniformizados con el fin de que sean adoptados por los diferentes Estados.⁴² Su cometido es el estudio y la revisión de las normas y la elaboración de propuestas, no vinculantes, de textos legales uniformes que pueden ser adoptadas por los respectivos Estados norteamericanos, habiendo elaborado más de doscientos cuerpos legales armonizados, entre las que destaca la *Uniform Arbitration Act* (UAA) de 1956, posteriormente modificada en el año 2000 (*Revised Uniform Arbitration Act*), sin duda, una de las leyes de mayor éxito de las elaboradas por la Conferencia.⁴³

Asimismo es destacable la existencia de numerosas instituciones privadas dedicadas al arbitraje entre las que destaca la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), que dispone de reglamentos de actuación (*American Arbitration Association's Commercial Arbitration Rules*), y la Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos ⁴⁴/Centro Internacional para la Resolución de Disputas.

1.2. Australia y Nueva Zelanda

Siguiendo con la tradición jurídica del *Common Law*, comentaremos la situación de los ADR en Australia y Nueva Zelanda. Ambos países tienen un sistema legal que mezcla elementos del Reino Unido y de Estados Unidos.

⁴¹ Ley Federal de Arbitraje puede consultarse en <http://www.sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf> . Cabe señalar que la primera Ley Estatal de arbitraje fue aprobada en el Estado de Nueva York en 1920.

⁴² *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCSUL), es un prestigioso organismo de naturaleza privada sin fines de lucro creado en 1892 y compuesto por más de 300 abogados, expertos juristas y académicos de todos los Estados de Norteamérica. Sus miembros, denominados «Comisionados», son nombrados temporalmente y carecen de remuneración. Véase IZAGUIRRE ARTAZA, J.: “El arbitraje y la mediación en EEUU...”, *op. cit.* pp.8.

⁴³ Puede consultarse en <http://www.uniformlaws.org/> [Fecha de consulta: 11/01/2017].

Las primeras manifestaciones de mediación y de métodos alternativos de resolución de conflictos en Australia y Nueva Zelanda se remontan a los años setenta y ochenta, aunque ya había sido instaurada en las comunidades indígenas de ambos países. En la actualidad, la mediación se desarrolla en los ámbitos materiales más diversos y está muy bien aceptada socialmente.⁴⁵ Su regulación jurídica es poco intervencionista, y destaca el respeto al principio de confidencialidad, que configuran como un deber particularmente importante cuando la mediación es impulsada desde la propia Administración de Justicia. En estos supuestos el mediador designado debe mantener un estricto secreto en relación al modo en que se ha desarrollado la mediación y la única información que puede proporcionar al tribunal se limita a los estrictos términos del acuerdo.

La mediación se lleva a cabo de maneras muy diversas distinguiendo entre mediación facilitativa y mediación evaluativa, dos modalidades que conviven junto a la conciliación. La distinción entre los tres modelos, sin embargo no siempre resulta nítida, diferenciándose según la intensidad con la que intervenga el tercero neutral. En este sentido, cuanto más intervencionista es su actividad, más se acerca a la conciliación.

En Australia las formulas híbridas de resolución de conflictos son una práctica habitual, al igual que aquellas en las que el tercero neutral puede asumir otros roles en un mismo asunto, esto es, que actúe con diferentes funciones de mediador, conciliador, e incluso de árbitro, sin que ello genere problemas prácticos o éticos.

Se permite la mediación intrajudicial en la que, iniciado el proceso, los jueces puedan invitar u obligar a las partes a iniciar una mediación, que se materializará fuera del proceso judicial. En algunos Estados del sur de Australia, como Victoria y Nueva Gales del Sur, los tribunales se encuentran facultados para remitir a las partes obligatoriamente a mediación, con o sin su consentimiento.⁴⁶ El mediador es nombrado por las partes y únicamente en defecto de acuerdo entre ellas, el juez procederá a su nombramiento. Finalizada la mediación, el mediador comunica el resultado de la misma al juez, preservando la confidencialidad de todo el procedimiento.

⁴⁴ *International Center for Dispute Resolution (ICDR)*. Puede consultarse en <https://www.icdr.org> [Fecha de consulta: 08/02/2017].

⁴⁵ VILALTA NICUESA, A.E.: "El Marco Jurídico: Derecho Comparado" en *Libro Blanco de la Mediación...* *op.cit.* pp, 138.

⁴⁶ CARRETERO MORALES, E.: *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Madrid, Dyckinson, 2016. pp. 355.

La mediación es difundida tanto en el ámbito privado,⁴⁷ como en el público, a través de numerosas agencias e instituciones gubernamentales, entre las que cabe citar la *National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC) con funciones consultivas y asesoras al servicio del Gobierno australiano.

1.3. Asia

Los sistemas jurídicos de los países asiáticos se adscriben formalmente a la tradición jurídica del *Common Law*, aunque también los hay que responden a la tradición del derecho continental o *Civil Law*, como Japón.⁴⁸ Este es el motivo por el que se incluye aquí su referencia. Conviene dedicar unas líneas al estudio de los mismos, no solo por su tradicional trayectoria cultural, sino porque concretamente, en algunos países como China y Japón, la negociación, la mediación, el arbitraje y, en general las modalidades extrajudiciales son caminos previos necesarios antes de acudir a los tribunales en materia de disputas civiles y mercantiles.⁴⁹

Por lo general, en los países asiáticos las modalidades extrajudiciales gozan de gran aceptación social. Representan un modo de evitar la confrontación y acceder a la justicia a un coste inferior al proceso judicial y los sistemas adversariales. Hay que considerar que la tradición cultural asiática, en general, se centra en los deberes del individuo, fomentando la cohesión y despreciando la litigiosidad.⁵⁰ Siguiendo esta línea, los gobiernos han fomentado sistemas que promuevan la negociación afín de que el último recurso sea acudir a un tribunal.

⁴⁷ Entre otros cabe citar *The Institute of Arbitrators and Mediators Australia*, dispone de Reglamentos de actuación en materia de mediación commercial y arbitraje puede consultarse en <http://www.iama.org.au/>. *The Australian Centre for International Commercial Arbitration* (ACICA), asociación independiente sin ánimo de lucro, encargada de desarrollar y promocionar los ADR con especial indicación del arbitraje y mediación. Puede consultarse en <https://acica.org.au/> [Fecha de consulta: 08/02/2017].

⁴⁸ VILALTA NICUESA, A.E.: "El Marco Jurídico: Derecho Comparado" en *Libro Blanco de la Mediación...op.cit.*, pp. 139.

⁴⁹ Vid. "Dispute Resolution Process in China", *Institute of Law Chinese Academy of Social Science Beijing, Asian Law Series* núm. 15, 2002, pp. 39.

<http://www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Als/15.html> [Fecha de consulta: 15/06/2014].

⁵⁰ VILALTA NICUESA, A.E.: "El Marco Jurídico: Derecho Comparado" en *Libro Blanco de la Mediación...op.cit.* pp, 141. En este sentido ha contribuido eficazmente la doctrina de Confucio, según la cual los individuos deben procurar no llegar al enfrentamiento. Como las exigencias morales son más estrictas que las legales, aquellos que siguen las exigencias morales son superiores a los que se limitan a cumplir sólo con las legales. En la medida que las personas aspiren a devenir superiores, la sociedad en su conjunto mejorará en términos de armonía y paz. La recepción de esta doctrina en Japón y otros países del continente asiático ha propiciado que, secularmente, el modo de gestión y resolución de los conflictos en estas culturas estuviera fundamentado en la negociación, en la conciliación y en la mediación.

En la tradición oriental, la negociación directa entre las partes es la forma más extendida de resolución de los conflictos ya que culturalmente está muy enraizada la idea de no destruir las relaciones interpersonales y profesionales. Frente a ello, existe escasa confianza en el derecho como instrumento para asegurar el orden social, representando las leyes, más que normas imperativas, un modelo de conducta.⁵¹ En China la mediación, tras la negociación, es la modalidad con mayor implantación,⁵² aunque es necesario matizar que tanto en este país como en Japón la delimitación entre la mediación y la conciliación no es muy clara, siendo más cercana al concepto occidental de conciliación y, en ocasiones, utilizándose ambos términos de manera indiferenciada.⁵³ Es interesante igualmente destacar que la intervención del mediador en estos países es muy activa, pudiendo cambiar de mero facilitador a consejero, situación en la que puede recomendar a las partes la adopción de determinadas soluciones,⁵⁴ incluso si las partes no consiguen alcanzar un acuerdo puede ejercer el papel de árbitro, sin que ello genere problemas éticos.⁵⁵

⁵¹ La mediación en China presenta dos variantes: mediación vinculante, realizada ante un tribunal o corte de arbitraje en el marco de un procedimiento judicial o arbitral, y mediación no vinculante, llevada a cabo ante cualquier persona física o jurídica que actúe como mediador. Para mayor información relativa a la resolución de conflictos extrajudiciales en China, consúltese TORRES SALAZAR, M.: “Mecanismos de resolución de conflictos comerciales internacionales”, *Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico*, disponible en www.iberiasia.org. [Fecha de consulta: 12/05/2017].

⁵² Según las estadísticas que maneja Shao Zongwei, en “*Mediators Face new challenge*” en *China Daily*, de 28 de mayo, 1999, los mediadores en China resuelven 5.3 veces el volumen de conflictos que se ventilan en los tribunales. Uno de los problemas que plantea acudir a la jurisdicción en China es el alto coste en términos económicos y sociales –rechazo social– y la corrupción judicial. *Vid.* “Dispute Resolution Process in China”, *op.cit.* pp.45.

⁵³ El término “mediación” es el más extendido.

⁵⁴ En Japón la mediación, «*chotei*», se lleva a cabo por terceros neutrales que pueden llevar a cabo recomendaciones, pueden sugerir y el límite se sitúa en el hecho de que no pueden decidir por las partes. El procedimiento «*chotei*» está dirigido por un comité compuesto por un juez y dos civiles, empleados de la Corte suprema elegidos entre personas de 40 a 69 años de edad y con conocimientos generales amplios, con frecuencia abogados. Cuando las partes alcanzan un acuerdo, se documenta en un acta que adquiere el mismo valor de una sentencia. El comité puede, si las partes no alcanzan un acuerdo, emitir una recomendación. La conciliación en cambio, en Japón, es un contrato (el equivalente para nosotros a una transacción) que alcanzan las partes por sí mismas, sin intervención de tercero. VILALTA NICUESA, A.E.: “El Marco Jurídico: Derecho Comparado” en *Libro Blanco de la Mediación...op.cit.* pp, 139. Igualmente vease para mayor comprensión sobre el sistema *Court annexed Conciliation* en Japón como ADR típica de este país, lo comentado por KAWANO K. “Capítulo IX. Court annexed conciliation en Japón desde una perspectiva de las ADR,” en *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, (Ed. BARONA VILAR, S), Estudios sobre arbitraje, Navarra, Thomson Reuters, 2016, pp.220-225.

⁵⁵ En China esta cuestión se permite sin problemas por el Reglamento de la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (CIETAC) -*China International Economic and Trade Arbitration Commission*- Disponible <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2715&l=en> [Fecha de consulta: 05/08/2015].

En todo caso, la mediación se mantiene como una modalidad consensuada, siendo crucial la voluntad de las partes. No es impuesta por los tribunales excepto en algunos países y para la resolución de materias muy específicas (por ejemplo, en Japón, donde la mediación es obligatoria en materia familiar y en materia de arrendamientos).⁵⁶

Es destacable que en algunos países como Malasia, pese a conocerse la mediación, su uso no está muy extendido, precisamente porque la tradición social es la negociación sin que sea necesario la existencia de un tercero que les asista. Lo mismo ocurre en Indonesia, país con un índice de litigiosidad relativamente escaso a causa de una ideología institucionalizada que apela al consenso, al diálogo y rechaza enérgicamente la confrontación (Pancasila).⁵⁷

A nivel de cada país podemos concretar la siguiente legislación:

- ❑ En Japón⁵⁸ se regula la mediación en el ámbito civil (*Civil Conciliation Act* de 1951), en familia (*Law for the Determination of Family Affairs*), en materia laboral (*The Labour Union Law* de 1949 y *The labour Relations Adjustment Law* de 1946), en conflictos medioambientales (*The Pollution Dispute Settlement Law*) y en derecho de la construcción (*The construction business Law* de 1949).
- ❑ En Indonesia, la Ley núm. 30/1999, de Arbitraje, exige que el tribunal en primer lugar intente que las partes alcancen un acuerdo amistoso. Regula también la mediación.
- ❑ En Sri Lanka, por ejemplo, la Ley de Arbitraje, que fue modificada en el 1995, acoge la mediación previa.

Asimismo cabe citar como instituciones relevantes las siguientes:

⁵⁶ En China, desde junio de 2008, se vienen realizando programas de mediación obligatoria en los tribunales de distintas provincias y ciudades de Guangdong, Fujian, Yunnan, Hebei, Gansu, Chongqing y Shanghai. CARRETERO MORALES, E.: *La mediación civil y mercantil...op.cit.*, pp.355.

⁵⁷ Base ideológica y doctrina oficial del Estado indonesio desde 1945, centrada en la creencia en un Dios supremo, en el humanitarismo, en el nacionalismo expresado en la unidad de Indonesia, en la democracia consultiva y en la justicia social. Utilizada por el Presidente Sukarno (1945) para unificar las diferentes culturas de Indonesia. Implica “la unidad en la diversidad”. Véase para una información más detallada MONTORBIO, M.: “Indonesia: Construcción nacional y gobernanza democrática”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 89-90, pp. 167-195, 2010, www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/download/191571/257480

⁵⁸ En relación con los conflictos comerciales, puede consultarse *Japan Commercial Arbitration Association (JCAA)* <http://www.jcaa.or.jp/e/index.html> [Fecha de consulta: 15/05/2017].

- ❑ En China la Comisión Internacional de Arbitraje económico internacional, *The China International Economic and trade Arbitration Commission* (CIETAC),⁵⁹ posibilitan arbitrajes precedidos de intentos de mediación.
- ❑ En Hong Kong, la actividad del Centro de Arbitraje internacional (*Hong Kong International Arbitration Centre*)⁶⁰ y, en la actualidad, a nivel institucional, el *Hong Kong Mediation Council*.⁶¹
- ❑ En Malasia, *Bar Council, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRC) quien ha impulsado mayormente el uso de esta modalidad.⁶²
- ❑ En Indonesia es destacable la actividad de mediación y arbitraje de *Badan Arbitrase Nasional Indonesia* (BANI).⁶³

2. Latinoamérica

Los métodos alternativos de resolución de conflictos en Latinoamérica, pese a la práctica de los sistemas español y portugués que responden a la tradición jurídica continental, han sido bastantes proclives a la implantación de estos mecanismos. En algunas legislaciones se configuran como paso previo necesario al juicio, de modo similar a la conciliación judicial. Tanto el arbitraje como la mediación y la conciliación son muy utilizados en el ámbito de los conflictos comerciales. Los sistemas procesales de algunos países, como Chile o Argentina,⁶⁴ prevén que iniciado el proceso judicial, el juez pueda derivar a las partes a mediación.

En los países latinoamericanos se produce un fenómeno peculiar. Los términos mediación y conciliación se utilizan frecuentemente de modo indiferenciado, lo que produce cierta confusión,

⁵⁹ Puede consultarse en <http://www.cietac.org.cn>

⁶⁰ Puede consultarse en <http://www.hkiac.org>

⁶¹ Puede consultarse en <http://hkiac.org/mediation/what-is-mediation/hong-kong-mediation-council>

⁶² Puede consultarse en <http://klrca.org/>

⁶³ Puede consultarse en <http://www.baniarbitration.org/ina/procedures.php>

⁶⁴ En Argentina la mediación con carácter obligatorio esta instaurada en algunas provincias. La Ley 13951 de la provincia de Buenos Aires, publicada en el B.O. de 10 de febrero de 2009, en su art. 2 establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, con algunas exclusiones (artículo 4), que afectan a acciones de separación personal y divorcio, nulidad del matrimonio, filiación y patria potestad, alimentos guardas y adopciones, juicios sucesorios y voluntarios, concursos preventivos y quiebras. En los procesos de ejecución y en los juicios seguidos por desahucios, la mediación previa obligatoria será optativa para el reclamante (artículo 5). *Vid.* BENVENUTO VIGNOLA, L.D. “La mediación civil y comercial obligatoria”, disponible en: <http://prensamarplatense/2012/05/20/la-mediacion-civil-y-comercial-obligatoria>.

siendo habitual que se utilice el término conciliación para referirse realmente a mediación (Colombia, Bolivia, Chile, Argentina) o a la inversa. La confusión terminológica provoca que haya que determinar en cuál de las dos modalidades nos encontramos para lo que es absolutamente necesario clarificar el papel desempeñado por el tercero neutral y su nivel de intervención.

Cada Estado ha legislado con sus peculiaridades en relación con el procedimiento y la eficacia del acuerdo de mediación. En la mayoría de ellos el acuerdo tiene carácter ejecutivo. Respecto a los ámbitos de aplicación, se extiende a cualquier materia de carácter dispositivo para las partes, aunque mayoritariamente es utilizada en los conflictos de índole familiar y en las disputas de carácter comercial.

En la promoción tanto del arbitraje como de la mediación, las Cámaras de Comercio de estos países han sido muy activas y han tomado numerosas iniciativas. Multitud de centros de arbitraje y mediación están adscritos a las mismas, con estatutos y reglamentos de actuación.⁶⁵

3. Europa

Prácticamente todos los países del continente europeo pertenecen a la tradición jurídica continental o de *Civil Law*.⁶⁶ Estos sistemas jurídicos se han articulado en base a cuerpos legales y normas codificadas, centralizando la potestad de los órganos jurisdiccionales como garantes de la resolución de conflictos.

Sin embargo, precisamente uno de los motivos que en Europa ha despertado el interés por los métodos alternativos a la jurisdicción, y en particular la mediación, ha sido la escasez de recursos de las administraciones de justicia estatales y el colapso y agotamiento de un sistema que no alcanza a dar respuesta satisfactoria al creciente aumento de litigios.

⁶⁵ A título enunciativo destacar las siguientes instituciones: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), disponible en <http://www.camaralima.org.pe>; Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, disponible en <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/>; El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA) disponible en <http://camara-comercio.com/sobre-el-cca>; El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia (CAC) disponible en <http://www.arbitraje.bo/index.php?mc=19>. [Fecha de consulta: 13/01/2017].

⁶⁶ Con importantes excepciones. Por citar algunas esenciales: Reino Unido e Irlanda (pertenecientes al *Common Law*); Países escandinavos (con tradición jurídica mixta) o Rusia (adscrita formalmente al *Civil Law*, pero con influencias americanas de *Common Law*). VILALTA NICUESA, A.E.: "El Marco Jurídico, Derecho comparado" en *Libro Blanco de la Mediación...*"*op.cit.* pp 144.

Frente a lo anterior, en la mayoría de los países de tradición *Common Law* existe una percepción positiva del funcionamiento de la justicia, frente a la opinión negativa mayoritaria en los Estados denominados de *Civil Law*. La codificación de las normas en la Europa continental anteriormente reseñada, no ha sido esencialmente eficiente en incorporar mecanismos de resolución de controversias diferentes.⁶⁷

En los países anglosajones, por contra, las técnicas de negociación y la resolución de los conflictos mediante acuerdos entre las partes implicadas forma parte de la cultura jurídica existente. Esto significa que tradicionalmente han prevalecido más fórmulas de resolución alternativa que en los países del continente.⁶⁸ Así, y como comentaremos en el siguiente Capítulo, junto a los más tradicionales -arbitraje, mediación y conciliación-, existen otros mecanismos tales como *Neutral Evaluation*, *Adjudication*-muy empleada en cuestiones de complejidad técnica-, peritaje técnico internacional, y la combinación de algunos de ellos -MEDARB- y en menor medida, ARB-MED.

En cualquier caso, en Europa se entiende por mediación un mecanismo voluntario y extrajudicial a través del cual las partes intentan alcanzar, por sí mismas pero con la asistencia de un tercero neutral, un acuerdo que resuelva el conflicto. Esta es la idea que se desprende de la mayor parte de las definiciones plasmadas en leyes, reglamentos de actuación, y códigos deontológicos de instituciones dedicadas a la mediación.

Como desarrollaremos con posterioridad, existe bastante uniformidad en el ámbito de los países de la Unión Europea. No obstante, algunos Estados han establecido la mediación como un requisito de procedibilidad de los procesos judiciales. Su ámbito de aplicación se extiende a todos los ámbitos sociales y a las materias de libre disposición.

⁶⁷ ORTUÑO MUÑOZ, P: “Panorama de los medios alternativos...”, *op.cit.* 40. [Fecha de consulta: 28/02/2017] Estudios realizados sobre la eficacia de la Justicia, en evaluaciones de UNODOC y CEPEJ. Indican que países nórdicos europeos y Reino Unido evalúan mejor la eficacia de la justicia que los países de tradición continental europea – Italia, Francia y España- cuya opinión es más desfavorable.

⁶⁸ SOLETO MUÑOZ, H.: “Capítulo 12. La mediación en la Unión Europea”, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, SOLETO MUÑOZ, H. Y OTERO PARGA, M. (coords.) Madrid, Tecnos, 2007, Universidad Carlos III de Madrid, Repositorio institucional e-Archivo, 2007, pp.185-203.

http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10215/mediacion_soleto_2007.pdf?sequence=1.

3.1. Antecedentes en la UE. Contexto jurídico de la mediación transfronteriza

Desde larga data, la figura de la mediación como mecanismo de arreglo pacífico de las controversias ha sido utilizada en la esfera internacional, siendo mencionada en instrumentos internacionales de relevancia – sirva como ejemplo, el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas⁶⁹ o el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores -.⁷⁰

Por su parte, en la Unión Europea se ha establecido como prioritario el establecimiento de un Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia en el que los ciudadanos tengan garantizado el acceso a la justicia, entendiéndose en este sentido, tanto el acceso a los métodos judiciales de resolución de conflictos como los extrajudiciales.

Así, el interés promovido en Europa y la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica a esta técnica, fue una de las razones básicas de la promulgación de la Directiva 2008/52/CE. Resultaba evidente que dada la intensificación del tráfico jurídico entre empresas y particulares domiciliados en los EEMM y a causa de la ralentización de las instituciones judiciales por el número de causas pendientes, eran necesarias fórmulas que garantizaran procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos. En multitud de ocasiones este tipo de controversias

⁶⁹ El artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas dispone «Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios». La Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Puede consultarse en:

<http://www.un.org/es/sections/un-charter/introductory-note/index.html>

[Fecha de consulta: 15/12/2016].

⁷⁰ Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Se trata de un tratado multilateral cuyo objetivo es la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. El Convenio de la Haya contiene una mención a la mediación de forma implícita al afirmar en su artículo 7: «Las autoridades centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y en el punto c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable». De igual modo el artículo 10 del Convenio expone que «La Autoridad central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor.» Existe una Guía de Buenas Prácticas de Mediación en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Oficina Permanente, 2012. Puede consultarse en http://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf [Fecha de consulta: 10/12/2016].

pueden ser conducidas de un modo simplificado y directo que evite dilaciones innecesarias y prolonguen indebidamente las posibles soluciones.

Sin embargo la Directiva 2008/52/CE no llegó sin más. Un cumulo de iniciativas, estudios, decisiones y recomendaciones fueron sus antecedentes más inmediatos. Conviene referirse a algunos de ellos.

La primera recomendación o sugerencia a la utilización de los *Alternative Dispute Resolution* fue la Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia.⁷¹ El Consejo de Estado alentaba a los EEMM a adoptar medidas para mejorar el acceso a la justicia consciente de la lentitud, complejidad y coste económico del proceso judicial, con el objetivo de facilitar a las partes en conflicto la participación en mecanismos de solución de disputas, tanto con carácter previo al procedimiento judicial, o durante el mismo y en el que ya se hace referencia expresa a la conciliación.

Seguidamente y con igual objetivo de mejorar el acceso a la justicia, la Recomendación nº 12/1986, del Comité de Ministros a los EEMM, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia,⁷² proponía nuevamente a los Estados incentivar el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, mencionando la conciliación, y con referencias literales a la mediación y al arbitraje para los conflictos civiles y comerciales.

En 1994, se crea fruto de la iniciativa privada para la resolución de conflictos, la *European Network for Dispute Resolution* o Red Europea de Arbitraje y de Mediación (en adelante REAM),

⁷¹ Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia, adoptada por el Comité de Ministros, el 14 de mayo de 1981.

⁷² Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, adoptada por el Comité de Ministros, el 16 de septiembre de 1986. En ella se invita a los Gobiernos de los Estados miembros a cumplir diferentes objetivos: «I. Promover, en el caso en que sea oportuno, la solución amistosa de los conflictos, sea ante el orden judicial, como anterior al proceso o durante el proceso judicial; II. Prever, para asuntos de pequeña importancia o para ciertas materias concretas, los órganos que, fuera del sistema judicial, estarían a disposición de las partes para solucionar sus conflictos; III. Adoptar las disposiciones que sean más apropiadas para que, en los casos en que se solicite, el arbitraje constituya una alternativa más accesible y más eficaz respecto de la acción judicial».

una red de centros de arbitraje y mediación mercantil ⁷³ que se establecieron en España, Francia, Reino Unido e Italia, bajo la forma de una agrupación europea de interés económico (AEIE).

Continuando con estas iniciativas, el Consejo Europeo de Viena de 1998 supone una proclamación formal en relación a la necesidad de promover en la Unión Europea los medios alternativos de resolución de conflictos transfronterizos. Tras esa reunión se aprueba el Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al establecimiento de un Espacio de libertad, seguridad y justicia planteando la necesidad y la «posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de conflictos, especialmente para los conflictos familiares transnacionales, entre los que ya se destaca la mediación».⁷⁴

Con el ánimo de alcanzar cierta uniformidad y homogeneidad en el tratamiento de la mediación comienzan a realizarse recomendaciones varias en el seno del Consejo de Europa. La diversidad legislativa en torno a la mediación era palpable en los Estados de la Unión, e inclusive, en algunos de ellos, se carecía absolutamente de normas al respecto.

La Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la mediación familiar, establece el objetivo de instaurar unos principios comunes que sirvieran de base al desarrollo individual en cada Estado.⁷⁵ Esta Recomendación implica una invitación a todos los EEMM al análisis de la posible implantación de mecanismos de mediación en asuntos que presenten un elemento de internacionalidad, en especial en cuestiones de menores relativas a

⁷³ "European Network for Dispute Resolution" (ENDR/REAM). La REAM, en sus comienzos disfrutó de un apoyo financiero comunitario administrado por la Comisión Europea, (por la Dirección General XXIII "Pequeña y mediana empresa"). La REAM estableció una red internacional para facilitar el Euroarbitraje, con el ánimo de proporcionar un medio para la resolución de disputas entre pequeñas y medianas empresas de diferentes países. Podía ser utilizado en el supuesto de no haberse alcanzado por las partes un acuerdo en una Euromediación. El procedimiento, muy rápido, constaba de dos etapas. La primera de ellas referida al intercambio de escritos, relato de los hechos y argumentos de las partes y el nombramiento del árbitro. La segunda fase abarcaba la vista oral y el pronunciamiento del laudo. Se establecía un plazo de 60 días, a contar desde la fecha de nombramiento del árbitro, para dictar el laudo -definitivo, vinculante y con carácter de título ejecutivo-. Los costes totales se establecieron en 2.000 euros, incluyendo los honorarios del árbitro. El Reglamento de actuación, puede consultarse en:

http://images1.pie.camcom.it/f/ADR/Arbitrato/10/10803_UCCP2_9112010.pdf

[Fecha de consulta: 28/12/2016]

⁷⁴ Plan de Acción sobre las disposiciones óptimas de aplicación de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas al establecimiento de un Espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE C 19, de 23 de enero de 1999. Véase el apartado 41b del Plan de acción.

⁷⁵ Aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998. Se pretendía lograr cierta uniformidad en la regulación de la mediación.

guardia y derechos de visita en los supuestos en que los progenitores residen, o existen posibilidades de que residan en el futuro, en distintos Estados de la Unión. De este modo, la mediación internacional es impulsada como un proceso muy recomendable y adecuado para permitiría a los padres tanto la organización como la posible reorganización de sus derechos de visita y negociar las distintas discrepancias debidas a las decisiones adoptadas sobre estas cuestiones. Dado el carácter internacional de la Recomendación, se declara igualmente que los principios que recoge serian igualmente aplicables a la mediación internacional.⁷⁶

En 1999 se celebra el Consejo Europeo de Tampere, entre cuyas conclusiones se encuentra la creación de un Espacio Europeo de justicia, recomendándose la instauración de procedimientos extrajudiciales alternativos de resolución de controversias en asuntos civiles y mercantiles.⁷⁷ A partir de las conclusiones adoptadas en este Consejo y del Plan de Acción de Viena de 1998, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia de Derecho civil y mercantil - con expresa exclusión del arbitraje - , en el que pudiera analizarse la situación existente y se iniciara una amplia consulta con el fin de adoptar medidas concretas. Se consideraba prioritario establecer principios fundamentales que ofrecieran garantías para que la solución de los conflictos, por instancias extrajudiciales, adquiriese un alto nivel de seguridad.

En el año 2002, el Consejo de Europa aprobó la Recomendación nº 10/2002 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación en asuntos civiles, en la que se aconseja facilitar la mediación en materia civil siempre que proceda y adoptar o reforzar las medidas que consideren necesarias para la aplicación progresiva de los «Principios rectores de la mediación en materia civil», y en la que aparece por primera vez definida la mediación, su ámbito de aplicación, y la figura del mediador.

⁷⁶ Refiriéndonos igualmente a la regulación de la mediación en distintos órdenes, El Consejo de Europa adoptó la Recomendación nº 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en cuestiones penales. Aunque algunos Estados europeos ya habían experimentado y regulado la mediación penal, esta Recomendación animaba a la utilización y regulación legal de la mediación penal en aquellos otros países, que aún no la habían puesto en marcha. Con tal fin, aunque este documento advierte que debe ser cada ordenamiento jurídico el que establezca las debidas garantías legales a la mediación, dispone una serie de directrices que deben regir su funcionamiento. Dos años más tarde, el Consejo de Europa aprobó la Recomendación nº 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares.

⁷⁷ Conclusiones de la Presidencia. Conclusión V referida a un mejor acceso de la justicia en Europa. Se afirma que, «Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos» (...). disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm. Véase la Conclusión 30 referida a la mejora del funcionamiento de los sistemas judiciales de los EEMM, disponible en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm [Fecha de consulta: 18/12/2016].

En abril de 2002 la Comisión publica un documento de debate, denominado «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil»⁷⁸ con el objetivo de recapitular la situación y realizar amplias consultas públicas de los interesados sobre cuestiones jurídicas planteadas en torno a las modalidades de *Alternative Dispute Resolution* en el ámbito civil y mercantil.

3.2. Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil

El Libro Verde efectuó una amplia consulta a distintos expertos, instituciones, y personas interesadas en la problemática jurídica que se planteaba respecto a las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho privado, con el fin de conseguir información para posteriormente proceder a regular su desarrollo en el territorio de la Unión.

En consecuencia, reveló las distintas motivaciones que suscitaban los ADR. En primer lugar desveló la consideración de que su práctica implicaba un mejor acceso a la justicia, y que los distintos Estados miembros habían comenzado a trabajar en ellos legislativamente. Y finalmente, el Libro exteriorizó la prioridad política que suponía su promoción para las instituciones europeas, favoreciendo en la medida de lo posible un entorno adecuado para que pudiera desarrollarse y esforzándose por garantizar su calidad. Se insistió en esta prioridad política incluso en el ámbito de la sociedad de la información, reconociendo la importancia de los denominados "ODR"-*Online Dispute Resolution*-, esto es, los mecanismos en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet.⁷⁹

Este documento consolidó el término "*Alternative Dispute Resolution*" -y su acrónimo ADR- estableciéndolo como una «modalidad alternativa de solución de conflictos que designa los

⁷⁸ El Libro Verde, que se inscribió en el marco de los trabajos en curso en la Comunidad Europea con el fin de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, y de garantizar un mejor acceso a la justicia. Planteaba veintiuna cuestiones referidas a los elementos determinantes de los distintos métodos alternativos de solución de conflictos, tales como la cuestión de las cláusulas de recurso a estos procesos, el problema de los plazos de prescripción, la exigencia de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos resultantes de estos procesos, la formación de terceros, su acreditación y su régimen de responsabilidad.

⁷⁹ El Libro Verde manifiesta que «Las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro. A escala comunitaria se han desplegado esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, especialmente en el ámbito de la sociedad de la información, con miras a incrementar la confianza del consumidor y de la pequeña y mediana empresa en el comercio electrónico».

procedimientos extrajudiciales aplicados por un tercero imparcial», de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido.⁸⁰ Respecto al ámbito material, solo se pronuncia en relación a los ADR en el ámbito del derecho civil y mercantil, incluido el derecho laboral y el relacionado con los consumidores.⁸¹

Hay que destacar la distinción realizada entre los mecanismos extrajudiciales que pueden ser aplicados por un juez o confiados por éste a un tercero, a los que denomina «ADR en el marco de procedimientos judiciales» y aquellos a los que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial, definiéndolas como «ADR convencionales».⁸² Es decir, distingue entre mecanismos intra y extrajudiciales. Igualmente, y en el marco de las denominadas ADR convencionales diferencia entre aquellos mecanismos en los que el tercero puede adoptar una decisión que sea vinculante para las partes,⁸³ o por el contrario el tercero puede emitir una mera recomendación, en cuyo caso las partes serán libres de aplicarla o no,⁸⁴ y finalmente supuestos en los que el tercero no se pronunciará formalmente en relación a la posible solución del litigio, siendo su misión ayudar a las partes a que encuentren un acuerdo.

En definitiva, conviene destacar que el Libro Verde para explicar el desarrollo de estos mecanismos de resolución de conflictos, alegó motivos tanto prácticos como coyunturales. Así manifestó su papel contributivo para minorizar las dificultades estatales de acceso a la justicia,

⁸⁰ El Libro Verde ofrece una definición del arbitraje como un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas, en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral o laudo, es sustituir a la decisión de justicia. Recordemos que la reglamentación internacional del arbitraje se encuentra fundamentalmente en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Nueva York, 1958), «BOE» núm. 164, de 11 de julio de 1977, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, y por el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, «BOE» núm. 238, de 4 de octubre de 1975. En cualquier caso, consideramos que el arbitraje debe incluirse en el estudio de los ADR porque pese a ser un método heterocompositivo, continúa siendo un mecanismo de resolución de conflictos extrajudicial, alejado del litigio y alternativo a los tribunales, aunque necesite de la intervención judicial en algunos supuestos.

⁸¹ El Libro Verde excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relacionadas con los derechos no negociables y que interfieren con el orden público, como ciertas disposiciones del derecho de las personas y de familia, derecho de la competencia y derechos relacionados con los consumidores.

⁸² Estos dos tipos de ADR dieron lugar a la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, DO L 115 de 17 de abril de 1998, pág. 31. Dicha Recomendación se refiere también al arbitraje en materia de consumo, ámbito excluido del Libro Verde.

⁸³ Caso de los "Ombudsman" de los clientes establecidos por algunos sectores profesionales como bancos y compañías de seguros. Las decisiones de estos "Ombudsman" se imponen a las empresas adheridas al sistema.

⁸⁴ Referido al "Consumer Complaint Boards" típico de los países escandinavos.

motivadas por el carácter técnico y complejo de los textos legislativos, y la multiplicidad, duración y coste de los litigios ante los tribunales, trayendo a colación el papel complementario que pueden desempeñar por su adaptabilidad a las circunstancias específicas de cada disputa, permitiendo el dialogo entre las partes, y asumiendo una responsabilidad personal.

3.3. Directiva 200/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Como consecuencia de lo anterior, se promulgó la Directiva 2008/52/CE, estableciendo las directrices de base que debían ser traspuestas por los diferentes Estados en sus respectivas legislaciones. La misma venia exclusivamente referida a litigios transfronterizos de carácter civil y mercantil,⁸⁵ en materias disponibles para las partes, siendo su pretensión un mejor acceso de los ciudadanos a la justicia, así como que todos los EEMM ⁸⁶ creasen mecanismos de control suficientes de los servicios de mediación, además de garantizar la flexibilidad del procedimiento y la autonomía de la voluntad de las partes y cuyo fin último perseguido se traduce en que éstas pudiesen alcanzar acuerdos ejecutables. Todo lo anterior, desde la más estricta confidencialidad que debe regir este tipo de procesos, y sin perjuicio de que los interesados, a falta de dichos acuerdos, pudieran acudir a la vía judicial o al arbitraje para defender sus respectivos intereses.

El preámbulo de la Directiva, incide en la idea de que la mediación puede ser una solución extrajudicial económica y rápida a los conflictos en asuntos civiles y mercantiles. De este modo, estableciendo procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, existen muchas probabilidades de que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos.⁸⁷

⁸⁵ La Directiva define los litigios transfronterizos como «aquellos en los que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que las partes acuerden hacer uso de la mediación, a tenor de la legislación nacional o sea propuesto a las partes por el propio órgano jurisdiccional».

⁸⁶ Recordemos que Dinamarca no está incluida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Artículo 1.3 y Considerando 30 de la Directiva 2008/52/CE. Reino Unido e Irlanda comunicaron su decisión de participar en la adopción y aplicación de este instrumento. Artículo 1.3 y Considerandos 29 y 30 de la Directiva 2008/52/CE.

⁸⁷ Preámbulo Directiva 2008/52/CE.

Su objetivo es aportar un marco armonizado en el territorio de la Unión, para facilitar el acceso de los ciudadanos a los ADR y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo su uso y asegurando que entre esta y el proceso judicial exista una relación equilibrada.⁸⁸

El núcleo central de su regulación se centra en la consecución de una normativa común para facilitar el acceso a la justicia, la utilización de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, la regulación de la confidencialidad, la ejecución de los acuerdos resultantes, el fomento de la elaboración de códigos de conducta profesionales y voluntarios, sin olvidar la aplicación de la Directiva 2008/52/CE a los litigios transfronterizos, aunque expone su potencial aplicación a las disputas internas.⁸⁹

No obstante, la Directiva 2008/52/CE deliberadamente⁹⁰ es un instrumento de mínimos ya que otorga un amplio margen de actuación a los Estados y permite que varias cuestiones importantes se regulen en cada Estado según los intereses de cada legislador nacional. Nos referimos entre otras, a la regulación del estatus del mediador, al propio procedimiento de mediación, duración, coste y a las garantías de imparcialidad y confidencialidad.

En este sentido Gonzalo Quiroga, considera que respecto a la norma, la vía del Reglamento hubiera sido más adecuada,⁹¹ ya que al aplicarse directamente, «eliminaría la incertidumbre del cuándo, cómo y el qué va a ser lo finalmente vigente en cada Estado miembro, dándonos una mayor seguridad a efectos transfronterizos de lo que va a ser efectivamente aplicado por los jueces

⁸⁸ Artículo 1 Directiva 2008/52/CE. Su ámbito de aplicación se extiende a los litigios transfronterizos en materias civiles y mercantiles, excluyendo las materias fiscales, aduaneras, administrativas y la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*actos iure imperii*).

⁸⁹ Considerando 8 de la Directiva 2008/52/CE. «Las disposiciones de la presente Directiva sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional».

⁹⁰ CALDERÓN CUADRADO, M^a P. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L.: “La mediación como alternativa a la jurisdicción. Directiva 2008/52/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” en *Derecho procesal civil europeo*, (dir. DE LA OLIVA SANTOS, A.) vol. II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 29.

⁹¹ Lo cierto es que la utilización de un Reglamento hubiera comportado indudables ventajas, por varios motivos: a) El Reglamento unifica plenamente las normas de DIPr. de los Estados miembros, y supone el abandono de la idea de una mera armonización de legislaciones nacionales, por lo que suprime completamente el problema de la “diversidad de legislaciones nacionales de DIPr.” b) El Reglamento potencia la seguridad jurídica internacional, permitiendo a los particulares invocar directamente las normas contenidas en tal Reglamento y obligando a los jueces estatales a aplicarlo de oficio. c) Puede ser interpretado directamente por el TJCE a través del “recurso prejudicial de interpretación” (arts. 234 y 68 TCE), lo que supone grandes ventajas. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. núm. 21. 2003. p.54 Disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/5710> .

y tribunales de los diversos Estados en materia de mediación»⁹² Lo cierto es, como analizaremos con posterioridad, que la aplicación de la Directiva 2008/52/CE ha sido bastante desigual en los Estados de la Unión.⁹³

Su ámbito de aplicación material queda circunscrito a materias civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. Además, se enumeran una serie de materias expresamente excluidas, que incluyen, en particular, los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*).⁹⁴ En lo que respecta a los conflictos laborales, algunos EEMM los contemplan explícitamente en las normas de transposición de la Directiva.⁹⁵

La referida Directiva establece disposiciones en relación a la formación de los mediadores con el objetivo de garantizar la calidad en la mediación. Igualmente faculta a los jueces para que inviten a las partes a este mecanismo cuando se den las circunstancias idóneas para que el conflicto sea resuelto por mediación.

Dispone que, si las partes lo solicitan, los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo, lo cual puede lograrse, por ejemplo, mediante la aprobación del acuerdo por un órgano jurisdiccional o su certificación por un notario público.

⁹² GONZALO QUIROGA, M.: “Situación actual del Marco Normativo de la Mediación en España”. En VV.AA. Estado del Arte de la Mediación, Aranzadi, Navarra, 2013. En este sentido véase igualmente DIAGO DIAGO, Mª P.: “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado” en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 270. y AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, disponible en Reei, 2013.

www.reei.org/index.php/revista/num25/.../Estudio_AZCARRAGA_Carmen.pdf.

⁹³ Italia, Francia, Portugal.

⁹⁴ Artículo 1 de la Directiva 2008/52/CE.

⁹⁵ Bulgaria, Chipre Francia (con respecto a los litigios transfronterizos), Croacia (excepto las controversias que puedan resultar con origen en una huelga), Portugal, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia. Otros Estados disponían de normas específicas para resolver los litigios entre empleadores y trabajadores, normas que siguen aplicándose pese a no estar comprendidas en la legislación nacional de transposición (Italia, Irlanda y España). En el Reino Unido (Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte) los litigios fiscales también están cubiertos por la legislación de mediación que transpone la Directiva (por ejemplo *The Rules of the Court of Judicature (Northern Ireland)* 1980). Vid. “Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report” ...*op.cit.*, pp. 46.

Garantiza que se respete la confidencialidad en el proceso de mediación, determinando la imposibilidad de obligar al mediador a prestar declaración ante un tribunal, sobre lo ocurrido durante la misma, en caso de un litigio futuro entre las mismas partes. Igualmente destaca que la mediación no imposibilita la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial en el supuesto de no hacerse alcanzado mutuamente un acuerdo.

Expuesto cuanto antecede, es necesario destacar el Informe de aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los tribunales,⁹⁶ sin perjuicio de que se trate con más detenimiento en Capítulos posteriores.

En 2011, este Informe del Parlamento realiza varias observaciones en cuanto a la forma en que los países de la Unión han ido trasponiendo la Directiva. Señala, por ejemplo, que algunos EEMM han optado por ir más allá de los requisitos básicos propuestos por la Directiva en dos ámbitos, a saber, los incentivos financieros para fomentar la participación en la mediación entre los que se encuentran el reembolso de las tasas o de las costas judiciales y los requisitos obligatorios para la mediación, que obedecen más a motivos de colapso general en los tribunales de algunos EEMM, siendo el motivo por el que recurren a la mediación como requisito procedimental. El informe concluye con una Propuesta de Resolución por el Parlamento Europeo en la que se apuesta resolutivamente por incluir la mediación como uno de los accesos a la Administración de Justicia.

La Unión Europea ya había advertido a los Estados de la posible infracción ante el incumplimiento del plazo marcado para la transposición de la Directiva 2008/52/CE, que venció el 21 de mayo de 2011.⁹⁷ Así, una vez concluido el plazo, en julio de 2011 la Comisión envió «cartas de emplazamiento» (*letters or formal notice*) a nueve países: España, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos, República Checa, Chipre, Finlandia, Eslovaquia y Reino Unido, si bien estos tres últimos comunicaron a la Comisión sus medidas nacionales para la transposición de la Directiva.

⁹⁶ Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI) y Propuesta de resolución. Disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0275+0+DOC+XML+V0//ES>

⁹⁷ Todos los Estados miembros notificaron a la Comisión las medidas de aplicación de la Directiva. Veintiún Estados miembros respetaron los plazos de transposición.

En España, esta situación justificó el recurso al Real Decreto-Ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho.⁹⁸

La transposición de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de cada Estado de la Unión, será detenidamente desarrollada en el Capítulo III.

4. La *Lex Mercatoria*

Afirma el Prof. López Ruiz, que «las leyes de cada Estado, por más potentes que éstos sean, hacen pensar en el rugido del ratón; son leyes que actúan sólo sobre un minúsculo fragmento del mercado que tiene dimensiones planetarias y sobre el cual no pueden incidir eficazmente».⁹⁹ Esta sociedad transnacional, surgida a consecuencia del espectacular crecimiento del comercio internacional en las últimas décadas, se caracteriza por las múltiples relaciones creadas entre operadores que pertenecen a distintos Estados. Esta sociedad, en opinión del Prof. López Ruiz, no tiene como base a los Estados sino que descansa en grupos sociales, individuos, u otras entidades dotadas de personalidad jurídica -normalmente privada-. Sin embargo, aunque su modo de operar es transfronterizo, su existencia sigue vinculada necesariamente a la existencia de Estados.¹⁰⁰

El término *Lex Mercatoria* es utilizado para identificar un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, y con un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, que constituye un grupo de reglas enfocadas a la regulación de las relaciones económico-privadas internacionales -en especial a los contratos internacionales-aplicándoseles de un modo directo y sustituyendo las disposiciones de los ordenamientos nacionales. En su

⁹⁸ En noviembre de 2011 y ante la ausencia de trasposición de la Directiva, la Comisión inicio actuaciones formales contra estos EEMM. “*Cross-border legal disputes: Commission takes action to ease access to justice*”. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1432_en.htm?locale=en [Fecha de consulta: 25/06/2016]. La utilización de la vía del Real Decreto Ley, prevista en el art. 86 de la Constitución Española, en base a la “extraordinaria y urgente necesidad”, ha sido cuestionada por algunos sectores que entienden que se ha imposibilitado un amplio debate de ambas Cámaras de un tema tan trascendente como la incorporación de la mediación. En este sentido *vid.* GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad* 2013, 50, núm. 1, 71-98. pp.74., Disponible en:

https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/La_mediacion_a_debate_en_Europa_Hacia_la.pdf

⁹⁹ LÓPEZ RUIZ, F.: “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *Lex Mercatoria*” *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, CEFD, 2010. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/196/250>

[Fecha de consulta: 03/01/2014].

elaboración no interviene poder legislativo alguno, siendo constituida por reglas uniformes que disciplinan las relaciones comerciales y financieras.¹⁰¹

Así, la *Lex Mercatoria* se configura como un “derecho” espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. El objetivo no es sino liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad de la que adolecen las legislaciones internas respecto al tráfico mercantil internacional. Se trata de un culto al principio de la autonomía de la voluntad y a la autorregulación en este sector.¹⁰²

Un ejemplo de ello lo encontramos en los usos comerciales, los contratos tipo, las condiciones generales de los contratos internacionales, o los principios generales del comercio internacional elaborados por las asociaciones profesionales y organismos internacionales,¹⁰³ siendo uno de los organismos más relevantes en la creación de reglas jurídicas la Cámara de Comercio Internacional de París (en adelante CCI).¹⁰⁴

¹⁰⁰ GUZMÁN ZAPATER, M. *Sociedad Internacional y Derecho Internacional Privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Ed. Colex, Madrid, 2006. pp.190 y ss.

¹⁰¹ Normas creadas por grandes empresas transnacionales, despachos de abogados y operadores privados internacionales.

¹⁰² En general, *vid.* MORENO, F.: “Lex mercatoria, Derecho de la globalización sin Estado”, 2008, Versión digital disponible en: <http://www.liberalismo.org>. [Fecha de consulta: 30/01/2017].

En este sentido FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales”, en *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior (dir. J.V. González García), Madrid, Iustel, 2009, pp. 112, afirma que «La Lex Mercatoria es un Derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales supraterritoriales.» Es decir, no se trata de un cuerpo legal tradicional similar a los sistemas jurídicos nacionales, sino un conjunto de normas que no derivan de un legislador único, basada en la autorregulación privada, y que ofrece respuestas a las necesidades de los operadores mercantiles.

¹⁰³ A este respecto, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010. Véase en general OVIEDO ALBAN, J.: “Los Principios Unidroit para los contratos internacionales”, *Revista Dikaion, Lo Justo*, núm. 11, 2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116043.pdf>. [Fecha de consulta 14/01/2017]. Recuérdese que el Preámbulo de los Principios Unidroit establece que «podrán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por expresiones tales como principios generales del derecho, lex mercatoria o semejantes».

¹⁰⁴ La CCI está formada por más de 7000 miembros de 130 países, donde conviven empresas y juristas altamente cualificados en las diversas ramas del comercio internacional. Afirma Fernández Rozas, «la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que éstos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC [...] para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y en otros organismos internacionales». *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales”, en *Derecho de la regulación...op.cit.* pp.115.

Pero ¿qué relación tiene la *Lex Mercatoria* con los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos?

Es evidente que en este sentido, y comentando la celeridad a la que se desarrolla el comercio internacional a la que anteriormente aludíamos y las necesidades de la sociedad, consecuentemente la presencia de normas obsoletas que no dan respuestas a las necesidades de tráfico e incluso la falta de regulación legal, no hace sino tener que recurrir a fórmulas tales como los principios, la jurisprudencia, o la costumbre mercantil.

Este desencanto por parte de la sociedad comercial internacional hacia los ordenamientos jurídicos nacionales, ha motivado, en parte, la expansión de la nueva *Lex Mercatoria*. Y la resolución de los conflictos no ha quedado al margen de esta tendencia, produciéndose una desconfianza en las jurisdicciones nacionales, excesivamente lentas y costosas e inclinándose hacia otras fórmulas más flexibles. Y en este sentido el arbitraje, como ADR, se ha consolidado como un mecanismo eficaz en el ámbito de los contratos internacionales.

La complejidad de los contratos internacionales implica que necesariamente deben incluir estipulaciones que contemplen circunstancias que no se manifiestan en los contratos nacionales. Estos problemas específicos pueden minimizarse, entre otros, mediante cartas de intenciones, preámbulos explicativos, compromisos de confidencialidad o determinadas cláusulas de fuerza mayor, *Hardship*, elección de ley aplicable y la cláusula de resolución de conflictos, bien órganos jurisdiccionales, o arbitraje o incluso cualquier combinación de ellos.¹⁰⁵

Pues bien, existiendo la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual internacional, y pudiendo las partes elaborar sus contratos siguiendo las pautas creadas por instituciones privadas que se encuentran fuera del ámbito estatal, conviene preguntarse si este mismo principio es trasladable a la resolución de los conflictos. Es evidente que las formulas privadas de resolución de conflictos fomentan la desjudicialización de las controversias, pero para evitar posibles abusos, requieren de cierta protección, tutela y seguridad jurídica.

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los Contratos Internacionales y el mito de la “Nueva Lex Mercatoria”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, 12: 01-20 vol. 1. 2015. Disponible en:

www.revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/661/619

[Fecha de consulta: 20/01/2017].

En el origen de los ADR se encuentra cierta insatisfacción producida en los operadores a causa de la lentitud de la justicia ordinaria, con innumerables procesos inundando los juzgados y desgastando a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, la *Lex Mercatoria* juega un relevante papel, ya que las partes en conflicto son libres de elegir una autoridad que finalice el conflicto una vez que se ha agotado la vía de negociación entre ellas. Este tercero, en el caso del arbitraje, puede solucionar la controversia bien en aplicación de unas concretas normas jurídicas o bien mediante la aplicación de usos y costumbres. Así, la inserción de cláusulas de sometimiento a arbitraje permite que los árbitros puedan resolver la controversia, no de acuerdo a un concreto ordenamiento jurídico nacional, sino conforme a equidad (*ex aequo et bono*) basados en los principios generales de derecho comercial internacional y en sus propios conocimientos sobre las costumbres mercantiles. Y una de las principales vías de desarrollo de la *Lex Mercatoria* es la jurisprudencia arbitral.

En este orden de ideas y siguiendo con la autonomía de la voluntad como principio dispositivo, las partes pueden conocer con carácter previo el contenido de esos usos y costumbres internacionales, de modo que conocen la solución que estos propugnan. De la misma manera, han podido consultar lo que dispone la norma jurídica aplicable al supuesto. Esto implica que pueden elegir la solución que resultaría más ventajosa para cada uno de ellos. Siguiendo esta lógica es perfectamente plausible que conociendo el contenido del uso, en un determinado contexto no les resulte de agrado y prefiera la aplicación de una norma jurídica concreta. Esto supone la no aplicación de la *Lex Mercatoria*. Tendremos así que, en determinadas situaciones una de las partes “querrá escapar” de los usos hasta entonces normalmente aceptados.¹⁰⁶ El valor de la *Lex Mercatoria*, en estos casos, solo tendrá fuerza como norma legal si puede ser aplicado por la autoridad que resuelva el conflicto.¹⁰⁷

Dado que los árbitros reciben su “*autoritas*” de las partes para resolver el conflicto encomendado, nos interesa resolver dos cuestiones ¿Pueden los árbitros resolver la controversia conforme a la *Lex Mercatoria*? y si esto es así ¿podrá ser el laudo finalmente ejecutado?

En el arbitraje internacional, los árbitros deciden la controversia conforme a las normas jurídicas elegidas por las partes. En el supuesto de que las partes hayan elegido el derecho

¹⁰⁶ TOVAR GIL, M.C.: “Aplicación de la *Lex Mercatoria* internacional por los árbitros”, *Lima arbitration*, núm. 2, 2007, Disponible en:

http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf

[Fecha de consulta: 25/11/2016].

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 110.

aplicable, el árbitro deberá resolver con acuerdo a la misma. Sin embargo, en caso contrario, esta circunstancia le otorga al árbitro un gran margen de discrecionalidad y le permite aplicar *Lex Mercatoria*.¹⁰⁸ Los árbitros internacionales a diferencia de los jueces nacionales, no están vinculados irreductiblemente a una *Lex Fori*.¹⁰⁹

Si las partes han pactado expresamente un derecho nacional como aplicable, el árbitro podrá tener en cuenta los usos del comercio internacional, pero deberá estar a lo estipulado por las ellas. Esto no significa, desde luego, descartar la aplicación de la *Lex Mercatoria*, pero sí que, su aplicación tendrá cabida en la medida y con el peso que le asigne como fuente de derecho el derecho nacional elegido por las partes.

En nuestro ordenamiento interno, el artículo 34.2 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante Ley de arbitraje o LA),¹¹⁰ que contempla el arbitraje internacional es muy clarificador, señalando que «cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes». [...] «Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas».

Algunos autores, sin embargo, puntualizan el término *Lex Mercatoria*. Los profesores A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, distinguen entre una acepción tradicional o moderada de la nueva *Lex Mercatoria* y una acepción avanzada de la misma. En el primer supuesto, la *Lex Mercatoria* se entiende como un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc., que regulan algunos aspectos de la contratación internacional. No consideran que se trate de orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales, pues debe su existencia precisamente a ellos. Los derechos nacionales no se opondrían a que los contratantes incorporen a sus contratos reglas más flexibles creadas por los mismos comerciantes. En el segundo supuesto, la

¹⁰⁸ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, «BOE» núm. 309, de 26/12/2003. Art. 34.3 (...) “En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”. De este precepto podemos extraer que en caso de elección expresa entre las partes de un derecho nacional como aplicable a la controversia, el árbitro debe aplicarlo, aunque no significa una prohibición al uso de la *Lex Mercatoria*. En cualquier caso habrá que estar al derecho nacional elegido como ley aplicable y analizar el tratamiento que esta recibe en el mismo.

¹⁰⁹ Las distintas corrientes que intentan establecer una ley nacional como ley del árbitro no han prosperado. TOVAR GIL, M.C.: “Aplicación de la *Lex Mercatoria*...*op.cit.* pp.6.

¹¹⁰ «BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

Lex Mercatoria es un conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales siendo un verdadero orden jurídico que compite con los derechos nacionales, pudiendo regular un contrato internacional de modo autónomo sin el concurso del derecho estatal.¹¹¹

Dentro de las normas integrantes o representativas de la *Lex Mercatoria* nos encontramos con los términos comerciales Incoterms 2010, que han establecido un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales.¹¹²

5. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional

La CNUDMI ó UNCITRAL es reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas. Mantiene una composición universal, y está dedicada desde hace más de cuarenta años a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial.¹¹³ Entre sus objetivos se encuentra la cooperación entre Estados, y la armonización del Derecho mercantil internacional.

La CNUDMI ha considerado de vital importancia el impulso de la mediación, considerándola como un mecanismo de solución de controversias distinto a la negociación, a causa de la intervención de un tercero «que no actúa en beneficio de ninguna de las partes, sino de forma independiente y neutral». Destaca su carácter alternativo a otros procedimientos judiciales o arbitrales, más costosos y prolongados, y resalta la autonomía de la voluntad de las partes, en el que

¹¹¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los contratos internacionales y el mito...”, *op.cit.* pp. 7.

¹¹² La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una organización representativa de empresas de todos los sectores de todas partes del mundo. Fue creada en 1919 y actualmente, cuenta con miles de miembros de aproximadamente 130 países con comités nacionales en las capitales más importantes para coordinar con sus asociados. La Cámara de Comercio Internacional promueve la apertura del comercio, la inversión en una economía de mercado y la existencia de reglas para regular los negocios a través de las fronteras. Tiene el reconocimiento como entidad de consulta de mayor nivel de la Organización de Naciones Unidas y sus Agencias Especializadas. Los Incoterms fueron creados en 1936 y han sufrido modificaciones diversas para adecuarse a las necesidades del tráfico internacional en 1953, 1967, 1976, 1980,1990, 2000 y 2010.Disponible en www.icc.wbo.org. [Fecha de consulta 03/01/2017].

¹¹³Fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1966, mediante la Resolución 2205 (XXI), sobre la base del Informe de la Sexta Comisión A/57/562 y Cor.1. Con el propósito de superar las divergencias legislativas interestatales que obstaculizan el comercio mundial,se destacan entre sus actividades la elaboración de convenios y leyes modelo, la preparación de guías jurídicas y legislativas, incluida la formulación de recomendaciones de gran valor práctico, información sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y como incorporarlas al derecho interno o la prestación de asistencia técnica en proyectos de reformas legislativas. Puede consultarse documentos de trabajo, Resoluciones y Textos en la siguiente dirección <http://www.uncitral.org/uncitral/es/> [Fecha de consulta 07/12/2016].

se atiende las preferencias de las partes sin limitarse a decisiones o fallos fundamentados en aspectos únicamente jurídicos.

Como señala el jurista Aranda Godoy, la creciente evolución del sistema de comercio internacional conlleva una evolución igual en los métodos y técnicas para resolver las controversias surgidas por las propias relaciones comerciales. Para tales fines, la CNUDMI ha contribuido eficazmente con diversos instrumentos, y en esta ocasión, se ha propuesto la creación de una ley modelo de la conciliación.¹¹⁴

Conceptualmente la CNUDMI ha incluido la mediación dentro de la conciliación, la noción es tan amplia y abierta que los conceptos de mediación, conciliación e incluso otros mecanismos de ADR pueden ser englobados en ella.

La Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional,¹¹⁵ nace con el objetivo principal de fomentar la mediación -conciliación en sentido amplio-, recomendando a los Estados su incorporación al derecho interno, con el objetivo de dotar a este mecanismo de más previsibilidad y certeza jurídicas.¹¹⁶ Continúa así la línea comenzada en materia de arbitraje internacional con la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹¹⁷

Contiene un régimen uniforme de todo el procedimiento de conciliación, de modo que constituye un elemento esencial en orden a la eliminación de las incertidumbres originadas por la

¹¹⁴En general, véase ARANDA GODOY, A.: “Comentarios sobre la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional”, *Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Iberoamericana Tijuana, University of San Diego, Tijuana, Baja California, noviembre 2002. XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado “Profr. Friedrich K. Juenger”. Disponible en:

<http://www.derecho.unam.mx/seminarios/descargas/internacional/ArandaGodoy.PDF>.

¹¹⁵ Una ley modelo es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna.

¹¹⁶ La Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional fue aprobada por la CNUDMI el 24 de junio de 2002. El texto aborda, entre otros asuntos, los aspectos procesales, la designación de conciliadores, el inicio y la clausura del procedimiento, la sustanciación de las actuaciones, la comunicación entre el conciliador y las partes, la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, así como ciertas cuestiones posteriores a la conciliación como la posible actuación del conciliador a título de árbitro, y la ejecutoriedad del denominado acuerdo de transacción. Véase la Resolución A/57/18, aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1)].

¹¹⁷ Véase Situación actual de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en 74 Estados, en un total de 104 jurisdicciones. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje la reconoce como su principal criterio inspirador para establecer el régimen jurídico del arbitraje español.

ausencia de un régimen legal.¹¹⁸ Según lo dispuesto en el art 3 se entiende por conciliación «todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten aun tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas».¹¹⁹ El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

Señala que al término comercial debe dársele una amplia interpretación, que incluya tanto relaciones comerciales como las que no lo son, especificando cuando una conciliación es internacional, esto es, cuando las partes tengan, en el momento de celebración del contrato, sus establecimientos en Estados diferentes, o bien cuando el Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea en el que deba cumplirse la parte sustancial de la relación comercial, ni el más vinculado al objeto de la controversia.¹²⁰ Establece igualmente que dicha Ley podrá ser aplicable a cualquier conciliación comercial cuando las partes convengan que debe considerarse internacional o simplemente sujetarse a la misma.

6. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

Junto con ello, cabe destacar la labor de uniformización de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, (HCCH), que en las últimas décadas ha promocionado las soluciones amistosas en el ámbito de las relaciones familiares internacionales.¹²¹ Conviene hacer

¹¹⁸ Inspirándose en la Ley Modelo de Conciliación Internacional, y según datos de la CNUDMI, un total de 28 jurisdicciones en 16 Estados han aprobado su legislación interna. La CNUDMI aclara que «*las disposiciones de una ley modelo se preparan con el fin de ofrecer una pauta a los legisladores para que se planteen la posibilidad de incorporar la ley modelo a su derecho interno. Dado que los Estados que promulgan legislación basada en una ley modelo pueden actuar con toda flexibilidad y apartarse del texto de la misma*», (...) por ello, aclara que la lista proporcionada «*es sólo una indicación de los textos promulgados sobre esa base que se han dado a conocer a la secretaría de la CNUDMI*», matizando que «*para determinar la diferencia existente entre una ley modelo y un texto legislativo adoptado sin ajustarse totalmente a ella, habría que estudiar la legislación de cada Estado*».

¹¹⁹ Artículo 3 Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional. La Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LMACM) cita en su preámbulo que la Directiva 2008/52/CE ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002.

¹²⁰ Artículo 1.4 Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional.

¹²¹ La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental mundial, cuyo propósito es la unificación progresiva de las normas jurídicas nacionales sobre Derecho Internacional Privado de los Estados que en ella participan, mediante la elaboración de instrumentos jurídicos multilaterales. La Unión Europea es miembro de pleno derecho de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Vid.* El 5 de octubre de 2006 el Consejo de la Unión Europea adoptó una decisión relativa a la adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia de La Haya de Derecho

alusión al impulso y fomento realizado en favor de la utilización de los ADR, pese a que ningún instrumento en materia comercial haga referencia a la mediación. Algunos de los Convenios de La Haya de Derecho de familia internacional animan a recurrir a la mediación en sus respectivos campos de actuación. Ejemplo de ello es el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, que sin mencionar la mediación expresamente, declaran la obligación de las Autoridades Centrales de los Estados de «facilitar una solución amigable y una restitución voluntaria» del menor, es decir, cumplimientos voluntarios.¹²²

Por el contrario, ya en posteriores Convenios existe una referencia expresa a la mediación, conciliación y «procedimientos análogos», «métodos similares» o «medios alternativos de resolución de conflictos». En este sentido cabe citar el artículo 31 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996,¹²³ el artículo 31 del Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000 y los artículos 6 y 34 del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007.¹²⁴

En 2007, se publicó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, con el objetivo de analizar y estudiar las futuras líneas de investigación y que desembocó, tras las observaciones de las organizaciones no gubernamentales y Estados, en la redacción de una Guía de Buenas Prácticas para fomentar una aplicación efectiva de estos convenios, incluyendo el uso de la mediación internacional.¹²⁵

Internacional Privado (HCCH). Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Desde el 3 de abril de 2007, la Comunidad Europea es miembro de la HCCH. (DO L 297 de 26.10.2006).

¹²² «BOE» núm. 202, de 24 de agosto de 1987. Artículos 7 y 10 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

¹²³ Artículo 31 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010. Todos los Convenios citados pueden consultarse en <https://www.hcch.net/es/about> [Fecha de consulta 03/01/2017].

¹²⁴ DOUE L, 331, de 16 de diciembre de 2009.

¹²⁵ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2012 [Fecha de consulta: 25/08/2016] <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=6a6bdaf0-3cd0-4ff0-8ec2> Véase igualmente AZCARRAGA

Esta Guía promueve las buenas prácticas en materia de mediación y otros procesos destinados a la solución amistosa de controversias familiares internacionales relativas a los niños. Principalmente aborda la mediación como un método alternativo de solución de controversias en el marco del derecho de familia, destacando sus particularidades en lo que al derecho de visita se refiere. Ofrece una descripción de principios y buenas prácticas que, se espera, sean valiosos en cuanto al uso de la mediación y otros procesos similares en el marco de controversias familiares transfronterizas en general.

La Guía está destinada a asistir no sólo a los Estados parte en el Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, sino también a los Estados parte en otros Convenios de La Haya que promueven el uso de la mediación, la conciliación u otros medios similares de facilitar acuerdos amistosos en controversias familiares internacionales, e incluso también a otros Estados no participantes en estos Convenios de La Haya, pero estén considerando la mejor manera de desarrollar estructuras eficaces para promover la mediación transfronteriza en el marco de controversias familiares internacionales.

III. LOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS Y HETEROCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Consideraciones previas a los distintos mecanismos existentes.

La flexibilidad de los ADR permite múltiples clasificaciones en orden a variados aspectos. Una de las más interesantes implica distinguirlos según las funciones atribuidas al tercero, la naturaleza jurídica -vinculante o no- de la decisión adoptada y finalmente, según se desarrollen en el seno de un proceso judicial o al margen del mismo.

MONZONIS, C.: en “La mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de la Haya”, en *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*, (Coord. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C). Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). Ministerio Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2015, pp 254. <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/LaAplicaci%C3%B3ndelaMediaci%C3%B3n.pdf>.

En referencia a lo anterior, podemos diferenciar mecanismos de resolución de conflictos facilitadores, evaluadores, resolutorios, intrajudiciales y extrajudiciales.¹²⁶ Sin olvidar la tradicional distinción entre métodos autocompositivos y heterocompositivos.¹²⁷

En los mecanismos de resolución de conflictos facilitadores, la intervención del tercero es mínima, asistiendo a las partes para que estas logren un acuerdo. Ejemplo de ello es la conciliación, mediación y el mini trial.

Los ADR evaluadores, se caracterizan porque el tercero adquiere un papel más activo, analizando la documentación presentada por las partes, escuchando sus argumentos, y en algunos métodos, si bien de forma excepcional, investigando distintos extremos relativos al conflicto. Este tercero realiza “recomendaciones” exponiendo la solución que considera más acertada, aunque en cualquier caso, no es vinculante para las partes. Ejemplo de ello podemos citar *Neutral Evaluation*, *Fact-finding* o peritaje, el *Summary Jury Trial*, y en principio, *Dispute Review Boards* y *Combined Dispute Boards* de la CCI.

Por el contrario, en los mecanismos de resolución de conflictos resolutorios, la intervención del tercero es máxima, quien no solo examina la documentación aportada por las partes y escucha las alegaciones de cada una de ellas, sino que específicamente tiene una labor investigadora. Este tercero emitirá su decisión que será vinculante, aunque ésta sólo goce de naturaleza contractual. Ejemplos de estos ADR son: *Adjudication*, el procedimiento precautorio prearbitral, *Expert Determination*, así como los denominados *Dispute Boards* del Banco Mundial y los *Dispute Adjudication boards* de FIDIC y de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

No obstante, otra clasificación y siguiendo al jurista Virgos Soriano, consiste en diferenciarlos según sigan el modelo de adjudicación o el modelo de negociación.¹²⁸ En relación a

¹²⁶ Véase MACHO GÓMEZ, C, “Los ADR «Alternative Dispute Resolution» en el comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Nº 2, octubre 2013, pp. 398-427.

¹²⁷ Fundamentalmente la heterocomposición, implica que el tercero actúa *supra* partes, esto es, impone la decisión a los que acuden al mismo para alcanzar una solución, en la que no toman parte los sujetos implicados, sino que es decisión del tercero ajeno al conflicto. Por el contra, en la autocomposición, el tercero que interviene lo hace *inter* partes, ayudando a las partes a que definitivamente alcancen el acuerdo. *Vid.*, BARONA VILAR, S. “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de derecho Coquimbo Universidad Católica del Norte*, RDUCN vol. 18, núm. 1, 2011, pp. 185-211 <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art08.pdf> p.187 .

¹²⁸ VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C.: “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº20, 2008, pp.22, disponible en: <http://www.uria.com/en/abogados/MVI?iniciales=MVI&seccion=publicaciones>.

los primeros nos encontraríamos con la jurisdicción y el arbitraje, ya que en ambos casos un tercero ajeno al conflicto adopta una solución que resuelve definitivamente la disputa y que es vinculante para las partes. La estructura de esta fórmula de resolución de controversias heterocompositiva¹²⁹ es triangular, siendo la finalidad perseguida por las partes convencer al tercero para que opte por la posición de una de ellas, en base a las alegaciones y pruebas practicadas.

Si el tercero se selecciona mediante normas de derecho públicas, totalmente ajenas a la voluntad de las partes, y dispone de «*potestas*» del Estado para dirimir la controversia, hablamos de una solución jurisdiccional del conflicto. En el litigio las partes actúan a través de unos representantes, en un proceso totalmente estructurado, poco o nada flexible, carente de confidencialidad, sin posibilidad alguna de elegir a ese tercero (recordemos al efecto que según el ámbito material de asunto cabe la elección de foro competente, pero no de la persona que analizará la cuestión) y en el que las partes en conflicto fundamentan sus pretensiones, en vista de lo cual el juez adopta la resolución con base a criterios predeterminados (legislación, precedentes, práctica, etc.), resolución que es de obligado cumplimiento.

Por el contrario, si este tercero se elige -directa o indirectamente- por las propias partes, y no pertenece a los órganos jurisdiccionales del Estado, nos encontramos ante la institución del arbitraje.¹³⁰ En este caso, el tercero -el árbitro- puede adoptar su decisión en base a unas concretas normas jurídicas (arbitraje de derecho) o según su propio “leal saber y entender” atendiendo a su propio criterio de justicia (arbitraje de equidad). En el arbitraje ad hoc son las partes quienes eligen al árbitro directamente, mientras que en el denominado arbitraje institucional, la corte de arbitraje, institución o centro que lo administre, propone su nombramiento a las partes quienes, en cualquiera de los casos, voluntaria y expresamente lo aceptan. En este procedimiento la confidencialidad está garantizada, la flexibilidad del proceso es elevada, los costes del proceso lo abonan las partes por mitades y la resolución final del árbitro, denominada “laudo” es obligatoria, vinculante y

Clasifica los mecanismos de solución de controversias en cuatro grandes grupos básicos: litigación judicial, arbitraje, mediación y negociación.

¹²⁹ En la resolución de conflictos se ha venido estableciendo tradicionalmente una clasificación, en atención a la posición del tercero que interviene, en los llamados métodos heterocompositivos y autocompositivos. Consideramos que los ADR son sistemas autocompositivos, pero también heterocompositivos, ya que en cualquier caso, son ajenos a la jurisdicción.

¹³⁰ Para más información sobre la figura del arbitraje véase ROCA AYMAR, J.L.: “*El arbitraje comercial internacional*”, ICEX, Madrid, 2006. GOMEZ JENE, M.: “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I Refundido, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. 8, N° 1, 2015, págs. 15-48. En el mismo sentido GOMEZ JENE, M.: “Artículo 3. Arbitraje internacional,” *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, (coord. por ARIAS LOZANO, D), 2005, págs. 39-46.

ejecutable. No obstante, si los interesados eligen esta opción como medio para solucionar su controversia, excluyen la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial.

Frente a esto, nos encontramos con otros mecanismos basados en el modelo de negociación que proporcionan a las partes las bases necesarias para llegar a un acuerdo. El planteamiento ya es totalmente diferente, con una estructura horizontal, en la que no se trata de convencer a ningún tercero, y en la que la solución se alcanza desde el acercamiento de posturas, *ab initio* enfrentadas, que se van acercando gradualmente.

A su vez, estos dos grandes grupos se subdividen según su naturaleza adversarial o conciliatoria y según el grado de control que ejerzan las partes sobre cada uno de ellos.

En cualquier caso, y contemplado el abanico de procedimientos distintos, conviene analizar cuál es más conveniente para utilizar en cada caso concreto, bien esté ya iniciado el conflicto, o con posterioridad a este. Sin olvidar que una errónea elección puede conducir a situaciones insatisfactorias para todos los implicados.

Pero para ello, es necesario conocerlos y entenderlos. Vamos a proceder a su análisis orientándonos por la clasificación propuesta por C. Macho Gómez¹³¹ aunque con variaciones a causa de la naturaleza híbrida de algunos de ellos.

2. ADR Facilitadores

2.1. Negociación

La negociación, que no se encuentra regulada en ningún cuerpo legal, consiste en un intercambio de pareceres, o aproximación de posturas, en el que los interesados y/o sus representantes intentan resolver las controversias a través de la discusión y la persuasión para alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambos. Es asumida directamente por las partes, quienes retienen todo el control, o bien por sus representantes y habitualmente están asistidos por profesionales determinados, generalmente abogados. No obstante y pese a tener lugar sin

¹³¹ MACHO GOMEZ, C.: “Los ADR, Alternative Dispute Resolution...”, *op.cit.*, pp.407.

intervención de un tercero que la conduzca, se le considera uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siendo la forma más confidencial, eficiente y económica existente.¹³²

Podemos diferenciar dos tipos de negociación: la negociación distributiva y la negociación integrativa. En la primera de ellas, los resultados del acuerdo alcanzado por las partes se hallan inversamente relacionados. Esto es así porque en este tipo de negociación una de las partes gana y la otra, como consecuencia, pierde algo. Por el contrario, en la negociación integrativa los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados. De esta forma, al alcanzar un acuerdo, es posible que todas las partes se beneficien de sus resultados, siendo el objetivo de esta negociación la distribución equitativa y óptima de los recursos. Por tanto su diferencia radica en que, en la negociación distributiva, lo que una parte gana es a costa de lo que la otra parte pierde, mientras que en la negociación integrativa ambas partes pueden ganar, cediendo cada parte en algún aspecto que no las perjudique, y que permita que ambas salgan finalmente beneficiadas en la negociación.¹³³

En la negociación existe una relación de interdependencia de las partes, quienes manifiestan intereses contrapuestos que deben conjugar pese a la dificultad que entraña satisfacer los intereses propios junto a la necesidad de realizar concesiones.

Para el jurista Roger Fisher, el antropólogo social Willian Ury y el negociador Bruce Patton,¹³⁴ expertos negociadores internacionales, señalan que en la negociación casi siempre está presente la competencia entre las partes, y aunque no exista un conflicto, se produce el binomio dándose ganador-perdedor.

Las partes deben tener sus propias estrategias para la conseguir algo mejor de lo que podrían obtener sin necesidad de negociar. Por ello, cada negociador debe de tener claro cuál es su Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (MAAN) e incluso su Mejor Alternativa Posible al Acuerdo Negociado (MAPAN), ya que ese es el único criterio que puede proteger a las partes,

¹³² Nos referimos a la negociación post contractual, esto es, aquella que se produce ya surgido el conflicto surgido por la divergente interpretación o ejecución del contrato celebrado entre las partes.

¹³³ MEDINA, F. y MUNDUATE, L.: "La naturaleza de la negociación" en AA.VV.: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, (dir.LABRADOR, F.), (coord. MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009. pp.56.

¹³⁴ Cofundadores del Proyecto de Negociación de Harvard (PNH). FISHER, URY y PATTON, *Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000, Barcelona 2002, pp. 24 y ss.

tanto a la hora de aceptar opciones poco favorables, como en el caso de tener que rechazar términos que podrían ser beneficiosos para sus intereses.¹³⁵

2.2. Conciliación

Como ADR facilitador, tiene muchas similitudes con la mediación, la metodología es la misma y, de hecho, se confunden continuamente ya que la línea que las separa es muy tenue, muy sutil, pero muy importante. En la conciliación, como afirma Carulla Benítez, el tercero juega un papel relativamente "intervencionista", ayudando a las partes a alcanzar un acuerdo, ya que se encuentra autorizado a proponer una decisión, aunque ésta no es, en ningún caso, vinculante para las partes.¹³⁶ Por tanto, aunque los contendientes tienen la última palabra, la propuesta de acuerdo o solución es emitida por el conciliador, adoptando una postura más activa, lo cual supone una emisión de un juicio de valor y en consecuencia, una posible influencia para las partes. Así lo argumenta la doctrina más purista, que considera que el mediador ni siquiera puede hacer este tipo de proposiciones.

La conciliación se lleva a cabo entre particulares o ante un tribunal. En diferentes ordenamientos jurídicos la conciliación se configura como un requisito procesal previo y obligatorio a la celebración del juicio, o bien como una facultad intrínseca de las partes -quienes pueden intentarla o no- ante los jueces o funcionarios competentes, o incluso como una mera diligencia necesaria.

Como hemos comentado anteriormente, en muchas legislaciones latinoamericanas la mediación es denominada conciliación y viceversa, e incluso multitud de ordenamientos emplean el término indistintamente (India como ejemplo). Tampoco existe una doctrina pacífica al respecto, muchos autores confunden ambos mecanismos asimilándolos sin distinción, en cambio otros los diferencian radicalmente, mientras que para otro sector no existen diferencias esenciales. La confusión terminológica puede ser un problema añadido ya que las partes pueden elegir este mecanismo sin tener muy claro cuál será la actuación del tercero y pensando que éste les puede solucionar su conflicto.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp. 119. En el mismo sentido *vid.* MNOOKIN, R.H., PEPPET, S.R. y TULUMELLO, A.S.: *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos*, *Cómo plantear la negociación para generar beneficios*, Ed. 1º, Barcelona, Gedisa, 2003. Igualmente, MALARET J.: *Manual de negociación y mediación, Negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos de empresas*, Madrid, Colex, 2003.

¹³⁶ CARULLA BENITEZ, P, "La Mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales". *Anuario de Justicia Alternativa*. núm. 1, Enero 2001.

A este respecto es interesante la STSJ Cataluña 9 diciembre 2013,¹³⁷ que en relación a esta cuestión confirma la base común entre la conciliación y a la mediación, tratándose ambos de medios autocompositivos en los que un tercero ajeno a las partes interviene para facilitar el acuerdo entre ellas. Señala que la distinción entre ambas figuras es muy difusa, sobre todo porque son reguladas de diferentes formas en las diversas legislaciones, añadiendo que «en nuestro país y en otros de nuestro entorno se pone el acento en el carácter más institucionalizado de la conciliación frente al más espontáneo de la mediación».

En cualquier caso, la redacción del artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante Ley 5/2012 ó LMACM),¹³⁸ como analizaremos, contiene una definición muy amplia de lo que el legislador entiende por mediación, en la línea de las previsiones de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.¹³⁹

2.3. Mediación

Desde una perspectiva amplia la mediación es un método de resolución de conflictos no adversarial, por el cual un tercero ayuda a dos o más partes a lograr su propia solución en una o más cuestiones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.

La mediación es una materia emergente, actual y de profunda trascendencia social y jurídica, que se ha impuesto como un mecanismo neutral y eficaz para la disminución de tensiones. Entre los motivos que obedecen a su expansión, fundamentalmente se encuentra la rapidez y confidencialidad que rigen en el procedimiento, junto a la necesidad de que determinadas cuestiones se mantengan entre la privacidad interpartes. Otra razón nada desdeñable, obedece al colapso y lentitud del sistema judicial, prácticamente sobrecargado de causas en todas las

¹³⁷ STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2013, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 72/2013 de 9 diciembre (ROJ: STSJ CAT 13862/2013). (RJ 2013\8311).

¹³⁸ «BOE» núm. 162, de 7 de julio de 2012.

¹³⁹ La Ley Modelo se aplica a la conciliación comercial internacional, entendiéndose esta de un modo muy flexible, ya que se refiere a todo procedimiento, designado por términos tales como conciliación, mediación o algún otro equivalente, en el que las partes soliciten aun tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia. Este conflicto debe derivarse de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador en ningún caso puede imponer a las partes una solución. (art.1). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002). *Disponible en:*

http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/.../ml.../03-90956_Ebook.pdf

[Fecha de consulta 16/12/2016].

administraciones de justicia de los Estados, a pesar de que la mediación no debe únicamente ser vista desde esta perspectiva.

La necesidad de incentivar este mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, no solo se circunscribe a los conflictos de índole civil o mercantil, en los que especialmente nos interesan los conflictos comerciales, sino que se expansiona a múltiples escenarios de actuación, desde conflictos internacionales a cualquier controversia en el ámbito privado. En la resolución de conflictos internacionales, en opinión de Fernández Arribas «la mediación es un medio de solución de controversias característico de la sociedad internacional, ya sea de manera informal y desinstitucionalizada, mediante su inclusión en tratados internacionales o como parte de la propia actividad de determinadas organizaciones internacionales, otorgándosele a este procedimiento una mayor relevancia en determinados ámbitos».¹⁴⁰

Y en este sentido ¿en que se asemeja o diferencia de los sistemas hasta ahora analizados?

En primer lugar, no se trata de un asesoramiento jurídico o técnico, es una negociación pero asistida por un tercero que únicamente tiene un poder de dirección,¹⁴¹ no es una conciliación en el sentido estricto - porque el tercero no presenta o propone un acuerdo para que las partes lo acepten-, no existe traslación de responsabilidad decisoria al tercero como en el arbitraje, el experto no emite ningún documento o informe que vincule a las partes, ni propone alguna solución alternativa que pudiera influir en la toma del acuerdo final. Las partes únicamente son conducidas y asistidas en un procedimiento más o menos estructurado y flexible, pero conservando la responsabilidad y el control respecto de la controversia, sin transferir el poder de la toma de decisiones al mediador y pudiendo retirarse unilateralmente poniendo fin al procedimiento. Cualquier resultado se determina siempre por voluntad de las partes, siguiendo un

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ ARRIBAS G, “La actividad mediadora de la Unión Europea a través del instrumento de estabilidad” en *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)* AEPDIRI. Ministerio Asuntos Exteriores y de Cooperación pp. 61

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/LaAplicaci%C3%B3ndelaMediaci%C3%B3n.pdf>.

¹⁴¹ Realmente mantiene una relación muy estrecha con la negociación, aunque supone un avance de la misma, ya que en esencia puede considerarse una negociación asistida por un tercero. Cabe resaltar que la actual Ley española ha abandonado la definición de mediación como «negociación», que se recogía en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2010, para evitar malentendidos y aclarar que la «negociación» es otro método alternativo de solución de conflictos diferente a la mediación.

modelo conciliatorio («ganar-ganar») que intenta acomodar los intereses de las partes («*interests-based procedure*»).¹⁴²

Por consiguiente, al decidir acerca del resultado, las partes pueden tener en cuenta una serie amplia de normas y en particular sus intereses patrimoniales, familiares, comerciales o empresariales respectivos. La ventaja principal de la mediación estriba en su «enfoque consensual» que «incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo». ¹⁴³

No existe un concepto único de mediación y las definiciones son muy variadas. La práctica de la mediación comprende un campo tan extenso que no permite una definición estricta, pudiendo encontrar tantas definiciones como autores han analizado el tema.¹⁴⁴

El legislador europeo armoniza una definición de mediación, entendiéndola como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador». ¹⁴⁵

Se caracteriza por su flexibilidad, voluntariedad, rapidez, producción de acuerdos creativos, utilización de un lenguaje sencillo, mantenimiento de las relaciones sociales y soluciones de sentido común.¹⁴⁶ Es cierto que se pueden encontrar ciertas similitudes con el arbitraje, sobre todo en lo referente a la flexibilidad de ambos procedimientos y, en mayor medida, a la exigencia de confidencialidad existente. Sin embargo, el hecho que la decisión final sea adoptada por las propias partes, no por el árbitro, unido a los costes reducidos de la mediación -muy inferiores a los

¹⁴² VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C. «La mediación como alternativa...», *op.cit.* pp. 23.

¹⁴³ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (párrafo 10).

¹⁴⁴ Artículo 1. LMACM otorga un concepto muy amplio y genérico: «Se entiende por mediación aquel 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». La Directiva 2008/52/CE en su artículo 3, por el contrario, define el concepto con más concreción: «Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro».

¹⁴⁵ Artículo 3.a) Directiva 2008/52/CE.

¹⁴⁶ FLOYER ACLAND, A.: Como utilizar la mediación para resolver conflictos organizacionales, Barcelona, Paidós, 1993, pp.42-50.

del arbitraje-, y a la rapidez con la que se puede solventar la disputa, suponen entre ambos una diferencia considerable.

Ahora bien, si el resultado de la mediación no termina en acuerdo, siempre cabe la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial o arbitral. No es excluyente, es una opción más para que las partes puedan solucionar sus problemas.

2.4. Mini trial (Non Binding Mini Trial)

Este mecanismo de resolución de disputas es un procedimiento estructurado, privado y consensual que conjuga aspectos de la negociación, de la mediación, del proceso civil y del arbitraje. Su objetivo es la resolución del conflicto mediante un juicio simulado. Se configura un panel, integrado por altos ejecutivos de las empresas de las partes enfrentadas¹⁴⁷ y presidido por un tercero neutral, llamado *neutral advisor – consejero neutral*-. Este panel de consejeros coordina el procedimiento y presta asistencia en las diferentes etapas. Las partes consensuan el funcionamiento, coste, plazos, facultades de los intervinientes entre otros aspectos.¹⁴⁸

En una reunión informal, las partes acompañadas de sus abogados, exponen sus argumentos, alegaciones y aportan las pruebas pertinentes. La similitud con el juicio y de ahí su denominación, estriba en estas alegaciones que en cierto modo recuerdan a las que se realizan en los juicios, aunque el intercambio de información es absolutamente confidencial. Una vez hayan sido oídas todas las partes en conflicto, y analizadas igualmente las pruebas aportadas, el panel se reúne e intenta buscar una solución. El tercero neutral instará a las partes a que alcancen un acuerdo pero, en caso de que las negociaciones entre los representantes de las partes fracasen, el tercero neutral puede emitir una opinión o decisión o dictamen sobre la controversia -previa solicitud de las partes-, que carecerá de carácter vinculante, o bien tendrá carácter vinculante en la medida que así las partes lo hayan establecido, pero que, y he aquí lo característico de este procedimiento, será

¹⁴⁷ Es necesario que estas personas no hayan estado involucrados directamente en el conflicto y deben de tener poderes suficientes para concluir acuerdos. Su visión es esencial porque pueden comprender los intereses de ambas partes y se permiten opciones que no están al alcance de un juez o de un árbitro, ya que conocen el problema de fondo y pueden adoptar soluciones realistas.

¹⁴⁸ Véase en general “*Mini-Trial: Involving Senior Management. Practical Guidelines and Steps for Getting Started*”. *American Arbitration Association (AAA)*, disponible en:

https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_003831 [Fecha de consulta el 08/06/2014].

reflejo del posible pronunciamiento del órgano judicial en caso de que las partes decidiesen acudir a la vía judicial.¹⁴⁹

En el supuesto de que el panel emita un dictamen no vinculante, en cualquier caso, el mini trial otorgará a las partes una guía de lo que un tribunal hubiese resuelto. Las partes igualmente pueden pactar que ninguna de estas opiniones sea llevada o tratada en un proceso judicial posterior.

Se debe evitar cualquier tipo de confusión o asociación con un subtipo de procedimiento judicial ordinario, o a un juicio abreviado escasamente riguroso. Se trata de un procedimiento extrajudicial, en el que los protagonistas son las partes enfrentadas, habitualmente personas jurídicas, que prefieren resolver sus conflictos legales evitando acudir a un procedimiento judicial.

Es muy habitual en países anglosajones, con especial trascendencia en EEUU donde la *American Arbitration Association* ha elaborado un protocolo de actuación y de los pasos a realizar para llevar a cabo un Mini-Trial, denominado *Mini-Trial: Involving Senior Management*.

No obstante, debemos distinguir varias posibilidades en torno a este ADR. Si el tercero ocupa una posición facilitadora e insta al panel a alcanzar un acuerdo, en el caso de emitir una recomendación entraría en el grupo de los ADR evaluadores, y si además esa recomendación se vuelve vinculante, aunque lo sea por expreso acuerdo de las partes, se convertiría en un ADR resolutorio.

3. ADR Evaluadores

3.1. Evaluación por tercero neutral (*Neutral Evaluation*)

El experto neutral es una persona especializada en una determinada disciplina, elegido libremente por las partes, y cuya opinión se requiere en aquellos casos que versan sobre cuestiones excesivamente técnicas que las partes aseguran no ser capaces de dirimir¹⁵⁰. Su función básicamente consiste en esclarecer puntos específicos ayudando a centrar los elementos esenciales

¹⁴⁹ Normalmente no se transcriben ni se levantan actas del mini-juicio para asegurar la confidencialidad del procedimiento. En caso de acuerdo las partes firmarán un documento en el que se recojan los términos del arreglo y el fin de la controversia. VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C. “*La mediación como alternativa...op.cit.* pp.24.

¹⁵⁰ Vid MACHO GÓMEZ, C.: “Los ADR...”. *op.cit.* pp. Generalmente suele ser un juez jubilado, un abogado experto en la materia, o una persona de reconocido prestigio en el sector.

del conflicto aportando su experiencia y profesionalidad sin crear falsas expectativas.¹⁵¹ Su finalidad es mostrar a las partes, de un modo realista, las posibles probabilidades de éxito y el posible resultado que se alcanzaría de producirse un proceso judicial o un arbitraje. Ante la perspectiva de lo que puede suceder, las partes pueden considerar que es más adecuado para ellas intentar alcanzar un acuerdo.

Al respecto, las partes aportan documentación pertinente para la comprensión del conflicto y se reúnen posteriormente con el evaluador, quien una vez analizados los términos, emite un informe, verbal o escrito, recomendación o evaluación objetiva, no vinculante¹⁵² del conflicto o sobre uno o varios puntos, como por ejemplo, una cuestión de hecho, o una cuestión técnica o jurídica relativa a la interpretación de una disposición contractual, o una modificación de un contrato. Esta evaluación puede acercar a las partes a un posible acuerdo o ayudarlas a evaluar la fuerza de sus posiciones.¹⁵³ El procedimiento concluye, no con las recomendaciones no vinculantes del evaluador, sino con el acuerdo final al que lleguen las partes.

Este método está sometido a las mismas reglas de imparcialidad y confidencialidad frente a terceros que caracterizan a todo ADR. La evaluación puede desarrollarse en derecho o equidad, a elección de las partes, pero lógicamente si se desea que el informe se realice conforme a derecho es necesario que el evaluador sea abogado en ejercicio.

No obstruye procedimiento posterior, judicial o arbitral u otra técnica de ADR. Es una figura muy habitual en EEUU, en casos jurídicamente muy complejos, y con multitud de partes, con una confrontación de pruebas documentales complejas o contradictorias,¹⁵⁴ aunque escasamente utilizada en Europa.

¹⁵¹ Vid. Arbitraje y Mediación (ARyME). [Fecha de consulta: 15/05/2015] Puede consultarse en <http://aryme.com/metodos-adr/evaluacion-neutral>

¹⁵² En cualquier caso, son las partes quienes pueden decidir otorgar carácter vinculante a la decisión del tercero, en cuyo caso nos encontraríamos con una decisión pericial o «*expert determination*». Vid. VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C. “La mediación como alternativa...”, *op.cit.* pp.24.

¹⁵³ En este sentido el Instituto Internacional para la prevención y resolución de conflictos (CPR) señala que la evaluación por tercero neutral puede acercar a las partes a un acuerdo o, por el contrario, polarizar sus posiciones, siendo poco común que repare una relación comercial. Vid. “Guía Europea de Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de CPR”, *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, 2015, <https://www.cpradr.org/resource-center/non-english-language-resources/spanish/Gu-a-Europea-de-Mediacion-y-M-todos-Alternativos-de-Resolucion-de-Conflictos-de-CPR>. [Fecha de consulta: 15/04/2017].

¹⁵⁴ En asuntos relacionados con la construcción o en casos de negligencia médica. Numerosos centros prestan servicios de este tipo: Cámara de Comercio Internacional, *American Arbitration Association*, *ADR*

3.2. Peritaje técnico internacional (*Fact Finding*)

Es otra modalidad de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, de naturaleza contractual, en el que las partes acuerdan someter sus diferencias de carácter técnico a la opinión cualificada de un experto o perito, aunque su decisión no tiene que ser necesariamente vinculante. Por ello nos vamos a encontrar distintos tipos de peritaje, vinculantes o no.

El perito, experto en el sector, investiga los aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes para esclarecerlos. Emite un informe y puede realizar recomendaciones o propuestas de acuerdo según lo pactado por las partes.

Son muy habituales en los contratos de construcción de obra internacionales, acuerdos en los que en la mayoría de las ocasiones, los conflictos que se suscitan son meramente técnicos y no jurídicos, y precisamente esta dificultad técnica justifica el peritaje. De este modo, el curso de la obra no se altera ni paraliza.

Puede ser utilizado con carácter previo a otro ADR, mediación, minitrial, arbitraje o procedimientos judiciales. Es destacable que en el caso de que el peritaje no vinculante resultase infructuoso, la constatación de los hechos por el experto mediante el correspondiente informe pericial, puede ser utilizada como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior.

¿Qué tipo de conflictos son apropiados en este ADR? Todos aquellos que requieren soluciones eficaces y rápidas, y en concreto las controversias relativas a cuestiones excesivamente técnicas tales como la calidad de maquinarias, funcionamiento de plantas industriales y/o la capacidad productiva de la misma, conformidad o disconformidad con las especificaciones técnicas, la utilización de tecnología patentada, o con el precio de determinados productos etc...

En 2003, el Centro Internacional de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional aprobó unas nuevas reglas relativas a este tipo de ADR,¹⁵⁵ y el Reglamento de peritaje para la

Chambers UK & Europe. Para una información más detallada véase FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, Nº 1, pp. 99-124, [https://e-
revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183).

¹⁵⁵ Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), *Rules for expertise*, vigente a partir del 1 de enero de 2003,[consultado el 08/06/2014] disponible en <http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/reglamentos/ReglamentodePeritaje.pdf> y el Reglamento sobre nombramiento de terceros y peritos y administración de procedimientos de peritaje, 2014, disponible en:

[http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-OSPAReglamentossobrePeritos\(2015\).pdf](http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-OSPAReglamentossobrePeritos(2015).pdf)

Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios (DOCDEX) para cualquier controversia relativa a un crédito documentario y garantías a primer requerimiento y cuya decisión no es vinculante para las partes, salvo pacto en contrario de ellas.

Los costes son normalmente más elevados que los de la mediación pero inferiores a un arbitraje, ya que la duración es más corta -de 6 a 12 meses según el ámbito y complejidad del proceso- y los procedimientos de prueba que utiliza son más limitados.¹⁵⁶ Es muy habitual en EEUU.

3.3. Summary Jury Trial

Es otro mecanismo de resolución de conflictos similar al Mini Trial. En este caso el asunto, tras las exposiciones realizadas por las partes y la práctica de las pruebas, es sometido a la consideración de un jurado, dirigido por un juez, que emite un dictamen no vinculante. Al ser una simulación de un juicio ante un jurado, permite tener una idea o predecir lo que posiblemente sería el resultado de un juicio real.¹⁵⁷ Una vez emitido el veredicto no vinculante, las partes pueden consultar al jurado en relación a los argumentos y pruebas, esto es, si les han resultado convincentes o no, pruebas o las razones de su veredicto.

4. ADR Resolutorios

4.1. Adjudication

Se trata de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, de naturaleza contractual, en el que el tercero -adjudicator- adopta una decisión “temporalmente” vinculante para las partes, esto es, una decisión provisional que producirá efectos exclusivamente hasta el momento en que las partes decidan acudir a arbitraje, o bien a la vía judicial. En la práctica escasas decisiones adjudicadas se remiten posteriormente a un litigio o arbitraje, ya que la mayoría son aceptadas

[Fecha de consulta 26/11/2016].

¹⁵⁶ Guía Europea de Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de CPR, International Institute for Conflict Prevention and Resolution, 2015, [consultado el 06/04/2016] Disponible en <https://www.cpradr.org/resource-center/non-english-language-resources/spanish/Gu-a-Europea-de-Mediacion-y-M-todos-Alternativos-de-Resolucion-de-Conflictos-de-CPR>

[Fecha de consulta 08/06/2015].

¹⁵⁷ En general véase MULLERAT BALMAÑA, R. M^a.: “La Justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, 3 (2002) *Anuario de Justicia Alternativa*. pp. 58, cit. por MARQUES CEBOLA, C., *La Mediación*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, pp. 37.

como definitivas por las partes.¹⁵⁸ Se configura como un mecanismo de resolución de controversias “resolutorio”.

Las partes expondrán sus posiciones y alegaciones de forma oral o escrita, y el adjudicator, experto en la materia de que se trate, las escuchará y podrá investigar, pudiendo resolver cuestiones de fondo según la ley del contrato.

La adjudicación ha sido ampliamente utilizada por la industria global de la construcción en Reino Unido desde la década de los noventa. Es considerada como un mecanismo de resolución de controversias económico y eficaz, aplicándose a todo proyecto de construcción aunque el contrato no se pronuncie al respecto, e incluso aunque la ley elegida como aplicable no sea la de Inglaterra, Gales o Escocia.¹⁵⁹ Se exige que las partes incluyan una cláusula en el contrato, nombrando al adjudicator.

Por este motivo, numerosas instituciones han previsto la *adjudication* en el Reino Unido, entre ellas, el *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)*,¹⁶⁰ el cual ofrece, a su vez, una mediación paralela, de manera que el eventual acuerdo al que lleguen las partes sea aplicado en vez de la decisión del adjudicator.

El proceso se está adoptando ahora en otros sectores del negocio, como la logística y el sector público, en particular el NHS de los Estados Unidos, donde es una disposición en muchos contratos tipo. Se han promulgado leyes similares en otras jurisdicciones, como Singapur, Malasia, Nueva Zelanda y algunos Estados de Australia.

4.2. Expert determination

Se utiliza habitualmente en controversias que implican cuestiones técnicas, como la valoración de derechos de propiedad intelectual, la interpretación de las reivindicaciones de

¹⁵⁸ Véase en general SMITH FREEHILLS, H.: “Dispute Resolution”, *ADR Notes*, disponible en <http://hsfnotes.com/adr/our-adr-practice/> [Fecha de consulta: 25/06/2016].

¹⁵⁹ MACHO GOMEZ, C.: “Los ADR...”, *op.cit.*, pp. 412. En igual línea, vid. TORRES OSORIO, E. “La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva”, *Colección Vitor, Ediciones Universidad de Salamanca*, 1º edición, 2013, pp. 103. [Fecha de consulta: 20/07/2015]:
http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124559/1/DDAFP_TorresOsorioEdilsa_Resumen_de_tesis.pdf

¹⁶⁰ El Centro para la Resolución Efectiva de Disputas (CEDR), en las “*Rules for Commercial Adjudication*” establece un sistema por el que el adjudicator debe adoptar una decisión dentro de los 28 días siguientes a la recepción de la solicitud, ampliables a 42 días con el consentimiento de la parte remitente o por un período más largo si todas las partes manifiestan su conformidad.

patentes y el alcance de los derechos cubiertos por una licencia. Las partes exponen sus alegaciones a un tercero experto en la materia (jurista, ingeniero, contable...), que adoptará una decisión o dictamen vinculante y definitiva al conflicto planteado, pero que sin la consideración de cosa juzgada. Este dictamen puede utilizarse de forma independiente o en relación con un arbitraje, mediación o un procedimiento judicial.¹⁶¹

4.3. Arbitraje

El Arbitraje es un procedimiento alternativo de resolución de disputas en el cual las partes deciden, de forma voluntaria, que una determinada controversia, relativa a materias de libre disposición, sea dirimida definitivamente por un tercero independiente y neutral, el árbitro, mediante la emisión de una decisión vinculante para ambas denominada laudo, con efecto de cosa juzgada y título ejecutivo. En España, el arbitraje se encuentra regulado en la Ley 60/2003 de Arbitraje (en adelante LA) que establece el ámbito de aplicación, el alcance, los sujetos y los efectos que alcanza dicha institución en el sistema jurídico español.¹⁶²

El arbitraje nace del consenso y la voluntad de las partes materializado en el convenio arbitral e implica la renuncia voluntaria al conocimiento de una controversia por los órganos jurisdiccionales. Los interesados, en el ejercicio de sus derechos legítimos, pactan expresa y voluntariamente el sometimiento de la controversia al arbitraje, dotando con ello de facultades decisorias al árbitro elegido. Sigue por tanto un modelo adversarial basado en las posiciones de las partes, al igual que la litigación judicial, aunque éstas pueden, bien elegir directamente la persona del árbitro (arbitraje ad hoc), o bien someter dicha decisión a alguna de las instituciones de arbitraje (arbitraje institucional), que lo elegirá de entre una lista.

De tal modo, la elección de la vía arbitral no supone en ningún caso la infracción del derecho al juez predeterminado por la ley, porque el valor primordial es la autonomía de la voluntad.¹⁶³ No existe precepto legal o constitucional que imponga a las partes la obligación de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales, a sensu contrario, el derecho o la facultad de

¹⁶¹ FERNANDEZ PEREZ, A.: "Cláusulas escalonadas multifunción...", *op.cit.*, pp. 113.

¹⁶² En su momento, esta ley fue calificada de novedosa, avanzada e incluso atrevida, y esta esencialmente basada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL, de 21 de junio de 1985.

¹⁶³ Es más, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 4 de octubre de 1993, considera al arbitraje como un «equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada». STC 288/1993, de 4 de octubre. (BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993).

aquellas de acudir a estos. Si voluntariamente han decidido que sus controversias sean resueltas acudiendo a otros medios, tal decisión la realizan en virtud de esa libertad que propugna el artículo 1.1 de la Constitución de 1978.¹⁶⁴

Su naturaleza jurídica es contractual, aunque con efectos procesales de efectos de cosa juzgada y título ejecutivo.

También la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, consagra en su texto articulado la potestad de los árbitros de llevar a cabo la resolución de controversias sobre materias disponibles conforme a derecho.¹⁶⁵ Y es el propio convenio arbitral suscrito por las partes, como venimos reiterando, la máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, verdadera esencia y basamento sobre el que pivota el arbitraje.¹⁶⁶

Esta voluntad indiscutible de las partes es justamente el elemento o sustrato que legitima la actuación del árbitro, y la exclusión, por ende, del derecho de toda persona física o jurídica a acudir a la jurisdicción para resolver sus controversias. De tal modo que es necesario que esa exigencia de voluntad sea inequívoca, es decir, que no aparezca duda alguna al respecto que pudiera poner en entredicho la declaración de voluntad de cada parte de someter sus conflictos a la decisión de un tercero; caso de no figurar de forma irrefutable tal voluntad, la función del árbitro no estará legitimada, no pudiendo resolver el conflicto planteado, y en el supuesto de dictar un laudo este no tendría fuerza ejecutiva.

A pesar de ser equiparados como dos vías alternativas a la judicial (art. 63.1 LEC respecto a la declinatoria), en el arbitraje será el árbitro quién resuelva, al igual que un juez, de manera vinculante a través de un laudo; en la mediación, el mediador no resuelve el conflicto, centrando su

¹⁶⁴ En la misma línea puede citarse: la Sentencia del TS de 9 de octubre de 1989 [...] “el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados” [...]. De igual modo, STS 9/10/1989, TC S 92/1985 de 24 /7; 160/1991 de 18/7; TC S 17 de 1 /2005 citando STC/ 76 /1996. véase CREMADES, B.M.: “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, Lima Arbitration. núm. 1 – 2006, pp. 185-220. Disponible en http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf

¹⁶⁵ Art. 2.1 Ley 60/2003 señala que [...] «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho» [...].

¹⁶⁶ Apartado primero del artículo 11 LA “[...] «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque como declinatoria».

actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia.¹⁶⁷

5. ADR Híbridos

5.1 Dispute Review Board (DRB)

Es un órgano compuesto generalmente por tres profesionales neutrales, destinado a la prevención, gestión y resolución de las controversias derivadas de la ejecución de proyectos complejos, cuyo fin se orienta a minimizar el riesgo de interrupción de las actividades objeto del contrato a causa de la interposición de acciones legales¹⁶⁸. Se establecen para solucionar disputas contractuales tan pronto se producen, por lo que normalmente se constituyen, como un órgano permanente, desde el mismo momento de la del contrato.

Este es un método especializado y técnico de resolución de controversias, por el que un órgano, que generalmente se compone por tres profesionales imparciales, designados al inicio de la ejecución de un contrato, tiene como misión asistir a las partes en la resolución de las disputas que puedan surgir durante la ejecución de un proyecto y ayudar a evitar o superar en la medida de lo posible las desavenencias que puedan surgir.¹⁶⁹ Podrá emitir recomendaciones, o en su caso decisiones que las partes deben cumplir, aunque en este último supuesto su valor es meramente contractual, ya que no se trata de un laudo con fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada. Son habituales y muy conocidos, por ejemplo, en el contexto de los contratos internacionales de

¹⁶⁷ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 72/2013 de 9 diciembre (ROJ: STSJ CAT 13862/2013).(RJ 2013\8311). La Sala declara que «la mediación sería así un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del dialogo para que acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto. Así, frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos».

¹⁶⁸ ROMUALDI, EE, “*Solución de Controversias en el Transporte Aéreo Internacional*”, pp.13, disponible en <http://www.alacostarica.com/documentos/relato-usuhaja.doc>[Fecha de consulta 22/05/2015].

¹⁶⁹ CAIRNS D.J.A. y MADALENA, I.: “El Reglamento de la ICC relativo a los “Dispute Boards”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 2006, pp. 193.

ingeniería y construcción que requieren la intervención de expertos independientes técnicos y especializados.¹⁷⁰

Existen varios tipos de *Dispute Boards* (DB) según emitan meras recomendaciones y decisiones vinculantes para las partes.

Así nos encontramos con tres modalidades distintas de *Dispute Boards*, el *Dispute Review Board* (DRBs), que emite recomendaciones; el *Dispute Adjudication Board* (DABs), que emite decisiones, y el *Combined Dispute Board* (CDBs), que pueden emitir tanto recomendaciones como decisiones vinculantes. Las partes pueden elegir el mecanismo que más se adecue a sus propios intereses, según la naturaleza de su contrato y su relación jurídica y comercial.

Los *Dispute Review Board* (DRBs) solo emiten “recomendaciones”, por tanto no son obligatorias para las partes, quienes pueden rechazar la recomendación notificándolo en el plazo de treinta días. En caso contrario, la recomendación pasa a convertirse en vinculante para las partes. Transcurrido el plazo podrá interponerse un arbitraje.

Por el contrario, los *Dispute Adjudicación Board* (DABs) emiten decisiones. Al igual que en el caso anterior, una de las partes puede notificar su rechazo a la misma en el plazo de 30 días, en cuyo caso la decisión es provisionalmente obligatoria, hasta que se dicte el laudo, porque el asunto deberá resolverse mediante arbitraje¹⁷¹.

Los *Combined Dispute Board* (CDBs) constituyen un híbrido entre los anteriores. Emiten una recomendación, pero pueden emitir una decisión obligatoria si una de las partes lo solicita y la otra no se opone. En caso de oposición, el DB podrá discrecionalmente emitir una recomendación o una decisión. La opción de decidir por una u otra depende de la urgencia de la situación, o si el conflicto es susceptible de producir un grave quebranto en el contrato o si la decisión es esencial para preservar alguna prueba o evidencia.

Los *Dispute Boards* son obligatorios desde 1995 en todos los proyectos que financia el Banco Mundial. Este tipo de proyectos puede implicar costes legales excesivos de los que el 50%

¹⁷⁰Su implantación tuvo lugar por primera vez en EEUU en el contexto del Proyecto para la construcción de un túnel en Colorado. Son habituales igualmente en investigación y el desarrollo, e incluso en temas de propiedad intelectual, contratos de *Joint Venture* o acuerdos entre accionistas.

¹⁷¹ Puede consultarse información detallada y adicional sobre los DABs en REIG FABADO, I.: “Capítulo XXIV. la resolución alternativa de las controversias en el sector internacional de la construcción: El *Dispute Adjudication Board* (DAB)”, en *Mediación, arbitraje y jurisdicción...op.cit.*, pp. 520-521.

corresponde a costes de litigación por lo que el empleo de DB permite reducir significativamente estas cifras permitiendo que los conflictos puedan ser resueltos durante la ejecución del proyecto sin tener que suspenderlo, facultando a las partes a recurrir al arbitraje en el supuesto de no estar conformes con el resultado.¹⁷² En el ámbito de las legislaciones estatales, en Reino Unido una ley de 1996 los considera un método neutral de resolución de controversias técnicas en el ámbito de la construcción, siendo su regulación imperativa, y estableciendo al respecto, no un órgano colegiado sino unipersonal o *Adjudicator*, al que se designa una vez que la controversia ha surgido entre las partes y no en la firma del contrato.¹⁷³

Diferentes instituciones, como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA),¹⁷⁴ Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC),¹⁷⁵ o la Cámara de Comercio Internacional (CCI) presta apoyo administrativo tanto para el procedimiento de nombramiento de los miembros del *Dispute Board*, la determinación de sus honorarios, como en el asesoramiento de las posibles causas de recusación o en lo referente al examen de sus decisiones.¹⁷⁶

¹⁷² Banco Mundial (*World Bank Dispute Review Boards*) <https://icsid.worldbank.org/en/>. [Fecha de consulta 12/01/2016].

¹⁷³ Regulado en las Secciones 104 a 108 de *la Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* y la *Scheme for Construction Contract (England and Wales) Regulations 1998*. Nueva Zelanda y Singapur tienen similar enfoque legal y estatutario. Véase CAIRNS D.J.A. y MADALENA, I.: "El Reglamento de la ICC...*op.cit.* pp. 196.

¹⁷⁴ *American Arbitration Association (AAA Dispute Review Boards)*. Puede consultarse en https://www.adr.org/aaa/faces/services/disputeavoidanceservices/disputeresolutionboards?_afzLoop=1019094950606258&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=null#%40%3F_afzWindowId%3Dnull%26_afzLoop%3D1019094950606258%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dax311e90_62. [Fecha de consulta 18/01/2017]. Véase igualmente VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C. "*La mediación como alternativa...op.cit.* pp.25.

¹⁷⁵ *International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) Dispute Adjudication Boards*, puede consultarse en:

https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/jg_fidic_dispute_adjudication_boards.pdf. y en

<http://fidic.org/sites/default/files/webinar/PresentationCSeppFIDICandDisputeAdjudicationBoards.pdf>.

[Fecha de consulta 18/01/2017].

¹⁷⁶ La CCI dispone de un Reglamento en relación a los DB desde 2004 cuyas reglas fueron modificadas en 2015. Véase también al respecto FIGUEROA VALDÉS, J.A.: "Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción" [Fecha de consulta: 05/08/2015], disponible en <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion-C3%B3n-M%3%A9xico.pdf>. CAIRNS D.J.A. y MADALENA, I.: "El Reglamento de la ICC...", *op.cit.*, pp. 195.

La CCI dispone de un servicio de DB, con normativa específica según el papel que realice el mismo. A este respecto, dispone de un Reglamento,¹⁷⁷ diferentes cláusulas modelo para incorporar a los contratos, según el tipo de DB que las partes quieran elegir. Es posible igualmente que este mecanismo vaya seguido de un arbitraje en el mismo Centro de la Cámara de Comercio Internacional, como último recurso si el *Dispute Board* no ha resuelto el conflicto entre las partes.¹⁷⁸

Al igual que en el resto de ADR, los costes y honorarios se dividen a partes iguales entre las partes.

5.2. Mediación combinada con arbitraje (MED ARB) (ARB/MED)

La mediación y el arbitraje no deben verse nunca como excluyentes. En base a este principio de complementariedad, otra de las figuras que se pueden contemplar es la mediación combinada con arbitraje (MED-ARB), técnica de resolución de conflictos en la que las partes convienen de antemano que cualquier cuestión no resuelta en una inicial mediación, se resolverá mediante un arbitraje inmediatamente posterior por parte de un tercero neutral que desempeñara el rol doble de árbitro y mediador.

Esta figura es un híbrido, en la que una única persona actúa con ambos roles. Como ventajas de este sistema se argumenta el ahorro tanto en tiempo como en coste, ya que en una primera fase se someten las cuestiones a mediación y el tercero neutral que actúa de mediador asume, en el caso de no alcanzarse un acuerdo, la función de árbitro a posteriori.¹⁷⁹

Sin embargo, la perspectiva de actuar como árbitro le da al mediador un poder considerable y presenta el inconveniente de que posiblemente las partes se muestren menos francas con el mediador, no mostrando sus posibles debilidades. No olvidemos que en mediación el tercero neutral puede mantener conversaciones privadas con las partes -caucus- por lo que cabe

¹⁷⁷ Dispute Board Rules of the International Chamber of Commerce, aplicables desde el 1 de octubre de 2015.

¹⁷⁸ Véase para más información *Standard ICC Dispute Boards Clauses in several languages*, cláusulas de DB según tipo elegido disponible en <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Dispute-Boards/Standard-ICC-Dispute-Boards-Clauses/Standard-ICC-Dispute-Boards-Clauses-in-several-languages/>. A este respecto, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, (FIDIC) introdujo por primera vez el concepto de “Dispute Boards” en 1995. Puede consultarse en www.fidic.org [Fecha de consulta 23/06/2015].

¹⁷⁹ Véase TORRES OSORIO, E.: “*La Mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*”, Ediciones Universidad de Salamanca, Colección Vitor, 1º edición, 2013, pp. 105.

cuestionarse si este hecho puede afectar a la “neutralidad” e imparcialidad que se le exige igualmente a los árbitros. Por tanto, la dificultad principal parece ser la capacidad que se le debe exigir al tercero para que cumpla con el doble rol de un modo eficiente, sin caer en posiciones de parcialidad.

En cualquier caso, el tercero en el supuesto de percibir su parcialidad, debería inmediatamente comunicárselo a las partes y abandonar el proceso, ya que de no hacerlo, las partes podrían en el futuro cuestionar el laudo del árbitro, argumentando posibles influencias por la información recibida durante la etapa de mediación, o incluso argumentar que el tercero ya había prejuzgado el caso, y en el arbitraje ha tomado ciertas represalias.¹⁸⁰ En algunas instituciones cuyos reglamentos contemplan esta figura, los posibles problemas que pueden suscitarse han sido subsanados mediante la incorporación de reglas que prohíben al tercero -en la fase de mediación- mantener reuniones privadas con las partes, de este modo se evita que pueda obtener información de una de las partes sin que la otra esté presente.¹⁸¹

Por su parte, el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI) que figura en la Ley Modelo sobre Conciliación de 2002, expone en su artículo 12, «A menos que las partes acuerden lo contrario, el conciliador no actuará como árbitro respecto a un conflicto que haya surgido del mismo contrato o relación legal o de cualquier contrato o relación legal relacionados».¹⁸²

La razón para excluir al conciliador de esta acción como árbitro, en relación con un conflicto en el que ha formado parte del proceso de conciliación, es la preocupación por la confidencialidad.

¹⁸⁰ En este sentido véase la STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 25 de marzo de 2015. Sentencia núm. 25/2015. [JUR 2015\110454]. Afirma que la imparcialidad del árbitro, pese a su conocimiento previo del asunto al haber actuado como mediador, expresamente manifestada y acorde con lo que la Ley autoriza, no puede entenderse desvirtuada o puesta en entredicho por el hecho de que el árbitro se niegue a testificar en la causa que ha de resolver.

¹⁸¹ A este respecto, el CEDR del Reino Unido (Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos) publicó un reglamento para facilitar la resolución en arbitrajes internacionales. En el Artículo 7 del mismo, se lee: «Si como consecuencia de su implicación para facilitar la resolución, a un árbitro le asaltan dudas sobre su capacidad para seguir siendo imparcial o independiente en el transcurso futuro del procedimiento de arbitraje, tendrá que dimitir.»

¹⁸² Para más información véase LOZANO CORREA, L.: “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?” *Revista de Mediación*. núm. 10. 2º, 2012, disponible en <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2016/11/Revista10-7.pdf> [Fecha de consulta: 05/03/2015]

Del mismo modo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) contempla también este proceso híbrido en el Reglamento RCA19, -Resolución de Conflictos Amistosa-. El Art. 7(3) establece que «a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito, no actuará ni tendrá participación en una acción judicial, arbitraje o procedimiento similar relacionado con un conflicto una tercera parte neutral en caso de RCA, ni como juez, ni como árbitro, ni como experto ni como representante o asesor de una de las partes.

Por tanto, si las partes contemplan este proceso híbrido en su acuerdo inicial, un tercero neutral puede cambiar su posición y actuar como árbitro, en el mismo caso, después de haber desempeñado su papel de mediador. Sin embargo, ante la ausencia de acuerdo, por defecto se utilizará la mediación. El proceso es confidencial a menos que una de las partes tenga que revelar información por exigencia de alguna norma nacional.¹⁸³

En base a estas cuestiones, esta figura tiene detractores tal y como es aquí descrita, y en algunas legislaciones está prohibida, por lo que es más adecuada otro tipo de combinación, en la que la mediación irá seguida de un arbitraje, pero con otro tercero neutral, en este caso un árbitro, para el supuesto de que en la mediación no se consiga encontrar una solución. Al constituirse distintos terceros, se subsanan los problemas en relación a la confidencialidad que hemos comentado. Sería por tanto un procedimiento en dos etapas, que aunque es un poco más costoso, facilita que las partes sean más francas con el mediador, y pueda culminar con éxito.¹⁸⁴

Por su parte existe el mecanismo inverso, denominado ARB-MED, en el que el tercero neutral actúa en primer lugar como árbitro, emitiendo un laudo que, en ningún caso, notifica a las partes. A continuación, actúa con el rol de mediador. Si las partes no alcanzan un acuerdo en la fase de mediación, comunicará el laudo, ya vinculante, a las partes. En ambos supuestos las partes saben que el conflicto concluirá de uno u otro modo, ya que en el supuesto de que no se alcance un acuerdo entre las partes, el tercero neutral impondrá el laudo.¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibíd.* pp.52-53

¹⁸⁴ En ocasiones esta fórmula no se considera un verdadero med-arb, sino un sumatorio de ambas fórmulas. Al respecto véase SAIZ GARITAONANDIA, A.: “El med arb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos”, *Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, Revista jurídica arbitraje, 2014, disponible en:

http://www.barrilero.com/wpcontent/uploads/2014/05/El_Medarb_y_otros_formulas_hibrias_de_resolucion_de_conflictos.pdf.

¹⁸⁵ TORRES OSORIO, E. “La Mediación a la luz de la tutela...op.cit. pp. 106.

En cualquier caso la combinación de ambos sistemas de ADR no siempre es adecuada, ya que no todo mediador puede servir como árbitro y viceversa.

Es un mecanismo habitual en Estados Unidos, Reino Unido y Australia. En China, la modalidad med-arb se conoce, pero no se halla muy extendida por la ausencia de organismos e instituciones que la practiquen.¹⁸⁶

¹⁸⁶ VILALTA NICUESA, A.E.: “El Marco Jurídico, Derecho comparado” en *Libro Blanco de la Mediación...* "op.cit. pp 144.

CAPÍTULO II

LA MEDIACIÓN COMO TÉCNICA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I. INTRODUCCIÓN

Resulta imprescindible destacar los principios inherentes sobre los que se asienta la mediación, elemento común en todos los países en los que se ha desarrollado esta técnica. Así la voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad, la flexibilidad, y la igualdad entre las partes, entre otros, son características esenciales y fundamento de la existencia de este mecanismo. A simple vista puede parecer que tales principios son absolutos y categóricos pero realmente pueden ser interpretados e incluso cuestionarse, como ocurre actualmente, debatiéndose sí es posible dotar a alguno de ellos de cierta versatilidad.

Si hay algo que caracteriza a la mediación es su facilidad para adaptarse a cada caso concreto y a sus circunstancias. Sin embargo su idiosincrasia permite que prácticamente sea igual en todos los países. Lo que origina diferencias, posiblemente, es el tratamiento que recibe en el ámbito judicial, porque su relación con el proceso cuando se realiza estando pendiente un litigio en sede judicial puede variar según el ordenamiento procesal de cada Estado.

En el ámbito de las mediaciones extrajudiciales también existen marcadas diferencias, aunque los problemas o cuestiones que suscita son muy similares. La vía de acceso a la mediación como pacto suscrito voluntariamente por las partes debe ser analizada desde un punto de vista jurídico con el ánimo de delimitar su naturaleza, en la que tampoco existe unanimidad y diferenciarla del convenio arbitral con la que existen ciertas similitudes pero también marcadas diferencias. Asimismo, el devenir del tráfico mercantil ha incorporado diferentes tipos de cláusulas cuya validez es cuestionada por distintos ordenamientos jurídicos y cuyo tratamiento no es absoluto ya que según el transcurso del tiempo el tratamiento jurisprudencial respecto a ellas difiere, permitiendo y otorgando como válido lo que antes se consideraba nulo e ineficaz.

II. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

Los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, y la mediación entre ellos, se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a cualquiera de ellos, decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, determinar las reglas de actuación, optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, decidir el resultado. Esta flexibilidad implica una necesaria adaptación a las circunstancias concretas del caso.

Desde sus orígenes, la mediación ha sido identificada con unos principios de actuación largamente analizados y debatidos. No existe un catálogo cerrado de principios, pero es cierto que el núcleo sustancial de los principios de la mediación lo constituyen la voluntariedad, la imparcialidad y la neutralidad, y la confidencialidad, los cuales son aceptados, casi unánimemente, por las leyes de mediación de distintos países y por los distintos instrumentos internacionales dictados en la materia. Sin olvidar otros fundamentos imprescindibles tales como la transparencia, la flexibilidad, la buena fe, el deber de colaboración y cooperación con la otra parte y con el mediador, y el respeto al derecho o la profesionalidad del mediador. Junto a todos ellos, uno muy importante, su complementariedad, ya que es un procedimiento que no excluye otras vías de resolución de conflictos.

Conviene analizar algunos de los principios fundamentales en los que se asientan los ADR, y en particular, la mediación.

1. Voluntariedad

Este principio fundamental viene a significar el respeto a la autonomía de la voluntad y la libre decisión de las partes para aceptar la mediación, y el acuerdo alcanzado en él.¹⁸⁷

El principio de voluntariedad se contempla en el artículo 5.2 de la Directiva 2008/52/CE, permitiendo que las legislaciones nacionales de los Estados miembros estipulen la “obligatoriedad” de la mediación, o puedan someterla a incentivos y sanciones, sea antes o después de la incoación del proceso, y siempre que ello no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.¹⁸⁸ Quiere esto decir, que aunque existiesen normas legales nacionales previas a la Directiva 2008/52/CE, que contemplasen la mediación como un requisito de procedibilidad al proceso judicial, o bien incentivaran a las partes a su celebración mediante beneficios fiscales o económicos, o por el contrario sancionaran la negativa de no someterse a este mecanismo, dichas normas no serían afectadas por la Directiva. Por ello, aunque en el comienzo

¹⁸⁷ En cualquier proceso de mediación será fundamental el acuerdo de las partes para someter su caso a este proceso, ya que faltando el acuerdo de una de las partes no podrá llevarse a cabo. Además, el acuerdo alcanzado en el proceso con la conformidad de las partes y aportado a un procedimiento (...) que finalice con sentencia firme, será vinculante para las partes, sin que ninguna de ellas pueda actuar en contra de sus propios actos. Esta es la doctrina que, entre otras, se expone en las siguientes sentencias: SAP Madrid (Sección 22ª) Sentencia núm. 366/2014 de 8 abril [JUR\2014\133760]; SAP Tarragona (Sección 1ª) Sentencia núm. 399/2013 de 18 octubre [JUR\2013\358571]; SAP Álava (Sección 1ª) Sentencia núm. 30/2012 de 6 febrero [JUR\2012\183512].

¹⁸⁸ A este respecto, el Anteproyecto de Ley de 2010 preveía un mecanismo de mediación obligatoria para ciertas demandas de reclamación de cantidad de baja cuantía.

del procedimiento de mediación las partes pudieran verse obligadas, de un modo u otro, a acudir al mismo constreñidas por una norma legal, es evidente que *«nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación»*.¹⁸⁹

La voluntariedad cabe analizarla desde una doble perspectiva, como libertad de acogerse al procedimiento y como libertad para desistir del mismo en cualquier momento sin necesidad de justificación.¹⁹⁰

La Directiva insiste en que debe ser un procedimiento voluntario en el que las partes deben responsabilizarse y tener libertad suficiente para organizarlo como ellos deseen. Por tanto, en ningún caso es obligatoria, ya que es solicitada consciente y libremente.¹⁹¹

Siguiendo a P. Carulla Benítez «las partes por propia decisión, determinan qué información revelan u ocultan, deciden si llegan a un acuerdo o no, y pueden retirarse en cualquier momento» dando por terminadas las actuaciones. «No se aceptan soluciones impuestas, y son libres de no llegar a un acuerdo si creen que existe otra alternativa mejor».¹⁹²

Algún sector doctrinal ha considerado que en los casos de mediación intrajudicial o prejudicial, en los que se “obliga” a celebrar una mediación, se podría estar cercenando la voluntad de decisión de las partes de acudir, o no, a este mecanismo, y por tanto, se estaría agrediendo el principio de voluntariedad. Lo cierto es que la posible “obligatoriedad” de la mediación en cualquiera de los ordenamientos jurídicos estatales, solo viene referida a su intento, no a su resultado, que se limita a sesiones informativas sobre el proceso, sus principios y el rol que el mediador, como conductor, cumple en todo el sistema. Pero en ningún caso se obliga a las partes a continuar con las sesiones ni a que alcancen un acuerdo, y lógicamente, tampoco se impide a las

¹⁸⁹Vid. Artículo 3.a de la Directiva 2008/52/CE. En el mismo sentido los artículos 1, 6.1 y 19 LMACM; arts. 1.1, 5, 11 LMADP.

Vid. Considerando 13 Directiva 2008/52/CE; arts. 6.3 y 17.1 LMACM; y arts. 5 y 15.1 LMADP. 6

Vid. arts. 22 y 23 LMACM y arts. 13.b., 18 y 19.4 LMADP.

¹⁹⁰ Considerando 13 Directiva 2008/52/CE.

¹⁹¹ Del Art. 7 del Anteproyecto de 2010 se desprendía que las partes podían verse obligadas a acudir a la mediación constreñidas por una norma legal, precepto que a su tenor literal manifestaba lo siguiente: *«El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta Ley o la legislación procesal. Nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación»*.

¹⁹² CARULLA BENITEZ, En “La Mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*. núm. 1/2001. 2001, pp.121-154.

partes continuar en el proceso judicial. Deben de tener libertad para desistir de la misma en cualquier momento.

El Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en la Guía de actuación de mediación civil intrajudicial actualizada en 2016, afirma, en relación a la voluntariedad, que las partes pueden desistir en cualquier momento y que en la sesión informativa es el mediador quien debe informar adecuadamente a las partes y a sus letrados, acerca del contenido y finalidad del procedimiento de mediación para que estas libremente acepten o rechacen el mismo. No obstante señala que «la falta de asistencia a la sesión informativa indicada desde el Tribunal se podría considerar, en su caso, como una conducta contraria a la buena fe procesal, ya que supone rechazar infundadamente una oportunidad ofrecida por el Tribunal desde una perspectiva de mejor solución»¹⁹³.

Es cierto que, en nuestro país, de los posibles motivos aducidos por las partes para no acudir a la sesión informativa no se debe informar al tribunal, pero en cualquier caso, parece que queda abierta la posibilidad de que la falta de asistencia se pueda llegar a catalogar como mala fe procesal, ¿qué consecuencias conllevaría esta calificación? ¿Puede de algún modo suponer una injerencia frente al carácter voluntario de la mediación? ¿Los intentos de promocionar la mediación para que esta sea conocida y utilizada pueden llevarnos a ciertos abusos o que en algún caso pudiera desembocar en una obligatoriedad?

Es en el sistema anglosajón en el que encontramos el mejor desarrollo de la mediación prejudicial, con concreto, con las denominadas «*Civil Procedures Rules*» aprobadas en 1998,¹⁹⁴ cuyo principal objetivo es la obligación para las partes, en la medida de lo posible, de considerar la mediación detenidamente antes de acudir a los órganos jurisdiccionales. Según datos de la *Judicial*

¹⁹³ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial, 2016, pp 12. Puede consultarse en www.poderjudicial.es/.../MEDIACIÓN/

¹⁹⁴ Puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/made/data.pdf>

and Court Statistics Report of 2010,¹⁹⁵ menos del 5% de los conflictos civiles iniciados en el Reino Unido acabaron en juicio, lo que supone todo un éxito.¹⁹⁶

No obstante, es posible que en la práctica una de las partes no acuda a la mediación privada y pactada de antemano, pese a los requerimientos, bien de la otra parte, bien del mediador. En estos casos, y siempre que exista convenio de mediación, en el supuesto de que la parte no compareciente presentase una demanda ante el órgano judicial, la contraparte podría interponer declinatoria, alegando la existencia del convenio y la falta de comparecencia de la parte, en base a los artículos 39 y 63.1 de la LEC.¹⁹⁷

Asimismo, el carácter voluntario de la mediación también se refuerza en el acta de la sesión constitutiva, estableciendo el artículo 19.1.f. LMACM que debe contener la declaración expresa de las partes de «*aceptación voluntaria*» de la mediación.

No obstante la voluntariedad implica también un esfuerzo y ánimo de trabajo colaborativo. Los interesados tienen en la mediación la oportunidad de transformar los conflictos en nuevas oportunidades.

2. Imparcialidad

Este principio viene a reflejar una actitud del mediador, quien no puede actuar en interés o en perjuicio de ninguna de las partes o del objeto de la mediación. El tercero no puede apoyar el punto de vista de ninguna de las partes. Por ello, antes de iniciar su tarea debe revelarles cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o fuese susceptible de generar un conflicto de

¹⁹⁵ Puede consultarse en <https://www.gov.uk/government/statistics/judicial-and-court-statistics-annual-2010>. En el primer trimestre de 2013, los tribunales se ocuparon de 357.000 nuevas reclamaciones y 11.000 audiencias o juicios. Éstos representan una reducción de alrededor del 26% y del 38% respectivamente en las cifras desde 2007. Estos últimos datos se encuentran disponibles <https://www.gov.uk/government/statistics/court-statistics-quarterly-jan-mar-2013>

¹⁹⁶ DUEÑAS RUART, J.P. “La ¿suficiente? Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Legal Today*, 9/05/2012, (artículo en línea) <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/la-suficiente-ley-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>

¹⁹⁷ Artículo 39 LEC redactado por el apartado dos de la disposición final tercera de la LMACM dispone lo siguiente «El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia». Así, mediante la declinatoria, «el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores». Párrafo primero del número 1 del artículo 63 LEC redactado por el apartado tres de la disposición final tercera de LMACM.

intereses, tales como el hecho de mantener relaciones personales o empresariales con alguna de ellas, ostentar un interés directo o indirecto en el resultado de la mediación, o haber actuado anteriormente a favor de alguna de ellas.

Las Directrices de Naciones Unidas para una mediación eficaz, entiende que la imparcialidad impone una labor mediadora equidistante entre las partes y sin influencia de principios o juicios de valor, pero con la presencia de determinados principios que implican que no es deseable cualquier acuerdo, sino solo el que sea justo para las partes y no implique una desigualdad manifiesta, ya que esto supondría una cesión descompensada de los intereses de una de las partes.¹⁹⁸

Dado el carácter auto-compositivo del procedimiento de mediación y la presencia del principio de voluntariedad, legitimando a las partes para desistir en cualquier momento, es aconsejable que el mediador, no solo respete el principio de imparcialidad en su actuación, sino que intente que tal respeto sea realmente percibido por las partes.

En la LMACM dicho principio viene recogido en el párrafo 4º del artículo 13, «*Actuación del mediador*», y en el artículo 7, «*Igualdad de partes e imparcialidad de los mediadores*», en el que la autonomía de la voluntad de las partes parece prevalecer sobre el principio de imparcialidad, significando con ello que la posible parcialidad del mediador siempre puede ser salvada por las partes, quienes en última instancia y tras ser advertidas, pueden consentirlo expresamente.

Es importante destacar que la redacción del artículo 7 LMACM no estuvo exenta de polémica. Procedente del Anteproyecto de 2010, la exigencia al mediador para que garantizase la intervención de las partes en igualdad de oportunidades, suponía una obligación demasiado genérica y subjetiva que fácilmente podría posibilitar la impugnación posterior del acuerdo, alegando que éste se concertó en desigualdad de oportunidades.

¹⁹⁸ Anexo del Informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la función de la mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución. A/66/811 de 25 de junio de 2012. Disponible en:

[http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012\(spanish\)_1.pdf](http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012(spanish)_1.pdf). [Fecha de consulta: 15/12/2016] en HERNANDEZ RAMOS, C.: “Mediación transnacional: una aproximación práctica en el ámbito de las relaciones privadas”. *Revista castellano –Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015.

Las críticas recibidas al respecto no parece que importunaran al legislador, quien en todo caso, acabó incluyendo el término «*igualdad de oportunidades*». Aun así, parece poco probable que pudiera intentarse la impugnación de un acuerdo en base a este motivo, ya que las partes al firmar tanto el Acta Final que concluye el procedimiento, como el acuerdo de mediación al que en ella se hace referencia, ya están ratificando expresamente que consienten y están conformes no solo en su contenido, sino «en que se ha seguido un procedimiento ajustado a las previsiones de la Ley», tal y como indica el artículo 23 en su párrafo primero.

El problema vendría dado siempre que una de las partes no firmase el Acta final o de conclusión, opción que contempla el artículo 22, al indicar que «caso de que alguna de las partes no quiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen», pero sin establecer solución alguna. No obstante, parece bastante improbable que habiendo alcanzado un acuerdo, fruto del consenso mutuo, y haberlo firmado ambos, una de las partes se niegue a firmar el acta final, por lo que la matización del artículo 22 viene referida a la posibilidad de que la mediación concluya sin acuerdo.

A este respecto la redacción dada por el Código de Conducta Europeo para mediadores sobre la imparcialidad parecía más adecuada y menos problemática.¹⁹⁹

La confianza de las partes en la mediación depende en buena medida de la opinión subjetiva que les merezca el nivel de imparcialidad del mediador al actuar, cuestión que abordaremos en el epígrafe IV de este capítulo.

3. Neutralidad

Este principio, recogido en el art. 8 de la LMACM, es esencial en la mediación ya que la solución al conflicto siempre debe alcanzarse a través de un acuerdo voluntariamente consentido y consensuado por ambas partes, sin que el mediador ostente ningún tipo de facultades decisorias, ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta. La neutralidad hace referencia a la relación del mediador con el resultado de la resolución de la controversia, e implica la imposibilidad de imponer un acuerdo determinado. Por tanto esta actitud exige un comportamiento equidistante durante todo el procedimiento.

¹⁹⁹ En este sentido se pronuncia el Código de Conducta Europeo para mediadores (2.2). «El mediador actuará respecto de las partes en todo momento de forma imparcial, y se esforzará en demostrarlo; y se comprometerá a servir de la misma forma a ambas partes en el marco del proceso de mediación».

Se ha comentado en variadas ocasiones la diferencia existente entre neutralidad e imparcialidad. Un primer intento de diferenciación se encuentra en la Recomendación R (98) 1 del Consejo de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, de 21 de enero de 1998, señalando que un mediador es imparcial en sus relaciones con las partes y es neutral con respecto al resultado de la mediación.

En el mismo sentido, matiza el magistrado Pascual Ortuño, la diferenciación entre neutralidad e imparcialidad, estimando que esta última viene referida a la igualdad, mientras que aquella se encuadra en el respeto a las diferentes opciones y en el reconocimiento de todas las posiciones que las partes pueden mantener en un determinado conflicto. En su opinión manifiesta que la imparcialidad es un requisito previo al inicio del proceso como una exigencia hacia el ejercicio de la función del mediador, mientras que la neutralidad ha de extenderse a todo el desarrollo del proceso, en el sentido de que se ha de garantizar a cada una de las partes un espacio de seguridad, de respeto mutuo y de tolerancia.²⁰⁰ Las posiciones de las partes no son juzgadas por el mediador, sino que este interviene reconociendo la legitimidad de todas las posiciones mantenidas por las partes.

La función de la mediación es que las partes se avengan a buscar por ellas mismas la solución del conflicto, por lo que la función del mediador se centra en la asistencia y facilitación sin, en ningún caso, revestir naturaleza decisoria. De este modo, la no imposición de la solución es la esencia de la neutralidad y el índice que diferencia la mediación de los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos como el procedimiento judicial y el arbitraje.

Pascual Ortuño realiza un interesante análisis de la neutralidad en los procesos judiciales y en el arbitraje, manteniendo que tanto el árbitro como el juez adoptan una postura pasiva frente a las partes, puesto que son sus respectivos abogados quienes «*suplen las deficiencias de sus*

²⁰⁰ Para ello el mediador debe saber escuchar, inspirar confianza, analizar la personalidad de las partes, estudiar la estructura del conflicto, para poder encontrar un nivel de comunicación viable y común, que les permita encontrar la solución por sí mismas. Por esta razón, entre las habilidades del mediador destaca la tarea de ayudar a las partes a diferenciar entre las posiciones y los intereses reales que subyacen tras las mismas”. PASCUAL ORTUÑO “La intervención del profesional en la mediación” *Reflexiones sobre la Ley 5/2012*, artículo en línea:

<http://www.cmpimentel.com/comunicacion/wp-content/uploads/2013/06/IMPARCIALIDAD-Y-NEUTRALIDAD-EN-MEDIACION.pdf>.

clientes». Sin embargo, en la mediación la neutralidad debe manifestarse durante todo el procedimiento.²⁰¹

En este sentido, Sara Cobb²⁰² sostiene la tesis de que no es posible para el mediador permanecer insensible ante el desequilibrio de las partes. Incide en la idea de que el mediador está obligado a interrumpir las sesiones de mediación si las dos partes no están equilibradas e incluso a desistir absolutamente de seguir con el proceso si observa que no es posible con los medios técnicos habituales de los que se dispone, restablecer tal equilibrio. No es posible una mediación entre desiguales.

No hay que olvidar ambas partes deben de disponer de las mismas oportunidades para expresarse con las limitaciones impuestas por el mediador. A este respecto y como comentaremos en el epígrafe dedicado al procedimiento de mediación, es el mediador quien considera la opción de reuniones conjuntas o privadas con las partes respetando siempre ese principio de bilateralidad o contradicción.

Las partes, en cualquier caso, deben conducirse conforme a los principios de lealtad, respeto mutuo y buena fe colaborando activamente con el mediador.

4. Confidencialidad

La confidencialidad es una de las piezas clave de la mediación, y condición prácticamente indispensable para el éxito de la misma. Es un principio esencial, inherente al procedimiento, reconocido en todos los ordenamientos jurídicos que han legislado sobre mediación y viene referida en toda norma, recomendación, y código deontológico o de conducta. La esencialidad de este principio, inseparable del procedimiento, facilita que siempre haya sido amparado por los

²⁰¹ Así, el principio de imparcialidad es común a la mayoría de técnicas de resolución de conflictos en que interviene un tercero, mientras que el de neutralidad es exclusivo de la mediación. Además, la neutralidad no se refiere a las relaciones del mediador con los intereses en conflicto, sino a sus facultades en relación con el resultado del proceso de mediación. LAUROBA, M.L.: “La construcción institucional y jurídica de la mediación” en *Libro Blanco de la Mediación... op.cit.*, pp 842.

²⁰² La neutralidad «activa». Es este un concepto elaborado por Sara Cobb, (profesora del Instituto para la Resolución y Análisis de Conflictos, *Georges Mason University*). Considera que la neutralidad no es un requisito objetivo del mediador, sino más bien una obligación relativa a su actividad profesional. vid: www.youtube.com/watch?v=ouFMtcGV6xo [Fecha de consulta: 14/11/2016].

ordenamientos jurídicos que han legislado sobre mediación, incluidas las directrices marcadas por la Directiva 2008/52/CE.²⁰³

Básicamente se manifiesta en que ni las partes, ni el mediador, deben poder utilizar las informaciones a las que hayan podido tener acceso como consecuencia del procedimiento de mediación. Por tanto, no hay mayor obligación para el mediador que el deber de guardar secreto de todo lo que sea revelado en las audiencias y reuniones.

La confidencialidad, siguiendo a la Profesora Viola Demestre²⁰⁴ se puede definir en dos sentidos, uno positivo y otro negativo: en un sentido positivo, consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación o sobre el desarrollo del procedimiento o también puede consistir en mantener en secreto la información que se trate en mediación.²⁰⁵ En un sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar no revelar, o utilizar ningún dato, hecho, o documento que se conozca relativo al objeto de la mediación, ni después de la mediación, haya concluido, o no, la misma con acuerdo.

Desde un punto de vista jurídico, este sentido negativo de la confidencialidad se concreta en una obligación de no hacer (no revelar) por parte del sujeto obligado a ella.²⁰⁶

El principio de confidencialidad, atañe tanto al mediador, como a las partes o a cualquier otro interviniente -normalmente peritos-²⁰⁷ y se traduce en que todas las informaciones - documentos, declaraciones, comunicaciones- no podrán ser reveladas ni presentadas como prueba

²⁰³ Considerando (23) Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Dada la importancia de la confidencialidad en el procedimiento de mediación, es necesario que la presente Directiva contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil". Con anterioridad a la promulgación de la Directiva países como Bélgica (Ley de 2005) y Austria (Ley de 2003) así lo habían establecido.

²⁰⁴ VIOLA DEMESTRE, I.: "La confidencialidad en el procedimiento de mediación", en *Revista de internet, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, UOC 2009. <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-viola/n11-viola-esp>. [Fecha de consulta 05/08/2016]. En este sentido igualmente LAUROBA, M.L.: "La construcción institucional y jurídica de la mediación," *Libro Blanco de la Mediación...op.cit.*, pp 842.

²⁰⁵ El Código de Conducta Europeo para mediadores, en su apartado 4., establece que el mediador "observará la confidencialidad sobre cualquier información, relativa o con respecto a la mediación, incluido el hecho que existe o haya tenido lugar [...]".

²⁰⁶ El Anteproyecto preveía un régimen sancionador muy severo para los supuestos de violación de este principio, ya que el artículo 11.3 disponía que «La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad personal del mediador implicando la inhabilitación para el ejercicio de la mediación»

²⁰⁷ A este respecto, los artículos 347.1 y 395.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

en un eventual arbitraje o juicio posterior. Esto implica que tras una mediación fallida, no se permite llamar a declarar al mediador o exigirle la aportación de documentación en el seno de un ulterior procedimiento judicial o arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes. Así se manifiesta el artículo 9 LMAMC, siguiendo lo establecido por la Directiva 2008/52/CE,²⁰⁸ y por las reformas introducidas por la Disposición Adicional Tercera de la Ley en los artículos 335.3 y 347.1 LEC.

Sin embargo, la confidencialidad no es un principio absoluto,²⁰⁹ pues en determinados supuestos la información que se conozca podrá ser revelada. La extensión y límites de la misma se han regulado tradicionalmente por los reglamentos institucionales de los centros que han prestado servicios de mediación, por la legislación o por las distintas relaciones profesionales. La LMAMC ha recogido las excepciones en el artículo 9.2, referentes a los supuestos en los que no habrá infracción de este compromiso, esto es, no será preceptiva cuando exista aceptación expresa y por escrito de las partes permitiendo que tal información sea revelada y dispensando al mediador de su deber de confidencialidad,²¹⁰ o cuando sea solicitada por la jurisdicción penal mediante resolución judicial motivada.²¹¹

Sirva también como ejemplo el Código Europeo de mediación de 2004, que siguiendo las pautas de la Recomendación R (98) I. establecía la obligación del mediador de observar la

²⁰⁸ El Artículo 7 de la Directiva 52/2008/CE, dispone que 1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo en contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del proceso de mediación estén obligados a declarar, en un procedimiento judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un proceso de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona; b) cuando la divulgación del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación". Véase, también los puntos 79, 80 y 81 del apartado 3.2.2.1., relativo a la confidencialidad del Libro Verde (2008) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

²⁰⁹ Así lo indica también la Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar. En el "Explanatory Memorandum", punto número 42, se señala que, al inicio de la mediación, las partes deben ser informadas que la confidencialidad no puede ser absoluta.

²¹⁰ El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, en su apartado 3.2.2.1, número 82, prevé esta excepción del consenso de las partes.

²¹¹ Artículo 9.2 a) y b) LMAMC.

confidencialidad sobre toda información proveniente de un proceso de mediación, salvo que hubiere razones legales o de orden público.²¹²

Esta excepción a la confidencialidad también es recogida por la Directiva 2008/52/CE cuando surgen razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo

La confidencialidad por tanto, se ha concebido como manifiesta la Profesora Viola Demestre, como un privilegio de las partes: si las partes están de acuerdo en que la información pueda ser revelada, el mediador podría ser compelido a testificar en un procedimiento.²¹³

En derecho comparado y en el ámbito de la Unión Europea, en Francia y Polonia, la legislación que regula la mediación en el ámbito civil establece disposiciones similares a la Ley española. En Bulgaria, el Código Civil establece que los mediadores pueden negarse a testificar sobre un conflicto en el que hayan mediado. Por el contrario, la legislación italiana no permite la dispensa del deber de confidencialidad de los mediadores, y en el caso de Suecia se exige un acuerdo previo entre las partes relativo a la confidencialidad.

El artículo 7 del Reglamento de ADR de la CCI señala que «salvo acuerdo contrario entre las partes, y a menos que exista una prohibición derivada del derecho aplicable, el proceso ADR, incluido su resultado, es privado y confidencial. De la misma manera, cualquier acuerdo entre las partes mediante el cual se dé por resuelta la desavenencia será confidencial, salvo que una de las

²¹² La Recomendación destacaba la protección del interés del menor, por lo que si en el transcurso de la mediación se descubriera que el indicado menor estuviera sujeto a maltratos o corriera peligro, el mediador estaría obligado a revelar a las autoridades la información obtenida a través del proceso de mediación.

²¹³ «Se suele esperar que las partes estén de acuerdo en que las discusiones y negociaciones no sean comunicadas en cualquier procedimiento legal posterior. Dicha confidencialidad se refiere, normalmente, a un privilegio». El privilegio pertenece a las partes conjuntamente, no al mediador o al proceso. Las partes pueden renunciar a él y el mediador puede ser compelido a testificar en procedimientos legales. Es probable que los mediadores estén sujetos por códigos profesionales de conducta en relación con la confidencialidad, pero son las partes las que ostentan este privilegio. *Memorandum explicativo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a la Recomendación (98)1, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar*, apartado núm. 41. Se puede consultar en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>[Fecha de consulta: 14/12/2016].

partes tenga derecho a divulgarlo, en la medida en que dicha divulgación sea requerida por el derecho aplicable o sea necesaria para la puesta en práctica o la ejecución de dicho acuerdo».

De igual modo el artículo 10 de las normas reguladoras del procedimiento de mediación de la LCIA.²¹⁴

La finalidad que persigue la confidencialidad no es otra que generar la confianza necesaria para favorecer que las partes expresen sus intereses y necesidades y, de este modo, que intenten encontrar, ellas mismas, la solución más razonada, mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurran,²¹⁵ sin temor a que sus palabras, documentos o informaciones vertidas sean utilizadas en su contra, en otro medio de resolución de controversias, en general, un juicio posterior.²¹⁶

Es un principio absolutamente lógico si entendemos que la mediación va dirigida a restablecer la comunicación interpartes, razón por la que para acercar posiciones y buscar intereses comunes es rigurosamente necesaria la creación de un espacio de confianza mutua, espacio que posibilitará que las partes puedan definir sus posiciones y transmitirse información. Del mismo modo, la mediación debe proporcionarles un espacio de libertad en el que las partes se sientan seguras de que todo lo manifestado en las sesiones no es vinculante para ellos. No hay que olvidar que lo que les vincula es el acuerdo final, no el contenido de la mediación.

La mediación es estrictamente privada, inclusive si no se logra acuerdo. El centro de mediación o el mediador puede hacer saber al tribunal, caso de encontrarnos con una mediación intrajudicial, que la mediación no tuvo éxito, pero no puede informar sobre lo revelado por las partes.²¹⁷ No obstante, es significativa la sentencia del STS de 2 de marzo de 2011 que determina

²¹⁴ Mediation Rules, 2012 *The London Court of International Arbitration (LCIA)*

http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx

²¹⁵ Así lo pone de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ, P, en su artículo “El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación”, apartado VI, letra d), disponible en <http://es.scribd.com/doc/30265404/MEDIACION-EUROPA>.

²¹⁶ *Ibid*, Señala al respecto que «ninguna parte expondría todas sus cartas ante el adversario si tuviera el temor de que posteriormente van a ser utilizadas en su contra».

²¹⁷ El Libro Verde considera que «la obligación de confidencialidad atañe a las partes en primer lugar. La información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior» (Libro Verde, apartado 3.2.2.1 Confidencialidad, núm. 79). De igual modo parece desprenderse del Código de Conducta Europeo para mediadores, en cuyo apartado 3.1, párrafo 2, se alude a la obligación de confidencialidad de los mediadores y de las partes.

que la aportación a un proceso judicial de «actas de mediación firmadas por las partes no supone la vulneración del principio de confidencialidad».²¹⁸

La cuestión se suscita en un procedimiento judicial, en el que una de las partes aportó documentos que habían sido obtenidos en el transcurso de una mediación previa. El Tribunal Supremo interpreta el artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña,²¹⁹ añadiendo que «de la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a informaciones confidenciales» que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero «no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial»

A la vista de lo dispuesto en la sentencia, y sin el conocimiento preciso del caso concreto, o el contenido de lo que se denomina «acuerdo libremente adoptado», cabe suponer que los documentos que se aportaron al procedimiento consistían en acuerdos parciales, a los que las partes habían llegado en el transcurso de alguna de las sesiones.²²⁰

Para mayor aclaración de este tema, es necesario indicar que en la práctica de la mediación, y dado que no ha existido, ni existe, un procedimiento estructurado o reglado

A este respecto también se pronuncia el CGPJ en su Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial, 2016, pp. 12.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 109/2011 de 2 marzo [RJ\2011\2616] Afirmó que las actas del proceso de mediación firmados por las partes y el mediador en los procedimientos de separación o divorcio y, en particular, respecto a las consecuencias de la ruptura matrimonial, podían ser aportadas sin que se entienda vulneración el principio de confidencialidad protegido por el art. 13 Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar en Cataluña.

²¹⁹ Artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña en su apartado 1, dispone que «en la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos».

²²⁰ Para mayor profundidad en este tema véase PEREDA GÁMEZ, F.J.: “La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación I”, *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil, Actas del III Simposio de Tribunales y mediación*, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 195-201.

http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf. Vid igualmente VIDAL TEIXIDÓ.A.: “La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación II”, en *Mediación es Justicia, El impacto de ...*, op.cit., pp. 203-204.

taxativamente que señale lo que debe realizarse en cada etapa de la mediación y la manera de hacerlo, -ya que de lo contrario estaríamos rompiendo la flexibilidad e informalidad natural del procedimiento-, se ha generado una praxis habitual extremadamente flexible y abierta en la que las partes junto al mediador establecían sus normas de actuación.

Quiere esto decir, que en infinidad de mediaciones, las partes han podido ir alcanzando acuerdos parciales o propuestas, que en las sesiones posteriores han sido desarrollados con más profundidad, o incluso rectificadas o modificadas. Estos acuerdos generalmente se firmaban por las partes, como compromiso previo para encauzar las líneas de un posible acuerdo, pero bajo los parámetros que el acuerdo vinculante era únicamente el final, no los posibles puntos de partida parciales.

Cabe la posibilidad que en este supuesto, la documentación aportada al tribunal venga referida a un acuerdo de este tipo, y con independencia de que tal acuerdo fuese rectificado en otra sesión, una de las partes lo alegó en el proceso argumentando que consistía en un acuerdo final. Para evitar situaciones similares, si es conveniente y del todo recomendable, que se pacte con carácter previo al inicio del procedimiento que absolutamente nada de lo manifestado verbalmente o por escrito, propuestas de acuerdo, términos parciales, o borradores que puedan alcanzarse en las sesiones, tendrá el carácter de definitivo, salvo que así conste expresamente y por tanto nada vinculará a las partes salvo el acuerdo final.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial afirma que en el ámbito puramente privado, en el que el poder dispositivo de las partes sobre sus derechos e intereses tiene como único límite el perjuicio de tercero o las normas imperativas, el órgano judicial está al margen del desarrollo de la mediación. Únicamente tendrá comunicación del inicio y de la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes hayan llegado, así como de qué parte/s no asistieron de forma injustificada a la sesión informativa previa.

La infracción del deber de confidencialidad, generará responsabilidad personal del mediador, responsabilidad que se extiende a la institución o centro que gestione la mediación como consecuencia de los daños y perjuicios causados. Este aspecto será tratado en el epígrafe V.

Finalmente y refiriéndonos al resto de los principios en los que se asienta la mediación podemos señalar que buena fe subraya el necesario elemento cooperativo para la resolución o interpretación del conflicto y la superación de la desconfianza, incluso si no se llega a acuerdos. Entre otros efectos, implica que la mediación no puede ser utilizada como instrumento dilatorio.

Otra de las características primordiales de este mecanismo, consiste en que su desarrollo no está sujeto a reglas procesales, ni a los principios que dominan la controversia judicial; el mediador, dado su entrenamiento, puede descartar lo que es irrelevante y simplificar rápidamente el asunto. No obstante existen reglas mínimas de actuación a las que deben sujetarse las partes y que, a priori, indicará el mediador, tales como respeto a los principios de igualdad, buena fe, respeto mutuo, colaboración con el mediador y exclusión de otras vías de solución del conflicto -tanto judiciales como extrajudiciales- en tanto se sustancie el procedimiento de mediación. Por tanto, podemos afirmar que se trata de un procedimiento informal, pero con cierta estructura.

Relativo al tratamiento de la confidencialidad en mediación, todos los Estados miembros tienen disposiciones similares. Sin embargo, Chequia y Francia aplican explícitamente el deber de confidencialidad a los mediadores y en Alemania, y Suecia no está claro si los demás "implicados en la administración del proceso de mediación" están también obligados por la confidencialidad.²²¹ Por su parte, la legislación finlandesa establece que, al igual que en los procedimientos judiciales, la mediación judicial está abierta al público.²²² La legislación neerlandesa añade un requisito adicional: la confidencialidad de la mediación debe ser explícitamente acordada.²²³ En Grecia, la ley de transposición de la Directiva 2008/52/CE implica que las partes no están obligadas a mantener confidencial el contenido del acuerdo, salvo que estén de acuerdo en hacerlo.²²⁴

Chipre, Malta y Letonia han introducido medidas de confidencialidad más estrictas, tal como lo permite el artículo 7, apartado 2 de la Directiva 2008/52/CE. En Chipre, la obligación de confidencialidad del mediador permanece incluso después de la terminación de sus servicios de mediación.²²⁵ En Malta, los mediadores no pueden transmitir si se ha alcanzado o no un acuerdo durante la mediación y esa información sólo puede divulgarse si las partes lo acuerdan expresamente por escrito.

²²¹ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report, Directorate-General Justice and Consumers, European Commission, 2016, pp. 43.

²²² Artículo 4 de la Ley de Mediación adoptado en 2009 y entró en vigor el 1 de enero de 2010, publicado en RT I 2009, 59, 385.

²²³ Artículo 5, apartado 2, de la Ley de 15 de noviembre de 2012 por la que se aplica la Directiva 2008/52 / CE.

²²⁴ Artículo 10 de la Ley 3898/2010.

²²⁵ Artículo 23, apartado 2, de la Ley 159 (I) / 2012. La obligación subsiste durante el periodo en que está registrado como mediador e incluso después de su destitución del Registro de mediadores.

Los EEMM que no han transpuesto ninguna de las excepciones a la confidencialidad establecidas en el artículo 7, apartado 1, tienen, de hecho, un contexto jurídico en el que la confidencialidad está protegida de manera más estricta.

III. VÍAS DE ACCESO A LA MEDIACIÓN

La Directiva con el objetivo de promover la mediación, y dada la voluntariedad de este mecanismo, concede un amplio margen al legislador nacional para elegir el modelo aplicable a su Estado.²²⁶ Cabe la posibilidad de acudir a este método de resolución extrajudicial “desde” el mismo proceso judicial, ya sea por indicación del juez, imperativo legal, o por iniciativa de las partes. En cualquier caso y en los dos primeros supuestos, el principio de voluntariedad no se ve afectado, ya que la obligatoriedad siempre va referida al intento de mediación, que se traduce en acudir a una sesión informativa que explique las bases del procedimiento, y en ocasiones a acudir a una primera reunión, pero en ningún caso fuerza a las partes a llegar a un acuerdo, teniendo éstas, en cualquier momento, plena libertad para abandonar la mediación. No podría ser de otra manera dado el carácter esencialmente voluntario.

De este modo, el procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.²²⁷ Se entiende así que la voluntariedad es el elemento esencial incluso aunque se recurriera a la mediación por imperativo legal o judicial. E igualmente está previsto que este recurso pueda someterse a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la comienzo del proceso judicial, siempre que no se impida a las partes el acceso al mismo.²²⁸ Analicemos, por tanto, las características de las distintas modalidades actuales de acceso a la mediación.

²²⁶ *Vid.* Informe, de 15 de julio de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales [2011/2026 (INI)] *op.cit.*

²²⁷ Artículo 3.a Directiva 2008/52/CE.

²²⁸ Artículo 5.2 Directiva 2008/52/CE. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) (Sala cuarta) de 18 de marzo de 2010, Alassini y otros, relativa a los asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08. En ella, el TJUE indica que los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva no se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos de la interposición de un recurso judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d61aa3c647d53746ce9fe9b686>

1. Mediación intrajudicial

La Directiva 2008/52/CE deja plena libertad a los Estados miembros para sugerir el recurso a la mediación, estableciendo que el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, *podrá proponer*²²⁹ a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio, y/o (...) *podrá pedir*²³⁰ a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles.²³¹

Realmente la diferencia más palpable con relación a la extrajudicial es la ruta de acceso. Mientras en aquella las partes, por propia iniciativa y consensuadamente, se inclinan por intentar solucionar su conflicto mediante esta vía, en este tipo de mediación es el juez quien invita a las partes a participar.

La mediación, en cualquier caso, no tiene la consideración de judicial, es simplemente un servicio que presta el juzgado gracias a los convenios que mantiene con diversas instituciones, siendo esencial que las partes no experimenten ningún tipo de confusión al respecto, comprendiendo que es un procedimiento bien diferenciado del judicial y que su decisión es esencialmente voluntaria. Si finalmente se alcanza un acuerdo entre las partes, el procedimiento judicial se archiva.²³²

En España, los jueces, como más adelante expondremos, suelen realizar esta invitación en sus escritos de admisión a trámite, bajo la cobertura legal del artículo 544 de la LEC, en cuyo caso las partes acuden al mediador que consideran más apropiado con plena libertad, pero es también

[687f96b8.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax4Me0?text=&docid=79647&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&d](http://www.icacor.es/fileadmin/user_upload/archivos/contenidos/MEDIACION_INTRAJUDICIAL_CIVIL_1.pdf) [Fecha de consulta: 07/03/2017].

²²⁹ La cursiva es nuestra.

²³⁰ Ídem.

²³¹ Artículo 5 de la Directiva 2008/52/CE.

²³² A este respecto, el Magistrado GONZALEZ MARTIN, destaca el beneficio que supone para los juzgados, por su sencilla tramitación y la reducción en términos de tiempo. No solo elogia la utilidad de este mecanismo para la relación personal de las partes, sino que destaca su incidencia en los beneficios para la Administración de Justicia, ya que eliminando las fases procesales, la celebración de audiencias, vistas, los posibles incidentes, juicio y recursos, consecuentemente contribuye a minorar los costes directos e indirectos de la Administración de Justicia. GONZÁLEZ MARTÍN, L.A., “Mediación Judicial Civil”, *Ponencia, Curso de especialización en mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ilustre Colegio provincial de abogados de A Coruña, 28 de febrero y 1 de marzo de 2013. Disponible en:

http://www.icacor.es/fileadmin/user_upload/archivos/contenidos/MEDIACION_INTRAJUDICIAL_CIVIL_1.pdf.

posible que lo ofrezcan en la audiencia previa en el procedimiento ordinario, o en el acto de la vista en el juicio verbal.

Pero antes de analizar el momento procesal oportuno para la derivación a mediación y la posible suspensión del juicio, conviene comentar la labor realizada en España por el Consejo General del Poder Judicial.

El CGPJ desde hace varios años promociona y defiende la mediación intrajudicial, y para ello ha elaborado unas guías de referencia e información para todos los operadores jurídicos -jueces y profesionales que colaboran con la Administración de Justicia-, con información práctica en relación a la legislación vigente, y el itinerario a seguir para el desarrollo de la mediación. En 2013 publicó la primera de ellas, que ha sido actualizada en 2016,²³³ para adecuarla a los cambios legislativos y a las experiencias acumuladas en los juzgados. Se ha constatado que la iniciativa ha sido satisfactoria, evidenciando la presencia de la mediación en el ámbito judicial.²³⁴ Es distintivo el reconocimiento de la vinculación de la mediación intrajudicial con el acceso a la justicia, no solo a nivel europeo sino internacional. El CGPJ admite que la vinculación obedece a razones prácticas y de eficiencia, ya que la mediación es una de las respuestas a las dificultades que los órganos judiciales afrontan en muchos países y refrenda su actuación por razones procedimentales, es decir, por la capacidad de la mediación de producir un resultado -el acuerdo- percibido y sentido como justo por todas las partes.²³⁵ La guía destaca la importancia de una correcta praxis profesional de los mediadores.

²³³ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. CGPJ, *op.cit.* La Guía contiene diferentes Protocolos de actuación según su ámbito material, mediación civil, familiar, penal, laboral y contencioso administrativo. En la versión de 2016 se constata como la mediación extrajudicial se consolida como un mecanismo «ágil, informal, participativo, fácilmente accesible y rápido».

²³⁴ A este respecto conviene destacar el Protocolo de actuación de Mediación Civil Intrajudicial seguido en el Juzgado de Primera Instancia del Juzgado núm. 73 de Madrid en los años 2009-2010, en el que se señalaba la selección de casos que debían derivarse a mediación, las fases procedimentales para tal derivación, la ficha de derivación a cumplimentar por el juzgado, el contenido de la sesión informativa a las partes y a sus letrados, la reanudación del proceso, la ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación así como su evaluación y seguimiento. Recordemos que este Protocolo se implanta con carácter previo a la promulgación de la LMACM, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Protocolos-y-convenios/Otras-actuaciones-en-materia-de-mediacion/Proyecto-piloto-de-mediacion-civil-intrajudicial-deel-Juzgado-de-Primera-Instancia-n--73-de-Madrid--Anos-2009-2010> [Fecha de consulta: 27/04/2016].

²³⁵ *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. CGPJ *op.cit.*, pp. 15. En este sentido conviene recordar que la mediación no debe ser vista únicamente como una solución a la saturación de causas en los tribunales de justicia. Su uso debe responder a otras necesidades.

Como indicábamos anteriormente, conviene diferenciar entre derivación a mediación y suspensión a causa de la mediación ya que son cuestiones distintas.

1.1. Derivación a la sesión informativa

La derivación por el juzgado a la sesión informativa debe realizarse mediante una resolución motivada, explicando sucintamente el carácter de la mediación, en qué consiste el procedimiento, y el centro de mediación o mediador acordado, o, en su caso, con quien exista un convenio de colaboración, o acuerdo gubernativo comunicado al CGPJ.²³⁶

Igualmente, es necesario informar a las partes que, a pesar de la confidencialidad del procedimiento, la información de la persona que pueda no asistir no se considera confidencial, y por tanto, deberá ser revelada. Esta circunstancia, añade la Guía, «puede ser valorada por el órgano judicial» junto con el resto del material probatorio. Por ello es aconsejable informar de que, en caso de no desear asistir, las partes deberán explicar los motivos de su decisión.²³⁷

Cabe señalar que no será precisa la suspensión del proceso salvo que lo soliciten expresamente ambas partes. Es decir, no debe suspenderse el proceso judicial, sino que “podrá” solicitarse su suspensión. En este caso debe existir plazo suficiente para practicar las sesiones de mediación entre la citación y la celebración de la vista correspondiente. El Juzgado remitirá al servicio de mediación una ficha de derivación para que cuente con unos datos mínimos, citándose a las partes a la sesión informativa -a través de sus procuradores (de estar personados)- o personalmente.²³⁸

La citación se realiza en principio por los funcionarios adscritos al juzgado de la forma acordada con el servicio de mediación, contando con las fechas y horarios señalados por el servicio. Se puede hacer mediante comunicación telefónica, u de otro tipo y se recomienda que existan agendas conjuntas.

²³⁶ *Ibíd.* pp. 17.

²³⁷ De conformidad con lo dispuesto en el apartado 1º del segundo párrafo del art 414 de la LEC.

²³⁸ Vid. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. CGPJ. *op.cit.*, pp. 17. Los mediadores pueden contactar con las partes por teléfono, para confirmar la cita a la sesión informativa, e incluso comentarles algún aspecto o duda sobre el procedimiento, lo que según el CGPJ, resulta muy eficaz para que se animen a ir. Se recomienda enviarles un escrito sin contenido jurídico y en lenguaje asequible, con información del CGPJ sobre mediación o cualquier otra información que pudiera considerarse adecuada para suscitar su interés en acudir a esta sesión informativa.

La derivación a mediación puede realizarse en diferentes fases procesales. El letrado de la Administración de Justicia, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, incorporará un párrafo informando de la posibilidad de acudir a mediación sin suspender el proceso, adjuntando una hoja informativa sobre los centros de mediación a los que pueden dirigirse, y realizando una comparativa entre el proceso judicial y el proceso de mediación.²³⁹

En los procesos declarativos con contestación escrita -incluyendo actualmente el juicio verbal²⁴⁰- la derivación podrá hacerse una vez estén ambas partes personadas en el procedimiento, estableciendo distintos momentos procesales:

Desde que las partes han sido emplazadas hasta la fecha de la audiencia previa o de la vista del juicio verbal,²⁴¹ incluyéndose al efecto un párrafo correspondiente a la derivación en la resolución relativo a la derivación. Igualmente el letrado de la Administración de Justicia, en la diligencia de ordenación convocando a las partes a la audiencia previa, incorporará un párrafo convocando personalmente a los litigantes y caso de ser acordada la derivación, se documentará por escrito mediante diligencia de constancia. De igual forma el juez puede informar personalmente a las partes, en el acto de la audiencia previa, y, en su caso, convocarlas a una sesión informativa sobre mediación.

Si las circunstancias del litigio así lo aconsejan, será el juez o magistrado quien informe a las partes en el acto de la vista, tanto del juicio ordinario como del verbal y convoque en su caso a las mismas a una sesión informativa sobre mediación.

Del mismo modo, también es posible en la parte dispositiva de las resoluciones judiciales definitivas que se dicten -autos o sentencias-. En este caso el juez y según las circunstancias del litigio, podrá incluir un párrafo en que se ofrezca a las partes la posibilidad de acudir a mediación para resolver cualquier discrepancia que subsista entre ellas en relación con lo resuelto, su

²³⁹ DOCS. 2, 3, 4 y 3 BIS y Anexo I.

²⁴⁰ Tras la reforma operada en el art. 438.1 LEC por Ley 42/2015 5 de octubre.

²⁴¹ Para el caso de que ésta se acuerde. Artículos. 438.4 y 440 LEC.

interpretación o ejecución, convocándolas, si el caso lo aconseja, a una sesión informativa sobre mediación.

En los procesos especiales, la derivación se podrá realizar cuando se pueda acomodar a la fase procesal oportuna.

Por su parte, en los procesos de ejecución se producirá una vez se ha dado traslado del despacho de ejecución al ejecutado, aunque no se haya personado en el procedimiento. En todo caso, el letrado de la Administración de justicia intentará derivar a mediación todas las ejecuciones de hacer, cuando exista conflicto sobre el cumplimiento exacto de lo ordenado en sentencia.

En los procesos concursales, la derivación podrá realizarse en el trámite de anuncio de situación pre-concursal previsto en el artículo 5 bis de la Ley, en la medida de que, en función de las circunstancias, pueda preverse un beneficio tanto para el deudor como para los acreedores.

Respecto a la fase de apelación, el letrado de la Administración de Justicia puede informar en la Diligencia de Ordenación por la que se forme el rollo de apelación, y notificada esta resolución y la designación de Ponente, se adjuntará una hoja informativa sobre los centros de mediación a que pueden dirigirse.

1.2. Suspensión del procedimiento.

No obstante, y como señalábamos anteriormente, es igualmente posible la suspensión del procedimiento siempre a requerimiento de las partes ¿Cuándo se puede suspender el procedimiento a causa de una derivación a mediación intrajudicial? En cualquier momento, según reza el artículo 19 LEC, tanto en primera instancia, en recursos, como en ejecución.²⁴² El procedimiento es sencillo, ya que es suficiente que las partes soliciten la suspensión, que será acordada por el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto, siempre que no perjudique los intereses de los

²⁴² Artículo 19 LEC. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión. 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. 3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia. 4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

terceros o el interés general. El único requisito es que el plazo de suspensión no puede superar los 60 días según el artículo 19.4 LEC.

Este último inciso revela un aspecto muy importante a considerar. La mediación intrajudicial es la única que tiene plazo en nuestro país: 60 días. Si en dicho plazo no se obtiene acuerdo, el proceso continuará. Parece lógico que así sea, para evitar estrategias dilatorias de las partes. Es un rasgo común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en los que se permite la suspensión del procedimiento judicial para que las partes intenten una mediación. Es cierto que cada mediación es única y diferente y es conducida a un ritmo diferente, pero se estima que si en un plazo razonable no se atisba acuerdo alguno entre ellos, realmente no existen demasiadas probabilidades de que finalmente se pudiera conseguir. Este planteamiento igualmente se desprende, expresa o tácitamente, en las mediaciones extrajudiciales institucionales, en las que la inmensa mayoría de las cláusulas modelo o cláusulas tipo, bien simples o mixtas, establecen una duración determinada para la consecución del acuerdo, por lo que transcurrido el plazo pactado queda abierta la vía judicial y/o arbitral.²⁴³

Habría que diferenciar en qué momento se solicita la suspensión:

- a) Si se trata de un juicio ordinario, en el momento en que el letrado de la Administración de justicia convoca a las partes a la audiencia, pudiéndoles informar de la posibilidad de acudir a la mediación. Es una invitación, ya que solo se insta a la sesión informativa.

En el supuesto que, llegada la audiencia las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo y aún persiste el litigio, las partes todavía puede solicitar la suspensión para acudir a mediación. En estos casos el juez verifica los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de la partes.²⁴⁴

Si a los 60 días no hay acuerdo, tal y como hemos indicado anteriormente, cualquier parte puede solicitar al juez que se levante la suspensión y se señale fecha para la audiencia.²⁴⁵ En el hipotético caso de que las partes hubiesen llegado a un acuerdo, total o parcial, para que sea título ejecutivo se le solicita al juez que conocía del asunto para que lo homologue mediante auto según reza el artículo 25.4 LMACM.

²⁴³ *Infra* Capítulo II., epigrafe 2, apartado 2.

²⁴⁴ Artículo 415.1.5 LEC.

- b) En caso de juicio verbal, las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.²⁴⁶ En este caso, el tribunal examinará previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, o de sus representantes debidamente acreditados que asistan al acto.

No obstante, en caso de suspensión del procedimiento para acudir a mediación, si esta termina sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista. En caso contrario, si se ha alcanzado un acuerdo entre las partes, éstas deberán comunicarlo al tribunal para que decrete el archivo del procedimiento, sin perjuicio de solicitar previamente su homologación judicial

Una vez manifestado el consenso entre las partes y presentada la solicitud, caso de tratarse de una mediación a través de un centro, estos serán los encargados de proporcionarles un listado de mediadores.

Por otra parte, es posible que las partes celebren una conciliación, pudiendo negociar mutuamente una solución al conflicto con la intermediación de sus representantes legales, lo que conocemos como transacción judicial. En este caso, llegan a un acuerdo sin intervención judicial, pero una vez iniciado el proceso.²⁴⁷ El motivo de esta transacción judicial y no de mediación, puede obedecerse a la inexistencia de un servicio de mediación en el juzgado o carencia de información sobre el recurso de la mediación.²⁴⁸

Hay que tener en cuenta que si las partes no solicitan la suspensión del proceso para intentar una mediación, pero van a intentarla, únicamente disponen de 20 días hasta que se celebre la audiencia lo que, con frecuencia, es un plazo excesivamente breve.

La mediación, caso de ser aceptada por las partes, comenzará al término de la sesión informativa.

²⁴⁵ Artículo 415.3.11 LEC.

²⁴⁶ Artículo 443 LEC en relación con lo dispuesto en el artículo 19.4 LMACM.

²⁴⁷ En los 20 días entre la convocatoria de la audiencia y la celebración de la misma.

²⁴⁸ GARCÍA MONTORO, L.: "El resquicio de la mediación intrajudicial como última oportunidad de alcanzar una solución amistosa al litigio", *Publicaciones jurídicas, Centro de Estudios de Consumo*

Por último, debemos hacer referencia a los datos publicados por el CGPJ en 2015. En relación a las mediaciones familiares, a través de 245 juzgados, se realizaron 5.829 derivaciones a mediación, de las que finalmente se practicaron 1.383 mediaciones. DE todas ellas, un 38.97% terminaron con acuerdo (539) y un 61.02% sin acuerdo (844).²⁴⁹ Constata el CGPJ que por primera vez desde que se inició esta actividad, tanto las derivaciones efectuadas por los juzgados como el número de acuerdos alcanzados ha disminuido²⁵⁰ (un 4.5% aquellas). De igual forma, confirma el CGPJ un dato muy relevante: alrededor de un 54.7% de los casos derivados no acuden a la primera sesión informativa, bien por imposibilidad de localizar a las partes, o a causa del nulo o escaso interés en participar. Este dato hay que tenerlo en cuenta para mejorar la calidad de las derivaciones y gestionar más eficazmente los recursos disponibles.

Respecto a la mediación civil, el número de juzgados que realiza derivaciones a mediación es inferior -111 juzgados- realizando 567 derivaciones, de las cuales solo se formalizaron 104, concluyendo 48 con acuerdo (46.15%) y 56 sin acuerdo (53.8%). Como dato, destaca con respecto al año anterior el aumento de Juzgados que derivan a mediación en asuntos de materia civil, de 78 a 111. El número de derivaciones también se ha incrementado ligeramente, de 540 a 561.

Sin embargo, el número de asuntos que llega a la sesión informativa es escaso, ya que el 72% de las derivaciones no acceden a la misma. No obstante, el número de acuerdos alcanzados aumenta considerablemente situándose en un 46.15% de las mediaciones que efectivamente realizadas.

Como puede observarse, los datos continúan siendo escasamente esperanzadores, siendo el recurso a la medición muy escaso. El CGPJ justifica los resultados por el cómputo que utilizan para obtenerlos, ya que para ver el índice de éxito de las mediaciones, lo computan desde la derivación, mientras que otras instituciones lo realizan desde que se celebra la primera sesión informativa. Señalan que, el contexto en el que se lleva a cabo la mediación influye negativamente en la posibilidad de que las partes consigan llegar a acuerdos, a causa de la escasa voluntad negociadora de las partes, que ya, *ab initio*, han elegido la confrontación del proceso judicial para resolver su

Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp.2 <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/37/80.pdf>
[Fecha de consulta: 25/06/2016].

²⁴⁹ Se trata de datos resultantes de la mediación intrajudicial correspondientes a 2015. Memoria anual 2016, Consejo General del Poder Judicial (España), disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2016--correspondiente-al-ejercicio-2015->.

²⁵⁰ De un 43.36% al 38.92% de acuerdos alcanzados.

conflicto. Por tanto, concluyen, iniciado ya el proceso judicial es más complicado lograr una solución consensuada.

No obstante, el CGPJ afirma que pese al escaso resultado la mediación siempre tiene un efecto positivo para pacificar la relación, o restablecer las vías de diálogo interrumpidas, y sostiene que, frecuentemente, las partes en conflicto tienen abierto no sólo el procedimiento en que cual son derivados a mediación, sino otros diversos que están pendientes de manera simultánea. En tales casos, un acuerdo de mediación implica el archivo de las causas pendientes ya que al terminar el conflicto que latía bajo todas ellas, no hay motivo alguno para pleitear. Sin embargo, y a efectos de cuantificación, es muy complicado plasmarlo en datos o resultados estadísticos y únicamente un solo asunto figurará como resuelto por mediación.

2. Mediación extrajudicial. Obligación de mediar derivada de la voluntad de las partes

Junto a la mediación intrajudicial, que acabamos de exponer, nos encontramos con la mediación extrajudicial, igualmente denominada convencional, refiriéndonos a aquella a la que las partes acuden por propia iniciativa, sin estar inmersas en un procedimiento judicial.

En este sentido, la obligatoriedad de la mediación viene impuesta por la decisión consensuada de las partes, libre y conscientemente manifestada, de común acuerdo entre ellas o por una de ellas con el consentimiento de la otra; estas dos últimas opciones, en cumplimiento de un pacto preestablecido que recoge la voluntad de ambos de someter a mediación los posibles conflictos derivados de su relación contractual, o lo que es lo mismo, de un pacto de sometimiento a mediación, o cláusula de mediación.

En muchas ocasiones, y en el supuesto de mediaciones mercantiles o comerciales, la existencia de cláusulas contractuales de mediación, como estipulaciones insertadas en acuerdos o contratos, nacionales o internacionales, es la vía abierta a su celebración, facultando a las partes distintas posibilidades de elección, junto ala previsión de diferentes circunstancias, designando al tercero neutral, la institución administradora, el lugar de celebración, o el idioma. Todos estos factores permiten otorgar seguridad jurídica y evitar las consecuencias de no haber previsto absolutamente nada, cuestión extremadamente arriesgada en el ámbito de las controversias transfronterizas.

Al igual que ocurre con el arbitraje, existen diferentes modalidades de mediación, según ésta se organice por las mismas partes, sin presencia alguna de centro o institución que ayude en su administración, -mediación *ad hoc*- y en la que la cláusula podrá prever entre otros, el modo de designación del mediador o mediadores, el procedimiento de la mediación, el pago de los honorarios, etc. En cambio, cuando la mediación se organiza a través de un centro de mediación, nos encontramos en presencia de una mediación institucional. En este caso, el centro o institución elegida es quien propone una terna de mediadores, e incluso, en defecto de elección, designa al mediador y organiza todo el procedimiento con arreglo a su reglamento interno de actuación.

Ya hemos analizado que la voluntariedad de la mediación viene referida a todo el procedimiento, materializándose tanto en los supuestos en los que las partes eligen libremente esta opción, antes o después de iniciada la controversia, como en aquellos otros en los que se acude a la misma por recomendación, sugerencia, o derivación de los órganos jurisdiccionales. El derecho de desistimiento es también otro principio esencial, en consonancia con el anterior, ya que las partes pueden abandonarla en cualquier momento, sin que se les imponga la obligación de alcanzar un acuerdo final.

Procede examinar las consecuencias del principio de voluntariedad y la obligatoriedad o exigibilidad derivada de estas cláusulas de mediación, así como los problemas que pueden surgir.

2.1. Cláusulas contractuales

La mediación tiene su fundamento en un acuerdo, que en la praxis recibe diferentes denominaciones: compromiso de mediación, cláusula de mediación, cláusulas compromisorias,²⁵¹ pacto de negociar, acuerdo, pacto, contrato o convenio para mediar, acuerdo de sometimiento a mediación, entre otras.²⁵²

Realmente hay dos formas de pactar el acceso a la mediación, esto es, previo o posterior a la existencia de la controversia, o lo que es lo mismo, la existencia de una cláusula contractual incorporada en un contrato que hace mención a los posibles conflictos futuros, y el pacto entre las partes para someter a mediación un conflicto ya surgido. Ambos están basados en la voluntariedad

²⁵¹ GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S.: *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Colección Estudios prácticos de contratación privada, Navarra, Thomson Reuters, Civitas, 2014. pp. 39.

²⁵² Nótese que en este caso se denomina de igual forma que el acuerdo al que llegan las partes tras una mediación. No debe confundirse en ningún caso.

y el consenso mutuo, pero posiblemente el empleo de sinónimos y la diversidad de terminologías, un tanto abrumadora, no hace sino confundir. Algunos autores plantean la denominación “cláusula de mediación”²⁵³ para cualquiera de las dos situaciones, otros en cambio, consideran que es más apropiado calificar de “cláusula de mediación” al pacto previo, y de “compromiso” al pacto posterior.²⁵⁴

La Directiva 52/2008/CE no contiene regulación, ni definición alguna de las cláusulas o compromisos de mediación. La LMACM, por su parte, induce igualmente a confusión ya que para referirse a la estipulación incorporada a un contrato a través de la cual las partes se comprometen a someter a mediación las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica emplea expresiones distintas, refiriéndose tanto al «pacto por escrito» como a «cláusula».²⁵⁵ Podemos extraer que, con independencia de la forma que adquiera finalmente, y del momento en que se celebre, viene referido tanto a la cláusula previa de mediación, esto es, al contrato independiente que contenga un pacto de mediación, y al pacto o compromiso posterior, por lo que la denominación «pacto o cláusula de sometimiento de mediación» es válida para todos ellos, caracterizándose porque la “obligación de mediar” proviene, directamente de la voluntad de las partes, no de la ley.

Volviendo a lo anterior, constatamos que la expresión más extendida para referirse a la estipulación incorporada a un contrato a través de la cual las partes se comprometen a someter a mediación las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica es la de

²⁵³ GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S.: *El contrato de mediación y el acuerdo...op.cit.* pp. 39.

²⁵⁴Esta discusión recuerda otra similar relativa al arbitraje. Con anterioridad a la Ley 60/2003 existía la distinción terminológica entre «compromiso», -por el cual se somete a arbitraje una controversia ya existente-, y «cláusula compromisoria» -relativa a las futuras diferencias que puedan surgir respecto de una relación jurídica entre las partes-. Distinción hoy inexistente, refiriéndose con el término «convenio arbitral» a cualquier género de acuerdos arbitrales que incluye lógicamente los dos anteriores. En igual sentido, el Convenio de Nueva York de 1958 utiliza un concepto amplio de acuerdo arbitral que comprende tanto el «compromiso como la «cláusula compromisoria», y que obliga a los Estados contratantes a reconocer ambas modalidades del acuerdo de sumisión, que quedan sujetos en el Convenio de 1958 a los mismos requisitos de forma y producen los mismos efectos procesales. Aunque esta distinción, más teórica que práctica, aún podría ser relevante en algunos ordenamientos jurídicos y puede tener importancia de cara al ulterior laudo que se dicte. *Vid.* ROCA AYMAR, J.L.: *El arbitraje comercial...op.cit.*, pp.94. En el mismo sentido VIRGOS, M.: “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 14, 2006, pp.17, disponible en www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=210 [Fecha de consulta: 27/04/2017].

²⁵⁵ Véase, por ejemplo, art. 6.2 LMACM: «Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe...» e inmediatamente después, el mismo precepto refiere la expresión «cláusula» exclusivamente a conflictos futuros.

«cláusula de mediación» (*mediation clause*).²⁵⁶ La Profesora Barona Vilar califica este pacto un «acuerdo *ex ante*»,²⁵⁷ como una obligación genérica de las partes. Pese a que este término parece ser el más correcto y adecuado, sin embargo tampoco está exento de polémica. Así se pronuncian los Profesores Ginebra Molins y Tarabal Bosh, quienes afirman que la utilización de esta terminología puede dar cabida a otro tipo de cláusulas que nada tiene que ver con el pacto entre las partes. De tal manera, manifiestan que podría confundirse con la posible «cláusula de un contrato de seguro de defensa jurídica», en el que la compañía aseguradora configurara el intento de mediación como requisito del asegurado para cumplir las obligaciones de la aseguradora derivadas del contrato, o quedaran cubiertos, por ejemplo, los gastos derivados de acudir a una mediación.²⁵⁸ Entendemos que estas posibles confusiones, pueden subsanarse fácilmente teniendo en cuenta el contexto y la claridad en la redacción.

En cualquier caso y volviendo a nuestra argumentación inicial, este pacto de sumisión, en cualquiera de sus formas, es perfectamente legítimo, siendo la base y el fundamento de la mediación, puesto que sin él esta no puede iniciarse. El origen de todas las estipulaciones es la autonomía de la voluntad de las partes, quienes no pretenden acudir a la vía judicial o a la vía arbitral en primera instancia, sino solo únicamente en último lugar, cuando no ha sido posible que lo solucionen ellos mismos con la asistencia de un tercero neutral. Recordemos que la mediación no es una posibilidad excluyente, sino complementaria, de modo que les permite continuar con aquellas vías abiertas. Esta actuación denota una voluntad de entendimiento y de compromiso previo. Pero aparentemente se queda ahí, en un compromiso, que sin embargo, no contradice la voluntariedad de la mediación, puesto que no se puede obligar a permanecer en la misma, ni a alcanzar un acuerdo. En este sentido, el Libro Verde subrayaba la conveniencia de mantener la voluntariedad en origen, señalando que «cabe entonces preguntarse si presenta algún interés conferir carácter vinculante a estas cláusulas, ya que pudiera ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad».²⁵⁹

²⁵⁶En general véase GINEBRA MOLINS, M.E y TARABAL BOSCH, J.: “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación” <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/270125/357682>.

²⁵⁷BARONA VILAR, S.: Mediación en asuntos civiles y mercantiles....op.cit. pp.171.

²⁵⁸A este respecto véase el análisis de GINEBRA MOLINS, M.E y TARABAL BOSCH, J.: “La obligatoriedad de la mediación...” *op.cit.* pp14.

²⁵⁹Párrafo 64, Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

Teniendo como máxima esta afirmación, podemos preguntarnos hasta donde tiene eficacia este “compromiso” o “cláusula de mediación” y que puede ocurrir en caso de incumplimiento. Pero antes de ello, es esencial aclarar, en la medida de lo posible, su naturaleza jurídica.

2.1.1. Naturaleza jurídica de la cláusula de mediación

La naturaleza jurídica del pacto, cláusula o convenio de mediación difiere del convenio arbitral, ya que las partes se exigen únicamente a intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial.²⁶⁰ En el convenio arbitral las partes se obligan tanto a someter a arbitraje todas o alguna de las controversias que hayan surgido, o puedan surgir, respecto de una determinada relación jurídica, como a cumplir lo estipulado.²⁶¹

La naturaleza jurídica del contrato para mediar -pacto o convenio de mediación- ha sido muy discutida. Partiendo de la base de que las partes se obligan únicamente a “intentar” el procedimiento que previamente han pactado de buena fe, debemos considerar qué tipo de consecuencia implica que este hecho no se cumpla.

A este respecto, se le ha considerado un precontrato, aunque no toda la doctrina lo califica de este modo. El Profesor Lorca Navarrete señala que es un negocio jurídico impropio y una categoría conceptual autosuficiente.²⁶² La Profesora Barona Vilar estima que se trata de un precontrato civil.²⁶³ Sin embargo la Profesora Blanco Carrasco considera que es un trato preliminar, que provocaría un resarcimiento de la parte que se niega a acudir a mediación hacia la otra, puesto que aunque no produzca una obligación efectiva de formalizar la mediación, se trataría de una ruptura injustificada.²⁶⁴ Esta tesis también es apoyada por el Profesor Serrano Gómez, que además

²⁶⁰ Artículo 6. 2 LMACM.

²⁶¹ Artículos 9.1 y 11.1 LA. Véase VIRGOS SORIANO, M.: “*El convenio arbitral...*”, *op.cit.*, pp. 17.

²⁶² LORCA NAVARRETE, A.M.: “*La mediación en asuntos civiles y mercantiles, Real Decreto Ley 5/2012, de 5 marzo*”, Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012, p. 72 y siguientes. Disponible en https://books.google.es/books?id=XwiKAgAAQBAJ&pg=PA284&lpg=PA284&dq=lorca+navarrete+la+mediacion+en+asuntos+civiles+y+mercantiles&source=bl&ots=e2pSal-TYC&sig=e18u3RwBiYPIrZ-szo6D54KkZco&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjz5_22uO3SAhUFicAKHVuWCuAQ6AEILDAE#v=onepage&q=lorca%20navarrete%20la%20mediacion%20en%20asuntos%20civiles%20y%20mercantiles&f=false [Fecha de consulta: 14/04/2017]

²⁶³ BARONA VILAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles...* *op.cit.* pp. 171.

²⁶⁴ BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos...* *op.cit.* pp. 315.

entiende que es incompatible con el artículo 6 LMACM, porque en cualquier caso, debe intentarse el procedimiento pactado de buena fe.²⁶⁵

No obstante, la consideración de esta cláusula como un trato preliminar, o una carta de intenciones, nos genera dudas.²⁶⁶ Estos suponen una negociación tendente a la futura realización de obligaciones recíprocas, el inicio del *iter* contractual, o de la formación progresiva del contrato, durante el cual las partes no quedan obligadas, ni vinculadas jurídicamente en forma alguna, a menos que se aprecie una evidente mala fe, aunque, es cierto que tampoco el deber de negociar de buena fe impone o lleva aparejada la obligación de finalizar la negociación con un acuerdo. Podríamos considerarlos como manifestaciones de voluntad hacia un fin común, si estimamos que este fin común es la futura celebración de la mediación.

La línea divisoria entre lo que son meros tratos preliminares o acuerdos de intenciones y el precontrato, tampoco es sencilla. El precontrato, viene caracterizado por la concreción de unos elementos que son determinantes para la conclusión de un contrato definitivo, a la espera exclusivamente de la aceptación por la otra parte, sin necesidad de requerirse nuevas negociaciones para la última eficacia de lo que ya ha sido pre-acordado. Se trataría de una primera fase negocial, que no goza de independencia a efectos jurídicos, ya que no tiene sentido alguno si no se conecta con la segunda fase del negocio, que no es sino el contrato definitivo que prepara.²⁶⁷ Así, los particulares, bien por conveniencia o por necesidad, recurren al precontrato para quedar vinculados de forma estable, a la espera de las circunstancias que permitan la consecución o conclusión del contrato final.

La tesis del precontrato parece ser la que más adeptos tiene. Mediante el mismo, las partes quedan obligadas a celebrar, en un momento posterior, un nuevo contrato emitiendo las declaraciones de voluntad. Se puede entender que la mediación es un precontrato, porque las partes se comprometen a prestar su consentimiento para intentar la mediación, sin que esto implique

²⁶⁵ SERRANO GÓMEZ Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición. Mediación en asuntos civiles y mercantiles COMENTARIOS A LA LEY 5/2012, Madrid, Reus, 2012, pp.67-71. GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S.: *El contrato de mediación y el acuerdo...* op.cit. pp.62.

²⁶⁶ La carta de intenciones o «*letters of intent*» (*Memorandum of Understanding*), es una figura contractual propia del Derecho anglosajón, que sin bien carece de regulación propia en nuestro sistema legal, se ha incorporado al mismo en atención a la autonomía contractual y al artículo 1255 Cc. Son muy habituales en el tráfico mercantil como inicio previo de las negociaciones dirigidas a la firma del contrato.

²⁶⁷ En este sentido véase ROMAN GARCIA, A.: “La eficacia jurídica de los precontratos”, *Anuario de Derecho, Universidad de Extremadura*, pp. 337, disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/813983.pdf>.

necesariamente llegar a un acuerdo que finalice el conflicto. De este modo, para que se perfeccione el precontrato, se necesitaría una segunda declaración de voluntad para obligar a las partes a celebrar ese segundo contrato, que es precisamente el intento de mediación. La prestación que genera el precontrato es una prestación de hacer, esto es, de hacer una declaración de voluntad, por lo que es una obligación que no puede ejecutarse, no existiendo un elemento coercitivo para obligar a las partes a intentar la mediación.

Como consecuencia del incumplimiento del precontrato, es decir, de intentar la mediación, la única consecuencia posible es una indemnización de resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados, pero en ningún caso se le podía obligar a las partes a emitir esa declaración de voluntad, ni siquiera mediante una sentencia judicial, ya que iría en contra del principio de voluntariedad.

Sin embargo, S. Barona Vilar considera que existen ciertos mecanismos que obligan a las partes a acudir e intentar el procedimiento de mediación,²⁶⁸ aludiendo a la declinatoria, prevista en el artículo 10.2 LMACM y el artículo 39 LEC, permitiendo alegar al demandado que la cuestión debe someterse inicialmente a mediación. Pero la declinatoria sólo puede aplicarse cuando se inicia del procedimiento, de modo que si éste no existe, y una de las partes no quiere acudir a mediación, no existe ningún procedimiento para obligarle. Así la mediación, sencillamente, quedaría sin efecto.

Por tanto, asimilar la cláusula de mediación a un precontrato, implica que la parte que decida no iniciar la mediación, y a pesar de todo ello, presente una demanda en el juzgado, puede encontrarse con dos posibilidades. De un lado, que el demandado no presente declinatoria de jurisdicción, contestando a la demanda y aviniéndose a ella, en cuyo caso concurrirían ambas voluntades para no iniciar la mediación, y no se perfeccionaría el precontrato. De otro, que el demandado manifieste su disponibilidad para hacer efectivo el pacto e intentar la mediación, en cuyo caso presentará la correspondiente declinatoria, y cumplirá con el precontrato.

En el supuesto de que las partes firmen un compromiso para someterse a mediación una vez ya iniciado el conflicto, quizás las posibilidades de perfeccionamiento del precontrato sean más certeras, a causa de la cercanía del conflicto y la imperante necesidad de alcanzar un acuerdo. Pero actualmente, en cualquier caso, tampoco se puede obligar de modo coercitivo a alguna de las partes a realizar la solicitud inicial para, al menos, intentar la mediación.

²⁶⁸ BARONA VILAR, S.: Mediación en asuntos civiles y mercantiles..., op.cit. pp. 175.

Por otra parte, si consideramos que la cláusula de mediación es un precontrato, en el caso de que no se cumpla y no se intente la mediación, ¿surge la obligación de resarcimiento? Posiblemente surgiría desde el momento en que se incumple el precontrato, acudiendo a la vía judicial, por lo que iniciado el proceso, la parte perjudicada podría solicitar una indemnización correspondiente a los daños y perjuicios causados, por la dilación temporal producida y los gastos generados hasta el momento.²⁶⁹

A este respecto, el Profesor Santos Vijante propone que sean los reglamentos de los centros de mediación los que prevean algún tipo de sanción económica a los comportamientos contrarios a la lealtad y buena fe en la actuación recíproca de las partes.²⁷⁰ De este modo, se tendría en cuenta en la condena en costas, siendo un criterio de peso para apreciar mala fe en la persona no quiso intentar la mediación. Sin embargo, consideramos que este efecto no sería positivo en la promoción de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, porque posiblemente las partes intentarían evitar la inclusión de una cláusula en un contrato, recelosas de las posibles consecuencias futuras, y consecuentemente posponiendo el pacto con la previsión de consensuar con la otra parte el intento de mediación a posteriori, es decir, una vez surgido el conflicto. Ahora bien, no hay que perder de vista, que en la praxis, los operadores jurídicos y comerciales están mucho más predispuestos a negociar cualquier aspecto durante la celebración del contrato que una vez surgida la controversia, momento en que las posiciones están enfrentadas y posiblemente, ni siquiera, consigan ponerse de acuerdo para intentar el recurso de la mediación.

Siguiendo con nuestra argumentación, en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula de mediación, la LMACM no se pronuncia al respecto, únicamente señala que el procedimiento de mediación «*podrá iniciarse (...) por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas*»²⁷¹ afirmación de la que parece claro que podamos extraer que es perfectamente plausible su condición contractual.

En cualquier caso, dado que la sumisión a mediación implica un sometimiento a una actividad, no a un resultado, que, en cualquier caso, puede producir distintos resultados, parece complicado aplicar analógicamente lo dispuesto para los convenios arbitrales o las cláusulas de sumisión de foro.

²⁶⁹ GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S.: El contrato de mediación y el acuerdo...op.cit. pp.63.

²⁷⁰ SANTOS VIJANTE, J.M.: “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal*, número 1.2, 2013, pp.9. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4407141.pdf>.

Llegados a este punto y en relación con lo expuesto anteriormente, ante la presencia del conflicto, las partes pueden invocar conjuntamente el pacto para intentar resolver el conflicto a través de mediación, aunque lo habitual será que lo haga una de ellas, el que ha visto mermado su derecho o incumplida alguna obligación. Esta es una manifestación de voluntad de cumplir con lo estipulado, al mismo tiempo de denota cierto esfuerzo de llegar a un entendimiento. Respecto a la parte requerida, es verosímil que su voluntad de entendimiento sea exactamente igual de activa, con lo que ambas se esforzaran por lograr un entendimiento mutuo. Así, a pesar de que la iniciativa la haya tenido uno de ellos, el otro responde aceptándola, siendo conscientes de lo que puede suponer un procedimiento judicial o arbitral, quedando a expensas de la voluntad imperativa de un tercero, por lo que posiblemente lo intenten y se esfuercen. Si alcanzan un acuerdo, el pacto para mediar habrá resultado exitoso, se habrá ejecutado y la voluntad inicial de las partes cumplida. En caso contrario, el compromiso habrá sido igualmente concluido y al menos, lo habrán intentado.²⁷²

Ahora bien, quizás la parte que es requerida para cumplir lo dispuesto en la cláusula de mediación, no advierta esta misma voluntad, con lo que la ejecutabilidad del pacto para mediar es complicada. Su comportamiento como analizamos anteriormente, puede suponer distintas actuaciones. En primer lugar, cabe la posibilidad de que decida presentar una demanda ante la jurisdicción ordinaria, haciendo caso omiso del pacto previo. En estos supuestos el ordenamiento jurídico ha previsto una solución procesal para cerrar temporalmente esta vía, con la interposición de la declinatoria según el artículo 10.2 LMACM, que impide que el pacto previo de mediación se incumpla.²⁷³

²⁷¹ Artículo 16.b LMACM.

²⁷² A este respecto es interesante la Sentencia 65/2009 del Juzgado de Instrucción número 10 de Barcelona, en la que en un juicio de faltas, e invitados a realizar una mediación en la que no hubo acuerdo, las partes reconocieron alimentar la mala relación que habían tenido a raíz de diversas molestias y discusiones así como los hechos que han dado lugar al procedimiento judicial. Señala la sentencia que (...) *“Las partes han podido hablar de los hechos y de cómo se han sentido cada uno. También han podido expresar sus necesidades de cara a una buena convivencia para el futuro, evitando insultarse y decir o hacer nada que pueda molestar al otro. Ambos acuerdan que en el caso que tuvieran algún problema tratarán de solucionarlo a través del diálogo”*. Juzgado de Instrucción núm. 10 Barcelona. Procedimiento Juicio de faltas 493/2008, [NIG: 08019 - 43 - 2 - 2008 - 1055249]. Disponible en <http://www.mediacion.icav.es/archivos/subcontenido/1113.pdf> [Fecha de consulta: 20/03/2017].

²⁷³ Recordemos que la declinatoria no puede ser apreciada de oficio por el tribunal, sino que debe ser instada por el demandado. En el hipotético caso de que no se presentara esta, se entiende que las partes renuncian a la posibilidad de encontrar un acuerdo en mediación y aceptan ir directamente al proceso judicial. Pero deben ser ambos. En el ámbito internacional, habrá que estar a lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico en relación a los plazos y al momento procesal oportuno para interponerla.

Del mismo modo, es admisible que se niegue a los requerimientos de la otra parte advirtiéndole su nula voluntad de dialogar,²⁷⁴ o bien que su único propósito sea dar cumplimiento al pacto, temeroso de posibles consecuencias si no lo hace, pero sin mentalidad alguna de alcanzar el acuerdo. De este modo puede acudir a la sesión informativa, o permanecer una sesión y abandonar inmediatamente después. Su actuación sigue amparada por el derecho, en virtud del artículo 6 LMACM que le permite «no mantenerse en el procedimiento de mediación ni alcanzar un acuerdo», convirtiéndose la mediación en un mero acto previo que resulta necesario transitar para dar cumplimiento a lo dispuesto en el pacto.

Pero entonces, ¿está o no está obligado a acudir a la sesión informativa? recordemos que el artículo 17.1 LMACM señala que en caso de «*inasistencia injustificada*» a la sesión informativa, se entenderá que desiste de la mediación solicitada. Entonces, si había pacto previo y ni siquiera acude a la sesión informativa, ¿puede entenderse que está incumpliendo el pacto? o por el contrario ¿se entiende que lo cumple y simplemente desiste de la mediación? ¿Cómo debemos interpretar esta inasistencia?²⁷⁵

Esta posibilidad no es baladí, porque es posible que en el futuro, pudiera dar lugar a demandas de incumplimiento contractual y responsabilidad por daños y perjuicios.

En este sentido es interesante comentar el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona, de 26 de enero de 2015.²⁷⁶ En este supuesto, las partes no habían pactado ningún tipo de sumisión a la mediación, sin embargo y ante la escasa cuantía de lo reclamado, el Juzgado

²⁷⁴ Puede aducir motivos económicos, entendiéndose que supone un coste que no pretende asumir entendiéndose que es innecesario porque no tiene intención alguna de negociar.

²⁷⁵ En este sentido véase PARDO LOZANO, J.M.: “La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 14, diciembre 2016, www.revistaidj.com/index.php/RIDJ/article/download/11/6. Afirma que la cláusula puede incumplirse de forma activa o pasiva. En el primer caso, porque una de las partes acude directamente a los tribunales obviando la cláusula de sometimiento a la mediación, cuestión que permitiría a la parte interesada la posibilidad de invocar la cláusula mediante la interposición de la declinatoria (art. 39 LEC). En el segundo caso, por la inasistencia injustificada a la sesión informativa supuesto que la ley asimila al desistimiento de la mediación (art. 17.1 LMACM).

²⁷⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona, de 26 de enero de 2015. [Roj: AJPI 3/2015]. El auto apunta que, según cálculos del Consejo General del Poder Judicial, «el coste de poner en marcha la maquinaria judicial para un proceso verbal es de 2.610 euros, una cuantía cinco veces superior a lo reclamado en el litigio», por lo que entiende que «comporta una desproporción enorme entre lo que se discute y lo que cuesta que se discuta, existiendo otras alternativas que no comprometen recursos públicos» El juzgado evoca que, según el artículo 7.2 del Código Civil, la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, explicando que se abusa del derecho a la tutela judicial cuando no se utiliza como último recurso sino como primero, suponiendo un «aprovechamiento de recursos públicos en beneficio de la actividad de una mercantil», teniendo en cuenta que existen métodos alternativos de resolución de conflictos.

se plantea si es «justo, ético y de rectitud social, en un momento en que los recursos públicos son escasos y el servicio que realizan los tribunales está colapsado por un exceso de litigiosidad, que las personas jurídicas que más se benefician de la actividad jurisdiccional acudan a la jurisdicción, sufragada por todos los contribuyentes, por reclamaciones de escasa cuantía existiendo otras vías para solucionar la controversia» e impone a una aseguradora una sanción de 40 euros (el 10% de la cantidad reclamada) por mala fe procesal, concretada en un abuso del proceso.

Este auto, con una carga ejemplarizante importante, abre la posibilidad de sanciones por no acudir a la mediación, cuando se trata de pequeñas cuantías en las que evidentemente, es mucho más costoso abrir la vía judicial. En cualquier caso, es interesante la constatación de que el derecho a la tutela judicial efectiva no es ilimitado cuando se hace un uso inadecuado.

Y volviendo a lo anterior, y en último caso, podemos encontrarnos que una de las partes, con escasa voluntad de dialogar, acude a mediación pero sin realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar un acuerdo. Al final la resolución será la misma, si no hay voluntad de mediar por una de las partes, el mediador posiblemente sea el que decida darla por concluida. De modo que finalmente se habrá llegado a la misma situación, pero con un coste añadido, que según marca la ley deberá ser compartida por ambos a partes iguales.

En consecuencia, podemos afirmar que el pacto para mediar, supone un compromiso entre las partes que necesita de una acción de voluntad posterior. Y no acudir a la mediación en primer lugar, implica el incumplimiento del pacto, pero por el momento sin consecuencias.

Debemos tener cuidado en no confundir el contrato que las partes establecen para someterse a mediación, con el denominado contrato de mediación o corretaje.²⁷⁷ La idéntica denominación puede inducir a confusión y por tanto a la asimilación de las distintas figuras jurídicas. Sin embargo son totalmente distintas y en este, el “mediador”, actúa como un intermediario independiente que promueve o facilita, a cambio de una remuneración, que una parte celebre un contrato con un tercero, pero sin intervenir en este contrato. Hay que tener en cuenta que actualmente el término “mediación” nos traslada a este mecanismo de ADR, pero hasta hace

²⁷⁷ El contrato de mediación, civil o mercantil, próximo al mandato, carece de regulación jurídica en nuestro país, rigiéndose por lo estipulado entre las partes. Esta laguna legal se suple por las disposiciones generales contenidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, dedicado a las obligaciones y contratos así como por los usos y costumbres propios de su naturaleza y por las reglas de los contratos afines tales como el mandato, la comisión mercantil y el arrendamiento de obras y servicios en concreto amparado por el artículo 1255 CC dispone que “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. En este sentido véase también los artículos 50 a 63 del Código de Comercio.

relativamente poco tiempo, y en el ámbito del Derecho Civil, hacía referencia a un contrato atípico que carece de regulación legal, aunque se ampara en el artículo 1255 CC y en las aportaciones realizadas por la doctrina y la jurisprudencia.²⁷⁸

En cualquier caso y en aras de evitar indeseadas malinterpretaciones, convendría denominar “corretaje” a esta tipología contractual y dejar la expresión contrato de mediación referida a la resolución de conflictos.²⁷⁹

2.1.2. Similitudes y diferencias con el convenio arbitral

El pacto o cláusula de mediación tiene ciertas similitudes con el convenio arbitral. Ambos son resultado de la declaración de aquiescencia de las partes, y en cualquier caso obligan a estas a cumplir con lo en ellas manifestado. Ahora bien, la diferencia entre ambos es que mientras el convenio arbitral conduce inexorablemente al arbitraje,²⁸⁰ en el que un tercero imparcial impondrá la solución, el pacto de mediación permite que otro tercero neutral acerque posturas entre las partes, sin ni siquiera orientar en la resolución.

El convenio arbitral es una manifestación de voluntad por la que las partes expresan su conformidad de renuncia a los tribunales de justicia como mecanismo de resolución de su conflicto, aceptando que sea gestionada mediante el arbitraje y que, por ende, el árbitro dicte un laudo.²⁸¹ Esto supone una renuncia, que no ocurre en la mediación ya que esta no es una vía excluyente, sino una vía complementaria. Este dato, es una de las mayores diferencias y a nuestro entender, una de las mayores ventajas que otorga la mediación. Por tanto, una vez iniciado el arbitraje, no se puede abandonar -salvo que las partes alcancen un acuerdo durante la tramitación del mismo, en cuyo

²⁷⁸ Para más información, consúltese “Contrato de mediación o corretaje”, *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*, disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento>. Igualmente puede consultarse el tratamiento jurisprudencial en la Sentencia del TS (sala 1º) de 1 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7190], Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2005 [Roj: AAP M 3834/2005] y [Roj: AAP M 3837/2005].

En el mismo sentido véase GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S.: *El contrato de mediación y el acuerdo...op.cit.* p. 78.

²⁷⁹ BLANCO CARRASCO, M.: *Mediación y sistemas alternativos...op.cit.* pp. 251.

²⁸⁰ Artículo 9 LA dispone «El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

²⁸¹ Para ampliar el estudio del convenio arbitral, véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.: “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino,” *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*, (coord. Eduardo Picand Albónico), *Editorial Jurídica de Chile*, 2006, pp. 698-725.

caso nos encontraremos ante un laudo de mutuo acuerdo entre las partes,²⁸² acción que pese a su voluntariedad no puede considerarse un acuerdo de mediación. El hecho de que haya sido acordado por consenso, no lo califica de acuerdo de mediación sino de laudo, que podrá ser reconocido como tal por el árbitro y adquirirá, sin más, su fuerza ejecutiva. Otra cuestión distinta es que bajo la pendencia de un arbitraje, las partes se sometan a una mediación y alcancen un acuerdo, en cuyo caso, el árbitro igualmente podrá considerarlo laudo por acuerdo entre las partes y otorgarle eficacia ejecutiva, sin que sea necesario ser elevado a escritura pública ante notario. Esta cuestión será analizada en epígrafes posteriores.

Como señalábamos, el núcleo del arbitraje es el convenio arbitral,²⁸³ que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, fundamento que justifica la exclusión de la intervención del juez en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial.²⁸⁴ Es un negocio jurídico en virtud del cual las partes expresan su consentimiento de someter a arbitraje la solución de todas o algunas de las cuestiones litigiosas, presentes o futuras, respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

Se trata por tanto de un pacto de naturaleza contractual, bilateral, y como regla general, de contenido procesal, siendo su finalidad inmediata excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia, y su finalidad mediata, obtener la resolución de esa controversia, con los mismos efectos que una sentencia firme, esto es, cosa juzgada y ejecutoriedad.²⁸⁵ Su interpretación no debe ser restrictiva y la jurisprudencia tiende a concebir la sumisión a arbitraje como una excepción a la jurisdicción y a aplicar el principio *in dubio mitius*, esto es, «en la duda lo menos restrictivo».²⁸⁶ En cualquier caso, es un contrato y como tal debe

²⁸² Artículo 36 LA. Laudo por acuerdo de las partes.1. “Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes”.2. El laudo (...) tendrá la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

²⁸³ CREMADES, B.M.: “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral”, Libro Convenio Arbitral -Tomo 1.indb 659, 2011, pp. 659-676. Es calificado como la «piedra angular» del arbitraje.

²⁸⁴ *Id.*, por todos, ARTUCH IRIBERRI, E.: “*El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*”, Madrid, Eurolex, S.L., 1997; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ARTUCH IRIBERRI, E.: “*Validez y eficacia del convenio arbitral internacional*”, Tratado de Derecho arbitral, Bogotá, Colección Estudios.

²⁸⁵ CREMADES, B.: Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003 de Arbitraje), Comentario a la Ley de Arbitraje(A. de Martín y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 283.

²⁸⁶ VIRGOS SORIANO, M.: “El convenio arbitral...”, *op.cit.*, pp.17.

reunir los elementos esenciales de todo contrato²⁸⁷ y supeditado a la presunción de la buena fe como una regla de conducta a la que las partes se someten en su relación comercial y jurídica.

El convenio arbitral puede adoptar distintas manifestaciones. Podemos encontrarnos con un acuerdo independiente del contrato base aunque lógicamente en relación al mismo, o bien una cláusula de arbitraje inserta directamente en este contrato base o principal, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación siempre que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.²⁸⁸ Cabe incluso la declaración unilateral de sometimiento de una de las partes con la condición de que sea seguida de una adhesión formal de la otra.²⁸⁹

Presenta dos efectos característicos. Por un lado el efecto positivo, que implica la obligación de someter el conflicto a la decisión de uno o más árbitros, dando cumplimiento así a lo pactado entre ellos. Es evidente que en estos casos el arbitraje resulta obligatorio, pues no obedece sino a la voluntad expresada libremente en un momento determinado, voluntad vinculante y definitiva que debe ser cumplida. Ahora bien, esta manifestación de la voluntad no es absoluta, en el sentido de que puede ser modificada por las partes, siempre que con posterioridad renuncien a dicho convenio expresamente, redactando otro distinto o bien renuncien al mismo tácitamente, mediante una sumisión tácita a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Este cambio de actitud produce la invalidez del convenio arbitral, ya que la manifestación de la voluntad de las partes prevalece sobre todo ello.²⁹⁰

El efecto negativo, supone la exclusión definitiva y excluyente de los órganos jurisdiccionales del conocimiento y resolución del conflicto, no pudiendo acudir a los tribunales ordinarios para que solucionen sus controversias y que como manifiesta el jurista B.M. Cremades, responde a la naturaleza misma de la institución.²⁹¹ Así si una de las partes pretende someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria, la otra puede hacer valer la eficacia del convenio arbitral,

²⁸⁷ GORGOLAS MEDEL “Cláusulas arbitrales patológicas”, *Boletín informativo Ilustre Colegio Abogados Vizcaya*, 2016, disponible en [Fecha de consulta 14/03/2017]:

http://www.icasv-bilbao.com/images/boletines/2016/Boletin_abogados247webCAS.pdf

²⁸⁸ Artículo 9.5 LA.

²⁸⁹ Artículo 9.2 LA: «Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato».

²⁹⁰ Para un estudio detallado de los efectos del convenio arbitral y su naturaleza jurídica véase CREMADES.B.M.: “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España...”, pp. 659-676.

²⁹¹ CREMADES, B.M.: “Del convenio arbitral y sus efectos...”, *op.cit.* p. 283.

interponiendo una declinatoria de jurisdicción.²⁹² Por tanto, el efecto negativo del convenio arbitral, en ningún caso debe entenderse como una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, ya que dicha exclusión nace de la voluntad de las partes y, en cualquier caso, existe la posibilidad de someter el laudo y su legalidad a los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, presenta semejanzas con la cláusula o pacto para mediar, ya que ambos se insertan como estipulaciones en un contrato principal. Esto tiene consecuencias importantes ya que permite aplicar un régimen jurídico distinto, incluso una ley aplicable distinta al resto del contrato.

La autonomía del convenio arbitral respecto al contrato principal, proviene de una tesis francesa admitida prácticamente en todas las jurisdicciones.²⁹³ La Ley española recoge el principio de separabilidad del convenio arbitral en su art. 22.1 LA «el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral» que reproduce casi literalmente el artículo 16.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL.²⁹⁴ Así podemos encontrarnos con un convenio nulo dentro de un contrato válido, y viceversa, un convenio válido dentro de un contrato nulo.

El principio de separabilidad, significa que el ordenamiento jurídico considera el convenio arbitral como un acuerdo autónomo, separable de la relación principal a la que se refiere o del contrato, y está íntimamente ligado al principio Kompetenz–Kompetenz, siendo ambos complementarios,²⁹⁵ ya que aquel permite que los árbitros se pronuncien sobre la validez o nulidad

²⁹² En este caso, el juez desistirá del procedimiento en base a lo dispuesto en artículo 11 LA dispone que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria». El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas.

²⁹³ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M.: “Asimetría, separabilidad, sinalagma”, en *Uría Menéndez*, Disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/073mdb.pdf> [Fecha de Consulta: 04/032017].

²⁹⁴ Artículo 16.1 (...) “una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, *op.cit.*

²⁹⁵ VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho procesal civil...* *op. cit.*, pp. 224.

de la cláusula o del contrato principal sin despojarse de su propia competencia. La separabilidad favorece la integración de la vía arbitral.²⁹⁶

Frente a todo ello, la cláusula de mediación es igualmente un contrato de la misma naturaleza. Es un negocio jurídico independiente dentro del contrato o del negocio jurídico donde se encuentra, pero difiere sustancialmente del convenio arbitral respecto a sus efectos. Por el motivo esgrimido con anterioridad, el pacto obliga a acudir a mediación, pero constriñe a intentar, no a permanecer en ella indefectiblemente hasta lograr un acuerdo. Y esta libertad y flexibilidad puede resultar paradójica, ya que depende única y exclusivamente de la voluntad de las partes, de su buena fe y su predisponibilidad.

Por último y en referencia al contrato de sometimiento a mediación, en lo relativo a la capacidad de las partes, en nuestro país, debemos estar a lo dispuesto en el Código Civil.²⁹⁷ Gisbert Pomata, argumenta que en caso de mediación intrajudicial, será el juez quien comprobará la capacidad de las partes, mientras que en la mediación extrajudicial, debería ser el mediador quien lo coteje.²⁹⁸ No obstante, en el hipotético caso de que se llegue a un acuerdo y este se protocolice, será en última instancia el notario quien comprobaría la capacidad de las partes para obligarse.

No obstante, y aunque como hemos comentado en páginas anteriores, la mediación cabe en cualquier campo, es cierto que no todos los supuestos son válidos, ni es adecuada en todos los casos. Recordemos que cabe la posibilidad de que las partes deseen que sea un tercero quien resuelva el conflicto, bien porque sus relaciones estén totalmente desgastadas y no estén dispuestas a negociar, o bien se trate de materias indisponibles. Será por tanto el principio de libre disposición el que disponga los asuntos que pueden ser mediables.²⁹⁹

2.2. Problemas que pueden surgir en relación a la cláusula

Respecto a la forma del contrato para mediar, se constata que el proceder más frecuente en mediaciones mercantiles es la cláusula de mediación incluida en un contrato principal.³⁰⁰ La

²⁹⁶ En este sentido véase VIRGÓS SORIANO, M., “El convenio arbitral en el arbitraje...”, *op.cit.*, pp.14.

²⁹⁷ Artículos 29, 30, 35, 36, 37, 273, 322, 323 y 1257.

²⁹⁸ GIBBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S. *El contrato de mediación y el acuerdo...op. cit.* pp.85.

²⁹⁹ Véase BARONA VILAR.S.: *La mediación en asuntos...op.cit.* pp. 277.

³⁰⁰ Esta cláusula es diferente de la solicitud de mediación instada por ambas partes ya iniciado el conflicto, prevista en el Artículo 16.1.a) LMACM.

redacción debe ser lo más sencilla posible, evitando cláusulas patológicas,³⁰¹ sin ambigüedades, máxime si se trata de una mediación *ad hoc*, con indicación del mediador o del centro que administre la mediación, número de mediadores, duración, lugar, etc... y caso de tratarse de una mediación institucional, lo más adecuado es transcribir literalmente la cláusula tipo de la institución de mediación. En cualquier caso y sin olvidar la flexibilidad y el antiformalismo de este mecanismo, se debe plasmar por escrito, ya que de otra manera su existencia es de difícil prueba.³⁰²

Es conveniente detenernos en el análisis de las diferentes modalidades de cláusulas de mediación, desde las más simples a otras verdaderamente complejas de las que incluso se cuestiona su eficacia.

2.2.1. Cláusulas simples y cláusulas en escala

En primer lugar podemos encontrarnos cláusulas simples, únicas o sencillas, en las que la mediación aparece como único sistema de resolución de controversias. La inmensa mayoría de ellas son institucionales, de modo que surgido el conflicto, la parte interesada tan solo debe acudir al centro de mediación correspondiente e instar la solicitud.³⁰³ No obstante, establecer una única cláusula de mediación para las posibles controversias derivadas del contrato, sin hacer referencia a ningún otro tipo de mecanismo de resolución no resulta demasiado práctico, ni aunque se estableciera una posible penalización de daños y perjuicios a la parte incumplidora del intento de

³⁰¹ Por analogía respecto al concepto de convenio arbitral patológico, la doctrina francesa se refiere a aquel que pesar de ser válido no es completamente definitorio de la voluntad de las partes, o lo que es lo mismo es válido e ineficaz, y por tanto, deviene inoperante. Así, Lorca Navarrete define el convenio arbitral patológico como aquél que es redactado de modo ambiguo, contradictorio deficiente, omisivamente o de manera imperfecta. LORCA NAVARRETE, A.M.: *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 102.

³⁰² En este sentido en la legislación española sobre mediación, la LMACM en el párrafo segundo del artículo 6, parece indicar que el pacto entre las partes para celebrar una mediación debe ser por escrito. No lo afirma expresamente, pero se refiere a que el procedimiento se debe intentar [...] «cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso» [...]. Aquí podrían surgir cuestiones relativas a la posibilidad de que el pacto fuera verbal. Por ejemplo, un acuerdo verbal grabado en un soporte audiovisual que demuestre claramente la voluntad de las partes de someterse a mediación, en principio parece que sería válido, ya que la LMACM tampoco se manifiesta al respecto. Como en todo, habría que ver si las partes se ratifican posteriormente o por el contrario, una de ellas lo utiliza como argumento para considerar inexistente el pacto, y evitar la mediación. Por analogía, y aplicando lo considerado para el arbitraje y el convenio arbitral, reiteramos lo señalado por Diez-Picazo y Ponce de León quien asegura que en estos casos (en los que los soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo contengan comunicaciones de carácter verbal) habrá un problema de autenticidad del soporte, pero no un problema de validez formal. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/ 2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. González Soria), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p.107.

³⁰³ Como cláusulas institucionales podemos destacar las que ofrecen las Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados, o instituciones internacionales como CEDR o la CCI.

mediación. Es evidente que un ADR es un instrumento que puede fracasar, por ello la utilización de cláusulas mixtas es cada vez más frecuente en el ámbito de la resolución de conflictos, aportando gran flexibilidad, seguridad y dinamismo.³⁰⁴

Las denominadas cláusulas en escala -escalonadas o escaladas- «*multi-tiered dispute resolution clauses*»(MTDRC), o «*multistep clauses*», o «*ADR, escalation clauses*»³⁰⁵ son aquellas que incorporan varios pactos de resolución de controversias yuxtapuestos pero jerarquizados, combinando distintos procedimientos de resolución.³⁰⁶ El pacto o convenio puede ser único y contenerse en una misma cláusula del contrato, o bien puede tratarse de cláusulas coordinadas. En cualquier caso, están interrelacionadas, ya que en el momento en que un procedimiento falla, se habilita el siguiente, existiendo, por tanto, varias modalidades o tipos. Las partes pueden haber convenido, por ejemplo, comenzar por mecanismos menos invasivos, tales como la negociación o la mediación, y en caso de que alguna de estas fracase o alguna/s de las controversias no hayan podido ser solucionadas, acudir a la jurisdicción ordinaria o en su caso al arbitraje.³⁰⁷ Es decir, combinan fórmulas negociales con fórmulas de litigación o arbitraje.³⁰⁸ La secuencia más frecuente suele ser en primer lugar el recurso a la negociación y/o mediación y subsidiariamente, en caso de que no exista acuerdo, la celebración de un arbitraje posterior.³⁰⁹

³⁰⁴ En similar sentido VIRGÓS SORIANO, M.: “Medios alternativos de solución de conflictos”. Anuario UAM. 2007. núm. 11, pp. 86.

³⁰⁵ Véase al respecto GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S. *El contrato de mediación y el acuerdo...op.cit.* pp.99.

³⁰⁶ En general véase el análisis realizado por FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Cláusulas escalonadas multifunción...”, *op.cit.* pp. 99-124. Las denomina cláusulas multifunción. Como ejemplos interesantes en los que se han utilizado este tipo de cláusulas, destacan el proyecto Túnel del Canal creando un procedimiento de dos niveles en caso de controversia; en el primer nivel intervendría un panel de tres expertos independientes que haría una decisión por escrito dentro de los 90 días, y si alguna de las partes no estaba satisfecha con la decisión de los expertos, se podría iniciar un procedimiento de arbitraje, y el *Airport Core Programme* de Hong Kong que fijó un procedimiento alternativo de solución de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación a través de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días, y, finalmente, el arbitraje.

³⁰⁷ También en EEUU, se pueden utilizar cláusulas mixtas de arbitraje y mediación, ya que ambas posibilidades no son excluyentes. Como ejemplo la American Arbitration Association (AAA) ofrece cláusulas tipo. Igualmente si no se ha incluido una cláusula en el contrato con carácter previo, esta Asociación dispone de un procedimiento ya preestablecido, *submission*, que permite acudir a este organismo ya iniciado el conflicto. Puede consultarse en <https://www.adr.org/> [Fecha de consulta 25/11/16].

³⁰⁸ VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C. “La mediación como alternativa...*op.cit.* pp.29.

³⁰⁹ VÁZQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, L.: “Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, RIEDPA, nº 1, 2016, pp. 13. <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11604.pdf> [Fecha de consulta 25/11/16].

En este tipo de cláusulas y con el ánimo de evitar maniobras dilatorias de las partes, es habitual establecer límites temporales, de modo que una vez transcurrido el plazo fijado no se ha llegado a un acuerdo, se pasa a la siguiente fase.³¹⁰ Una cláusula escalonada de sometimiento a mediación y arbitraje, o también considerada una cláusula de mediación con plazo de expiración podría ser la siguiente:

“Para la solución de cuantas controversias pudieran derivarse del presente contrato o estuvieran con él relacionadas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, ejecución o terminación, las partes acuerdan y se comprometen a someterlas al Centro de Mediación Empresarial de Madrid de la Cámara Comercio de Madrid, conforme a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación, por un mediador nombrado conforme al mismo.

Opcional - Las partes podrán optar por más de un mediador. - El lugar de celebración del procedimiento será [...]. - El idioma del procedimiento será [...].

A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los 60 días siguientes a contar desde la admisión a trámite por el Centro de la solicitud de mediación, o al vencimiento de otro plazo que así hubiera sido estipulado expresamente por las partes, tales controversias serán resueltas definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid de acuerdo a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será resuelto por árbitro único”.

Opcional - Las partes podrán pactar un plazo mayor o menor de 60 días para la mediación. Las partes podrán optar por un tribunal arbitral formado por tres árbitros. - La sede del arbitraje será [...]. - El idioma del arbitraje será el [...]³¹¹

³¹⁰ Esta cuestión ha sido analizada en epígrafes anteriores (*supra* Capítulo II. epígrafe III. apartado 1.2).

³¹¹ Cláusula Tipo del Centro de mediación empresarial de Madrid (CMEM) perteneciente a la Cámara de Comercio de Madrid. Disponible en, [Fecha de consulta 20/03/2017]:

[http://www.camaramadrid.es/doc/linkext/sm_modelos_tipo_convenio_\(home\).pdf](http://www.camaramadrid.es/doc/linkext/sm_modelos_tipo_convenio_(home).pdf)

Esta fórmula mixta es conveniente y atractiva para aquellos que quieren evitar acudir a un procedimiento judicial, ya que intentada la mediación sin éxito, método autocompositivo, se inicia un arbitraje, método heterocompositivo.³¹²

Cláusula escalonada o multimodal:

Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él - incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución- se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. El mediador o mediadores o la institución administradora de la mediación podrán elegirse por las partes de mutuo acuerdo. En caso de falta de acuerdo, la mediación será administrada por [institución elegida].

Si la mediación resultare infructuosa total o parcialmente, en este último caso respecto de las cuestiones no resueltas, la controversia será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de derecho/equidad], administrado por [institución elegida].

La designación de árbitros y mediadores y la administración del arbitraje y la mediación se regirán por las normas de la Institución vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje o mediación.

He informado a las partes de las consecuencias del sometimiento a mediación y arbitraje como medios alternativos de resolución de conflictos, y especialmente de que el arbitraje supone la exclusión de la vía judicial, así como de la posibilidad de elección entre diversas Instituciones Arbitrales o de Mediación, tras lo que han optado por la indicada [institución elegida].³¹³

³¹² Conviene aclarar que no consideramos la técnica MED ARB como una cláusula en escala. El método MED ARB es un mecanismo ADR en sí mismo, en el que los roles de árbitro y mediador se comparten en una misma persona, aunque el procedimiento evidentemente consista en una inicial mediación y en caso de no llegar a un acuerdo, un arbitraje. En contra véase VIRGOS SORIANO que si considera el MED-ARB una cláusula en escala, VIRGÓS SORIANO, M y GUAL GRAU, C. “La mediación como alternativa...”, *op.cit.* pp.29.

³¹³ FERNANDEZ PRIETO, F.: “Guía para el uso notarial de cláusulas de mediación y arbitraje” Disponible en <http://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf> [Fecha de consulta: 26/03/2017].

Igualmente, la *International Bar Association* (IBA) establece una serie de directrices muy interesantes y recomienda diversos tipos de cláusulas,³¹⁴ bien con una negociación o mediación previa al arbitraje, o incluso con una combinación de todas ellas, ejemplo que indicamos a continuación:

"Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación ("Controversia"), serán resueltas de conformidad con los procedimientos especificados a continuación, los cuales serán los únicos y exclusivos procedimientos para la resolución de tal controversia.

(A) Negociación. Las partes deberán esforzarse por resolver cualquier controversia amigablemente mediante negociación entre las partes con autoridad para resolver la controversia.

(B) Mediación. Cualquier controversia no resuelta mediante negociación de conformidad con el párrafo (A) dentro de los [30] días siguientes a que cualquiera de las partes haya solicitado por escrito la negociación establecida en el párrafo (A), o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, será resuelta amigablemente a través de mediación bajo el [reglamento de mediación seleccionado].

(C) Arbitraje. Cualquier controversia que no haya sido resuelta por la mediación prevista en el párrafo (B) dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente de acuerdo con [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será

³¹⁴ Directrices de la *International Bar Association* (IBA) para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, Adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA 7 de Octubre de 2010, *International Bar Association*, Reino Unido, 2010. pp.33 y ss. Consúltese en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf [Fecha de consulta 28/03/2017]. Establece, entre otras cuestiones, una serie de orientaciones en relación a estas cláusulas, indicando que debe señalar un período de tiempo para la negociación o mediación después del cual cualquier parte puede acudir a arbitraje, evitar la trampa de presentar el arbitraje como facultativo y no como obligatorio (para lo que recomienda no insertar el término "podrán resolver mediante arbitraje", sino categóricamente "se resolverán") y debe definir las controversias que deben ser sometidas a negociación o mediación y a arbitraje en términos idénticos.

[...]. [Todas las comunicaciones durante la negociación y mediación conforme a los párrafos (A) y (B) serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]"

Es una posibilidad que puede aplicarse no solo en el ámbito contractual, sino también en materia societaria, algo cada vez más habitual en la práctica. A este respecto, y para manifestar su validez, conviene comentar una Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) referida a la inclusión de una cláusula estatutaria mixta, de arbitraje y mediación, en los estatutos de una sociedad limitada.³¹⁵ En efecto, ante el Registro Mercantil de Valencia, se presentó la constitución de una Sociedad Limitada en cuyos estatutos se había insertado una cláusula enunciando lo siguiente:

“Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria entre la sociedad y los socios, entre los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, entre los administradores, o entre cualquiera de los anteriores, se someterán para su resolución en primer lugar a mediación, y si ésta resultase infructuosa, la controversia se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho”

Para la administración de cada uno de los procedimientos, se había designado una concreta institución. Sin embargo, el Registrador Mercantil decidió practicar una inscripción parcial de la referida cláusula estatutaria, excluyendo las palabras «entre los administradores», de tal modo que la cláusula no sería válida para resolver los conflictos existentes entre los administradores de la sociedad. Argumentó como motivo que los «administradores no actúan según sus propios derechos e intereses, ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas, sino que con sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena; desenvuelven el proceso de formación de la voluntad social», de tal modo que «quedarían las controversias societarias en manos de terceros, con infracción del artículo 214 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece la competencia

³¹⁵ Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. (Disposición 8163 del BOE núm. 178 de 26 de julio 2013). Se trata de un recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el Registrador Mercantil y de bienes muebles III de Valencia, por la que se deniega parcialmente una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada. (Disposición 8163 del BOE núm. 178 de 26 de julio 2013).

para el nombramiento del órgano de administración y el deber de secreto que señala el artículo 232 de la misma ley».³¹⁶

Por el contrario y ante la interposición del correspondiente recurso, la DGRN estimó que tanto las controversias nacidas entre los socios, como las que posiblemente pudieran producirse entre los administradores, podrían ser sometidas a mediación y arbitraje, estableciendo que el único límite vendría dado por la disponibilidad de las materias, cuestión que, en su momento, le correspondería decidir al árbitro, en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz*, y en última instancia, al órgano judicial en sede de anulación.³¹⁷

Por tanto, debe entenderse que estas cláusulas, pese a que en España no se encuentran específicamente reguladas,³¹⁸ son perfectamente compatibles y lícitas, respondiendo a la libertad contractual de las partes, quienes, según su aquiescencia, establecen el modo más adecuado para resolver sus conflictos, garantizando que se van a cumplir los pasos acordados para intentar resolver la controversia, y distinguiendo el tipo de conflicto que se someterá a cada uno de ellos.³¹⁹

Ahora bien, conviene preguntarse si para la validez de la cláusula, debe respetarse el orden establecido en la misma, siendo una condición que el demandante debe satisfacer antes de la presentación de la demanda o por el contrario, ambos mecanismos pueden ser simultáneos.

³¹⁶ Debe entenderse que la confusión del Registrador Mercantil puede estar originada en una interpretación literal y restrictiva de los arts. 114.2.c) y 175.2.c) del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), que permiten incluir en la escritura de constitución o en los estatutos de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada “el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”. Es decir, los citados preceptos no se refieren específicamente a las controversias entre los administradores, pero es evidente que no puede hacerse de aquéllos una interpretación restrictiva que, además, iría contra la Ley de Arbitraje, que permite en su art. 11 bis que las sociedades de capital puedan someter a arbitraje «los conflictos que en ella se planteen», sin restricción alguna que, como se ha dicho, solo podría venir por razón de la materia (art. 2.1 de la misma ley). Y es obvio que una norma reglamentaria de tipo general, no puede ir en contra de lo dispuesto en una ley especial.

³¹⁷ Artículo 41.1.e) LA.

³¹⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.: Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, pactos y transacciones, Madrid, Irgium, 2014, pp. 77 – 88.

³¹⁹ A tenor de lo dispuesto en el artículo 1255 Cc” Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público” Y el artículo 1091 Cc” Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

En este sentido conviene aludir una sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid.³²⁰ En la sentencia referida se impugna un laudo parcial, que resuelve una excepción de falta de competencia para resolver la controversia de una Corte Arbitral, motivada por la presentación de una solicitud de arbitraje con antelación a la conclusión del periodo de mediación contractualmente pactado en el contrato. Con referencia a los hechos, hay que señalar que las partes suscribieron un acuerdo de suministro, de fecha 29 de octubre de 2009, en cuya cláusula décima, relativa a la resolución disputas, se establecía que:

“Las partes someterían a la mediación cualquier controversia existente entre las mismas, designando de común acuerdo un mediador, o en caso de desacuerdo, el mismo sería nombrado por el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid”

Señalando el apartado tercero que:

"Si transcurrido un (1) mes desde la primera reunión conjunta de las Partes con el mediador, no se hubiera alcanzado un acuerdo, la controversia, discrepancia, cuestión o reclamación se someterá al arbitraje".

De este modo y siguiendo lo dispuesto en la referida cláusula del contrato, el convenio arbitral se había sometido a una condición suspensiva que afectaba a su eficacia y aplicación, ya que el consentimiento de las partes al arbitraje quedaba condicionado al cumplimiento de unos pasos previos, en concreto, al desarrollo de una mediación delimitada temporalmente.

Una de las partes notificó a la otra la voluntad de iniciar la mediación, proponiendo a la vez a un mediador. La otra parte aceptó la mediación, sugiriendo otro mediador, por lo que ante el desacuerdo, se presentó una solicitud de mediación ante el Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Hasta este momento todo transcurre según lo pactado en la cláusula. Sin embargo, cuatro días después la Corte de Arbitraje recibió una solicitud de arbitraje. ¿Se estaba infringiendo lo dispuesto en la cláusula contractual? ¿Se celebró la mediación en esos cuatro días? ¿La actuación del demandante se ha ajustado a lo pactado por las partes el convenio arbitral? ¿Influye en la validez de este?

³²⁰ Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de junio de 2014. [Roj: STSJ M 10346/2014].

De la lectura de la sentencia se extrae que la mediación sí tuvo lugar, aunque varias semanas después, constituyéndose, según consta en el Acta Constitutiva, el día 13 de febrero y celebrándose en dos sesiones más, finalizándose sin acuerdo en la última de ellas, el 25 de febrero. La mediadora hizo constar en el Acta Final que «*claramente las posiciones de las partes en estos momentos son absolutamente dispares sin posibilidad de llegar a acuerdos*».

La demandada en el procedimiento arbitral, defendía que no se habían cumplido los requisitos previstos en el convenio arbitral y que, por tanto, éste “no existía” o no era válido. Es evidente que una de las partes incumplió lo dispuesto en la cláusula, porque interpuso la demanda arbitral con anterioridad a la solicitud de mediación, claramente de modo contrario a lo estipulado, pero, en cualquier caso, y según la Sentencia, tal actuación no afecta a la existencia del convenio arbitral, que continúa siendo válido.³²¹

La demandante, en cambio, consideraba que la mediación había sido válidamente constituida -pues el procedimiento de mediación continuó en paralelo- y, en cualquier caso, entendía que la solicitud de arbitraje se encontraba justificada por la necesidad de solicitar medidas cautelares de carácter urgente ante el árbitro único.

En la sentencia este último hecho se corrobora junto a la necesidad de constituir el tribunal arbitral, motivos por los que respaldan la actuación del árbitro. Este, en el laudo, analizó minuciosamente la mediación como requisito de procedibilidad junto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares, judicial o extrajudicialmente, estando en trámite la mediación.³²² De este modo, se extrae la conclusión de que el arbitraje se inició por la necesidad de solicitar medidas

³²¹ La demandante alegaba la inexistencia de convenio arbitral precisamente porque no se había cumplido el requisito de la mediación previa. El Tribunal analiza la existencia de convenio arbitral, entendiendo que contractualmente es válido e incluso aunque establece una eficacia del mismo diferida en el tiempo, a que haya transcurrido un mes desde la primera reunión conjunta de las partes con el mediador, sin obtener un acuerdo.

³²² Recordemos lo señalado por el artículo 10.2 LMACM: “Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. Este precepto permite la posibilidad de solicitar medidas cautelares judicial o extrajudicialmente mientras está en curso la mediación. Por tanto, si una de las partes quería solicitar una medida cautelar, podía comenzar el arbitraje, ya que en consonancia con lo dispuesto en la Ley 60/2003 artículo 23 “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio” y todo ello en consonancia con el artículo 36 Reglamento de la Corte, era necesario que el arbitraje hubiese comenzado para decretar la medida cautelar.

cautelares y en cualquier caso, tal cuestión, no invalida el convenio arbitral. La sentencia confirma que las partes cumplen con la cláusula del contrato, porque la mediación se celebra y termina sin avenencia. Y el convenio es válido.

Parece que en este caso una cláusula en escala ha producido retrasos, lo que el Prof. Virgos Soriano denomina “trampa de la cortesía.”³²³

Podemos entender, por tanto, que una mediación extemporánea con resultado fallido, no implica la invalidez del convenio arbitral ni de la cláusula mixta, máxime si el incumplimiento del plazo pactado trae causa a una necesidad urgente motivada por las circunstancias.

Sin embargo, esto no es óbice para que de algún modo se le pueda exigir a la parte incumplidora una indemnización ¿es esto posible? La sentencia no se pronuncia sobre ello, pero entendemos que no, ya que en cualquier caso las partes no llegaron a un acuerdo en la mediación, de manera que indefectiblemente quedaba abierta la vía arbitral.

En este sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (en adelante OMPI) dispone de cláusulas modelo de mediación seguida, en ausencia de solución, de Arbitraje [Acelerado]. Señala expresamente que si antes de la expiración del plazo otorgado, una de las partes se abstiene o deja de participar en la mediación, la controversia, se resolverá mediante arbitraje.³²⁴

Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI. La mediación tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en la mediación será [especificar el idioma].

³²³ VIRGOS SORIANO, M.: “El convenio arbitral...”, *op.cit.*, pp. 18. En ocasiones si la cláusula exige celebrar una mediación o intentar la negociación es simplemente una «carga» que la parte demandante debe satisfacer antes de comenzar el arbitraje. si no está claramente precisado el tránsito de una a otra fase, especialmente en el caso del deber de negociación previa, fácilmente pueden surgir problemas que retrasen o dificulten la vía arbitral («trampa de la cortesía»).

³²⁴El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la OMPI provee que el tribunal arbitral estará compuesto por un solo árbitro. Disponible en http://www.wipo.int/amc/es/clauses/med_arb/ [Fecha de consulta 16/01/2017].

Si la controversia, diferencia o reclamación no ha sido solucionada en la mediación, o en la medida en que no haya sido solucionada en el plazo de [60] [90] días contados desde el comienzo de la mediación, ésta será sometida a arbitraje, mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por una de las partes, para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI. No obstante, si antes de la expiración de ese plazo de [60] [90] días, una de las partes se abstiene de participar o deja de participar en la mediación, se someterá la controversia, la diferencia o la reclamación a arbitraje mediante la presentación de una solicitud de arbitraje por la otra parte para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [Acelerado] de la OMPI. [El Tribunal Arbitral estará compuesto por [un árbitro único] [tres árbitros].]

El arbitraje tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [especificar el idioma]. La controversia, diferencia o reclamación sometida a arbitraje se resolverá de conformidad con el derecho de [especificar la jurisdicción].

Se observa claramente que la inmensa mayoría de cláusulas mixtas o en escala incluyen plazos de resolución, que oscilan entre dos o tres meses. Sin embargo, prácticamente en todas las legislaciones la mediación carece de plazo, porque en cada una de ellas las circunstancias son diferentes, resultando complicado cercenar temporalmente la negociación. Con todo, y a la vista de lo anteriormente expuesto, es aconsejable estipular un plazo razonable para intentar resolver la controversia, máxime para evitar manipulaciones y tácticas torticeras de una de las partes.

2.2.2. Cláusulas híbridas

A tenor de todo lo anterior, conviene detenerse igualmente en otra modalidad de pactos, un tanto controvertidos. Se trata de las denominadas cláusulas híbridas «*hybrid, optional*» o «*split dispute resolution clauses*» caracterizadas por el hecho de que una, o ambas partes, tienen la facultad de decidir cuál de los foros de sumisión pactados es adecuado para resolver el conflicto, aunque esta decisión queda manifestada una vez que el conflicto ha surgido. Es por tanto el demandante o actor quien tiene la opción de escoger cuál de los de todos ellos es el más

conveniente, bien acudir a los tribunales de una jurisdicción determinada, o bien recurrir al arbitraje.³²⁵

Este supuesto es totalmente distinto al comentado anteriormente. La cuestión y particularidad de estas cláusulas no es el establecimiento de una jerarquía temporal entre mediación y arbitraje, o entre mediación y jurisdicción ya que no se opta anticipadamente por una u otra vía, sino que la elección se pospone al momento en que el conflicto se produzca.³²⁶

Como señalábamos anteriormente, las cláusulas son válidas porque son manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que no sean contrarias a derecho.³²⁷ El hecho de que la elección no quede manifiestamente clara en el momento de la celebración del contrato no es óbice para dudar de su ineficacia, ya que, en cualquier caso, la elección válida se aplaza al momento de presentación de la demanda, bien sea ésta judicial o arbitral. En este sentido no debiera discutirse su admisión, de igual modo que se admiten las cláusulas de elección de foro, sin embargo no ocurre así en todos los ordenamientos jurídicos.³²⁸

Contextualmente, estas cláusulas juegan un papel importante en el ámbito del Derecho internacional de los negocios. Como ventajas hay que señalar que, surgido el conflicto, permiten a las partes elegir cual es el sistema más adecuado para resolverlo, evitando incertidumbres añadidas, cuestión frecuente en determinadas tipologías contractuales relacionadas con materias muy técnicas y complejas.³²⁹ Igualmente, es frecuente en escenarios en los que en el momento de la celebración

³²⁵ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del Auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid”, Uría, disponible en, [Fecha Consulta 04/03/2017]:

http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3975/documento/Art_UM.pdf?id=4923

³²⁶ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M.:” *Asimetría, separabilidad...* ” *op.cit.*

³²⁷ Vid. VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 316.

³²⁸ *Ibíd.* p. 292; En el mismo sentido, BORN, G., *International commercial Arbitration...* *op.cit.*, pp. 21 y 28 y ss.: “there is little reason to doubt the basic enforceability of such provisions”, si bien la jurisprudencia comparada exige un especial esfuerzo de claridad para asegurar su validez y correcta aplicación. Estas cláusulas están expresamente previstas en el art. 17.4 del Convenio de Lugano 2007 («Cuando se celebrare un Convenio atributivo de competencia a favor de una sola de las partes, ésta conservará su derecho de acudir ante cualquier otro Tribunal que fuere competente en virtud del presente Convenio»), como lo estaban, en idénticos términos, en el mismo número del Convenio de Bruselas de 1968 (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. Diario Oficial n° L 299 de 31/12/1972).

³²⁹ Típicas de contratos de obra o contratos relacionados con el uso de nuevas tecnologías, de cuyas relaciones contractuales pueden derivarse tanto controversias muy complejas que puede convenir someter a un árbitro experto en la materia, como controversias jurídicas más sencillas o de poca cuantía, para cuya resolución el arbitraje puede no ser el método más adecuado.

del contrato, no se conoce con certeza el lugar en el que eventualmente se ejecutaría la sentencia o el laudo, y llegado el momento y ante la inexistencia, por ejemplo, de un Tratado bilateral de ejecución de sentencias extranjeras, seguramente se optaría por acudir a la vía arbitral.³³⁰

En cuanto a sus modalidades, existen diferentes tipos de cláusulas híbridas, todas ellas muy discutidas, comenzando por aquellas que permiten elegir entre la vía arbitral o la vía judicial; someter diversas controversias a cada una de ellas; o incluso en el ámbito estrictamente jurisdiccional, optar por dos jurisdicciones distintas. No obstante, en primer lugar, debemos distinguir, fundamentalmente, entre cláusulas híbridas simétricas -o bilaterales- y cláusulas híbridas asimétricas -o unilaterales- «*asymmetric*», «*optional*» o «*unilateral ADR clauses*».³³¹

Las primeras, bilaterales y simétricas, son aquellas que ofrecen a todas las partes firmantes del contrato la opción de elegir la vía de resolución del conflicto. En las segundas, unilaterales o asimétricas, más utilizadas en la práctica, por el contrario, la facultad de elegir el método de resolución de una controversia se concede sólo a una -o algunas- de las partes, la que ostenta la posición más fuerte en la negociación, debiendo la otra -u otras- aceptar la elección adoptada.

Asimismo las cláusulas asimétricas pueden adoptar diferentes formas, tanto en lo referente a la elección del árbitro/s, gastos y costas del arbitraje, como a la facultad de acudir a la jurisdicción ordinaria.³³² En la elección del árbitro o los árbitros, se puede autorizar solo a una de las partes, o bien exigir igualmente la autorización y aprobación de la contraparte, o seleccionar el árbitro por una de ellas de una lista que haya sido propuesta por la otra, o incluso, facultar al árbitro para que, en lo relativo a los gastos y costas del arbitraje, distinga según quien gane el arbitraje y condene en costas solo a una de ellas. Igualmente es posible que exclusivamente una de las partes pueda acudir a la jurisdicción ordinaria, y la otra únicamente a arbitraje, o que determinadas controversias sean dirimidas en cada una de estas vías. Podemos observar que las posibilidades son prácticamente infinitas.

³³⁰ El Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, permite el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, habiendo sido ratificado por más de 140 países. Algunos países han establecido reservas en su aplicación, motivo por el que también es posible que este fuese un condicionante importante para inclinarse por el tratamiento judicial del conflicto.

³³¹ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.* pp.2.

³³² MEDINA FANDIÑO, A.J.: “Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas”, pp. 19. Disponible en <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf>

Así, por ejemplo, una cláusula híbrida típica sería aquella en la que, para la resolución de las controversias que surjan, se permite a las partes elegir entre acudir a los tribunales de determinada jurisdicción o bien a arbitraje. La parte demandada habrá de aceptar la decisión tomada por la demandante en cuanto al método de resolución de disputas seleccionado.

“Las partes acuerdan someter al arbitraje de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid y de los Tribunales de Justicia la resolución definitiva de todas las cuestiones y discrepancias que se susciten en este contrato”

Tal y como han sido aquí expuestas, es lógico hasta dudar de la legalidad de estos pactos y suscitan varios interrogantes. ¿Son válidas estas cláusulas en Europa? ¿Y en España? En general se ha considerado que su falta de concreción podía devenir en una cláusula ineficaz, ya que llegado el momento, el juzgador podría considerarla nula por no especificar exactamente el método elegido. Siguiendo a López de Argumedo, y a pesar de que en cada jurisdicción tienen un tratamiento distinto, la controversia en torno a estas cláusulas obedece a dos factores. Por un lado, precisamente su carácter híbrido, recogiendo una sumisión alternativa a dos o más foros u otros mecanismos de resolución de conflictos, y por otro, la admisibilidad de su asimetría.

En los países de Derecho continental, el carácter híbrido de una cláusula de sumisión ha resultado tradicionalmente problemático, ya que se ha condicionado la validez del pacto de sumisión a que ésta sea exclusiva y por tanto excluyente de otros foros. Lógicamente una cláusula híbrida no puede ser exclusiva ya que su naturaleza, esencialmente, es ser híbrida.

En algunas jurisdicciones -como es el caso de España- se ha mantenido que la validez del pacto de sumisión expresa debía condicionarse al cumplimiento de requisitos muy formalistas, tales como la necesidad de que incluyesen explícitamente términos tales como la «voluntad inequívoca» de sumisión o la «renuncia clara y manifiesta a su propio fuero». Igualmente el criterio jurisprudencial exigía que la sumisión a arbitraje debía de ser «decisiva, exclusiva y excluyente», y «no concurrente alternativa con otras jurisdicciones».³³³ Estos requisitos han conducido a una interpretación sustentada en la idea de que la sumisión conjunta a más de un foro jurisdiccional, o

³³³Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002. STS 20 de junio de 2002 [RJ 2002/525].

conjuntamente al arbitraje y jurisdicción, implicaba la inexistencia de un verdadero consentimiento o voluntad concluyente de someterse a ninguna de esas vías de resolución de controversias.³³⁴

Así, en nuestro país, las cláusulas híbridas -denominadas también mixtas o de sumisión alternativa- han sido consideradas nulas, impidiendo optar entre acudir a arbitraje³³⁵ o a la vía judicial, o elegir dos o más foros nacionales o internacionales. Esta era la doctrina imperante hasta el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de octubre de 2013, que fue el primero en pronunciarse sobre la validez de estas cláusulas, variando la tendencia jurisprudencial existente hasta el momento.³³⁶ Así, presentada una demanda ante un Juzgado de lo Mercantil, este rechazó la competencia en base a la existencia de una cláusula de sumisión híbrida a arbitraje y a los tribunales holandeses. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó esta decisión, al tiempo que efectuaba unas precisiones jurídicas relativas a la admisibilidad de los acuerdos sobre sumisión a arbitraje internacional y de las cláusulas atributivas de competencia a un tribunal extranjero.

³³⁴En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2003, [RJ 3893], [Roj: STS 3152/2003], [Id Cendoj: 28079110012003101888], en la que ya manifiesta no ser necesario el empleo de estas fórmulas. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de noviembre de 1999 [Roj: SAP M 15299/1999], anuló una cláusula de sumisión que facultaba al demandante a elegir entre acudir a los juzgados y tribunales del domicilio del demandante o a los del domicilio del demandado. El tribunal fundamenta su decisión en que la sumisión ha de “establecerse de forma bilateral y de modo claro y preciso” y dispone expresamente que esta exigencia excluye “la sumisión alternativa (a dos o más), sobre todo cuando la elección se atribuye al demandado” y hace que “se otorgue carácter preponderante y preferente al domicilio del demandado, en cuanto que posibilita una defensa más cómoda y efectiva de su derecho”.consideró inválidas las sumisiones alternativas de cualquier tipo. En lo que respecta a las cláusulas híbridas de sumisión a arbitraje/jurisdicción, es ilustrativa la Sentencia de 1 de septiembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Jaén [Roj: SAP J 1045/2004] que, al analizar la validez de un convenio arbitral suscrito bajo la antigua Ley, señaló: «La sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones y así se deduce del artículo 1 [claramente la intención era referirse al artículo 5] de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. El referido artículo exige expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas [...]».

³³⁵No solo la jurisprudencia se ha manifestado tradicionalmente en contrario de este tipo de cláusulas. La doctrina tampoco era demasiado favorable a su admisión. A este respecto se manifestaba Verdera Server, calificando de "cláusulas patológicas", y a modo de ejemplo, las siguientes: aquella cláusula que designa una normativa derogada, defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje, ausencia de voluntad clara y determinante de someterse a este medio de solución de conflictos, previsión de excesivos requisitos de los árbitros, concurrencia de la sumisión al arbitraje como método de solución de posibles controversias con la elección de un foro judicial [...]. VERDERA SERVER, R.: *Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp.389.

³³⁶Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 18 oct. 2013, rec. 66/2013. [Roj: AAP M 1988/2013][Cendoj: 28079370282013200024].

En concreto, en este asunto, las partes, un concesionario español y un fabricante de camiones holandés, habían celebrado un contrato internacional de distribución cuya cláusula de resolución de conflictos señalaba que cualquier controversia podría decidirse:

«bien a través de arbitraje en Holanda, bien ante los tribunales judiciales holandeses»

El concesionario ignoró el acuerdo suscrito y presentó demanda ante los tribunales españoles, quienes, tal y como explicamos anteriormente, lo desestimaron al considerar, que no tenían jurisdicción en base a la cláusula híbrida. Es destacable que el Auto se pronuncia sobre los acuerdos de sumisión a arbitraje de carácter internacional, constatando su licitud y cobertura legal y postulando que en la práctica internacional la técnica de combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción no es desconocida -bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía-.

Como apuntábamos, esta resolución, clarificando y confirmando la existencia de una cláusula híbrida bilateral de arbitraje/jurisdicción, en su momento fue decisiva, ya que con anterioridad a la misma, era muy discutida la validez de estas cláusulas y existía cierta polémica. Tradicionalmente la postura jurisprudencial había estimado que para considerar válida la sumisión a arbitraje, esta debía de quedar absolutamente clara y no dar lugar a duda alguna. De modo que la posibilidad de optar por la vía jurisdiccional imposibilitaba una certeza total de afirmar la sumisión a arbitraje.³³⁷ E igual a sensu contrario, es decir, la sumisión al arbitraje, tampoco permitía constatar que existía una sumisión indiscutible a la jurisdicción.

Como consecuencia de todo ello, la cláusula no tenía efectividad y dejaba a las partes en una suerte de limbo jurídico. A ello contribuía que los tribunales no se habían pronunciado al respecto de forma terminante.

La relevancia del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid permite destacar la confirmación de la autonomía de la voluntad de las partes y de su libertad para decidir, en el momento que consideran más oportuno, bien en la conclusión del contrato bien otro ulterior, cual

³³⁷ Según el artículo 9.1 LA, el convenio arbitral (...) deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual". Así, una interpretación muy restrictiva de este precepto, impedía considerar la validez de estas peculiares cláusulas.

es el mecanismo que mejor se adecua a sus intereses, principio que debe prevalecer en materia de determinación del foro aplicable (salvo, naturalmente, cuando haya intereses públicos en juego o razones de especial protección de una de las partes).

Sin embargo, es cierto que solo se pronuncia sobre las cláusulas que combinan la sumisión a arbitraje con la sumisión a un foro jurisdiccional, sin referirse expresamente sobre la validez de otras cláusulas híbridas. En todo caso, si se acepta la validez de cláusulas híbridas que permiten optar entre arbitraje o jurisdicción, como sucede en el caso resuelto por el Auto, no sería lógico no admitir su validez cuando incluye la sumisión a dos o más jurisdicciones.

La jurisprudencia ha ido flexibilizando progresivamente su postura en torno a las condiciones que han de reunirse para la validez de los pactos de sumisión posicionándose a favor del respeto a la voluntad de las partes.³³⁸ Sin embargo, y a falta de un pronunciamiento expreso, la validez de las cláusulas asimétricas sigue siendo incierta.³³⁹

Volviendo al interrogante inicialmente expuesto, conviene analizar o comentar su validez, en Europa, y destacando que en la práctica son ya habitualmente utilizadas.

En Europa, no parece que exista homogeneidad, ya que las sentencias dictadas durante los últimos años en las distintas jurisdicciones, recogen conclusiones muy diversas sobre esta materia.

Siguiendo a López de Argumedo, y en consonancia con lo anterior, el carácter asimétrico de las cláusulas híbridas influye en su admisibilidad, a causa de la desigualdad que provocan entre los derechos de las partes.³⁴⁰ No obstante, que exista desigualdad en la elección del sistema de resolución de conflictos, no significa que haya desigualdad en el procedimiento que finalmente se siga. O por ejemplo, que se pacte un sistema determinado para la elección de los árbitros, con independencia de quien los designe, no implica que estos no deban de actuar con imparcialidad y

³³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 860/2007 de 10 de julio de 2007 [Roj: STS 4828/2007]. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 818/2007 de 10 de julio de 2007 [Roj: STS 4805/2007]; Sentencia del Tribunal Supremo 826/2007 [Roj: STS 4815/2007] El Tribunal Supremo acabó rechazando la antigua teoría que consideraba que la referencia a la jurisdicción en un convenio arbitral era incompatible con la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje. La misma sentencia ha admitido la compatibilidad del pacto de sumisión a arbitraje y de la sumisión a jurisdicción, al reconocer la posibilidad de que las partes de un convenio arbitral se sometieran a arbitraje y, de forma subsidiaria, a jurisdicción.

³³⁹LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.*, .pp.12.

³⁴⁰Ibíd.

neutralidad, sin posicionarse frente a alguna de ellas.³⁴¹ Sin embargo este temor es el que suele llevar a jueces y tribunales a rechazarlas, porque consideran que vulneran el principio de igualdad.

Con todo, otras sentencias se fundamentan en otros razonamientos y argumentaciones, tales como la ausencia de un consentimiento bilateral a la sumisión y que esta contiene en realidad una condición cuyo cumplimiento queda al arbitrio de una de las partes, por lo que no puede ser admitida.

A pesar de todo ello, consideramos que aceptar esa desigualdad en la elección de foro o en la elección de jurisdicción o arbitraje, no implica ningún inconveniente siempre que haya sido consentida por las partes, sin ningún tipo de coerción, porque su voluntad debe ser respetada y que en relaciones jurídicas comerciales entre empresarios,³⁴² estos negocian las cláusulas del contrato con absoluta libertad, consensuando en todo momento lo que mejor se adecua a sus intereses. Es habitual que una de las partes tenga una posición negociadora más fuerte que la otra, por lo que posiblemente imponga alguna condición. Pero no olvidemos que un contrato implica negociación y cesión, y lo mismo que una cede en una cláusula, la contraparte cede en otra. De modo que desde esta perspectiva son válidas.

En el ámbito de la Unión Europea y en lo que respecta a las cláusulas híbridas simétricas o bilaterales, su admisibilidad es clara en aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil(en adelante Bruselas I (refundido)),³⁴³ con base en lo dispuesto en el artículo 25.1 que establece que la competencia de los tribunales a los que se somete las partes «será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes». Así pues, de acuerdo con esta norma, las sumisiones que no son exclusivas a un foro también son válidas siempre que este extremo se exprese de forma clara en el pacto de sumisión. Puesto que las cláusulas híbridas participan de la naturaleza de los pactos de sumisión no exclusiva, siempre que se establezcan las

³⁴¹ En este sentido véase MEDINA FANDIÑO, A.J: “Introducción al concepto...”, *op.cit.* En caso de favorecer a alguna de las partes incurrirían en responsabilidad.

³⁴² Siempre que una de las partes no goce de especial protección como consumidores.

³⁴³ DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012. Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Lo mismo cabe señalar respecto del artículo 23.1 del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

diferentes alternativas de forma expresa y clara, deben considerarse válidas conforme al Reglamento.³⁴⁴ Pero únicamente si las alternativas están expresadas de forma clara y expresa.

En este sentido conviene comentar el caso *Meeth vs. Glacetal*,³⁴⁵ en el que el TJUE resolvió que, conforme al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (en adelante CB),³⁴⁶ las partes tenían derecho a someter sus controversias a los tribunales de dos o más Estados, basando su decisión en el artículo 17 del Convenio y declarando que este artículo «se funda sobre el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes». Así, admitió la validez de una cláusula que decretaba varios tribunales competentes para distintos tipos de litigios. En el supuesto contemplado, las partes -domiciliadas en Estados diferentes- habían suscrito un contrato de suministro que contenía una cláusula en virtud de la cual ninguna de ellas podía ser demandada ante tribunales distintos de los de su domicilio. De este modo, la parte actora debía demandar siempre en el domicilio del demandado, cualquiera que éste fuese.

Resumidamente, el TJUE señaló que la referencia comprendida en el artículo 17 del CB a que las partes pueden someterse a «un tribunal o los tribunales de un Estado» tiene su fundamento en que lo habitual es la sumisión a un único foro, puntualizando que esa mención no puede interpretarse como excluyente del derecho de las partes a someter sus eventuales disputas a dos o más jurisdicciones. Por tanto, y en aplicación de uno de los principios rectores del Convenio (hoy Reglamento), esto es, el respeto a la autonomía de la voluntad, ratificó la validez de estas cláusulas.

No ha ocurrido lo mismo respecto a las cláusulas híbridas asimétricas cuya validez está sometida a una importante controversia en muchas jurisdicciones. En general, los tribunales que sí se han pronunciado no han llegado a definir su postura de forma clara y consistente, e incluso dictando resoluciones que son contrarias a la posición que habían asumido con anterioridad.

Analizamos a continuación el tratamiento de la cuestión y los casos más relevantes de diversas jurisdicciones europeas, adelantando que los tribunales ingleses, italianos y franceses admiten las cláusulas asimétricas de arbitraje.

³⁴⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.*, pp.4.

³⁴⁵ STJCE 9 noviembre 1978, Asunto 23/78, *Meeth vs. Glacetal*, Recueil, 1978, núm. de referencia 61978J0023 pp.2133-2149. La sentencia en inglés puede consultarse en la siguiente dirección URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978CJ0023:EN:HTML>. [Fecha de consulta 19/01/2017].

³⁴⁶ El artículo 17 del Convenio de Bruselas fue sustituido por el artículo 23 en el Reglamento de Bruselas 44/2001 (Reglamento Bruselas I), y este a su vez por el artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido).

En los países anglosajones, -al contrario de lo que ocurre en los países de Derecho continental, en los que se presume la exclusividad de la sumisión- existe una presunción de no exclusividad.³⁴⁷ Por esta razón, el reconocimiento de la validez de las cláusulas híbridas ha presentado menor conflictividad en estos últimos países

Este ha sido el caso de Reino Unido, donde los tribunales ingleses confirmaron en 2005 la eficacia de las cláusulas asimétricas, -aunque ya se habían pronunciado sobre las mismas en 1986-³⁴⁸ admitiendo una cláusula de sumisión a jurisdicción que también facultaba a una de las partes a optar por resolver la controversia mediante arbitraje.³⁴⁹

Esta postura se ha mantenido hasta la actualidad, admitiendo cláusulas de sumisión a jurisdicción junto con una opción unilateral de acudir a arbitraje,³⁵⁰ y cláusulas de sumisión unilateral a los tribunales ingleses en favor de una de las partes únicamente.³⁵¹

En Italia, la validez de las cláusulas híbridas y asimétricas ha sido reconocida también por la *Corte di Cassazione* italiana, basando su postura esencialmente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Destacan los casos *Grinka in liquidazione vs. Intesa San Paolo, Simest*

³⁴⁷ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.* pp.6.

³⁴⁸ Asunto Pittalis vs. Sherefettin

³⁴⁹ NB Three Shipping Ltd. vs. Herebell Shipping Ltd 1 AER 200. Disponible en :

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/NB%20Three%20v%20Hare%202004.pdf>.

[Fecha de consulta 20/01/2017]. *Law Debenture Trust Corporation Plc. Vs. Elektrim Finance BV and Others* 2 AER 476, La sentencia completa puede consultarse en, [Fecha de consulta 22/03/2017]:

<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawRep/Law%20v%20Elektrim%202005.pdf>

³⁵⁰ *Deutsche Bank AG v. Tongkah Harbour Public Company Limited* y *Deutsche Bank AG v. Tungkhum Limited* 2011 EWHC 2251 (QB)12. Todas las anteriores en LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.*, pp.6.

³⁵¹ *Mauritius Commercial Bank Limited –v-. Hestia Holdings Limited Sujana Universal Industries Limited*. En este caso, el contrato se hallaba sometido al derecho inglés y contenía una cláusula de jurisdicción que estipulaba que los tribunales ingleses tendrían jurisdicción exclusiva aunque el reclamante tenía derecho a iniciar procedimientos en cualquier otra jurisdicción. Cuando el reclamante inició un procedimiento por incumplimiento contractual, los demandados impugnaron la jurisdicción alegando que la cláusula de competencia era inválida tanto en el derecho de Mauricio, como en el derecho inglés. La impugnación de los demandados fue rechazada y el Tribunal denegó su solicitud, considerando que era de aplicación el derecho inglés y, en consecuencia, la cláusula era válida. La cláusula de jurisdicción no permitía al demandante demandar en cualquier lugar, sino demandar ante cualquier tribunal que se considerara competente. Estas disposiciones asimétricas se consideran válidas con arreglo al Derecho inglés y han sido regularmente aplicadas por los tribunales ingleses. La decisión refuerza el enfoque inglés de dar efecto al acuerdo de las partes. Como comentó el juez Popplewell, incluso si la cláusula había permitido al demandante demandar en cualquier parte del mundo, «esa es la negociación contractual a la que el tribunal debe dar efecto». WORTHINGTON, F.: “Asymmetric jurisdiction clauses valid as a matter of English law”, Ashurst, artículo en línea, disponible en <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/asymmetric-jurisdiction-clauses-valid-as-a-matter-of-english-law/>

HSBC y Sport Italia v. Microsoft Corporation,³⁵² en los que en base al Reglamento Bruselas I fue admitida su validez y aplicabilidad.

En Ucrania, la jurisprudencia también es unánime respecto de la validez de las cláusulas híbridas bilaterales -tanto de las que permiten optar entre jurisdicción o arbitraje como de las que facultan la elección entre dos o más jurisdicciones-. Igualmente han otorgado efectos a las cláusulas híbridas asimétricas, aunque algunos jueces no las han admitido, realizando una interpretación extensiva de la cláusula, y otorgando los mismos derechos de opción a la parte que no los tenía.³⁵³

Sin embargo, otras jurisdicciones han seguido una línea contraria a la expuesta. Tal es el caso de Francia, que habiendo admitido la *Cour de Cassation* francesa la validez de cláusulas híbridas en alguna ocasión, se ha retractado posteriormente en otras sentencias, señalando que no son equitativas, y por tanto inválidas, con lo que no existe una línea jurisprudencial perfectamente definida, aunque, a tenor de la última línea jurisprudencial, parece inclinarse por su invalidez.³⁵⁴ E

³⁵² En el caso *Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest HSBC*, que fue resuelto por el Tribunal Supremo italiano mediante la sentencia 5705 de 11 de abril de 2012, se admitió la validez de una cláusula en virtud de la cual una de las partes se obligaba a someter cualquier disputa a los tribunales ingleses, mientras que la otra parte tenía derecho a optar por acudir a los tribunales italianos o a cualquier otro foro competente. En el caso *Sport Italia v. Microsoft Corporation*, resuelto por la sentencia de 22 de septiembre de 2011 del Tribunal de Apelación de Milán, el tribunal consideró válida una cláusula híbrida asimétrica y declaró que este tipo de cláusulas se habían aplicado y eran válidas en Italia desde hacía mucho tiempo. Sobre ambos casos, véase PERELLA, C. y MASUTTI, A.: “*Supreme Court considers unilateral jurisdiction clauses*”, International Law Office, 2013 Disponible en:

<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=96a96834-36d8-4685-9167-cc59e23bfa8a#Decision>). [Fecha de Consulta: 20/03/2017].

³⁵³ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.* pp.6.

³⁵⁴ Fue admitida en la Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre civile 1)* de 4 de diciembre de 1990 (n.º de *pourvoi* 89-16047). Sin embargo, con posterioridad en la Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre civile 1)* de 26 de septiembre de 2012 (n.º de *pourvoi* 11-26022), (*Société Banque privée Edmond de Rothschild Europe -vs- Mme X*) anuló la cláusula de sumisión que permitía a una de las partes elegir la jurisdicción. *Ibid.* pp.6. El Tribunal Supremo francés rechazó nuevamente, en una sentencia del 25 de marzo de 2015, la aplicación de una cláusula de competencia unilateral (*Cour de cassation, chambre civile 1*, 25 mars 2015, 13-27.264). Estas Sentencia del Tribunal Supremo son un recordatorio importante de la necesidad de considerar cuidadosamente en la redacción de contratos la validez de las disposiciones de resolución de controversias dependiendo de la jurisdicción que conociera en el futuro del litigio. CLÉMENT DUPOIRIER, C. y ARCHER, P.: French Supreme Court confirms its hostility to unilateral jurisdiction clauses”, Thomson Reuters Practical Law, Puede consultarse en [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I6a6b97e82bd611e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=assetPage&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I6a6b97e82bd611e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=assetPage&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.Default))

igualmente Alemania, cuyos tribunales niegan la validez de las mismas cuando se encuentran incorporadas a determinados tipos de contratos, como los de adhesión.³⁵⁵

En otros países la prohibición o ineficacia de las cláusulas híbridas asimétricas deriva de un imperativo legal. Es el caso, por ejemplo, de Polonia, cuyo Código Procesal Civil establece que las cláusulas de sumisión asimétricas no excluyen la jurisdicción de los tribunales polacos (art. 1105.3) y prohíbe la desigualdad entre los derechos de las partes (art. 1161.2).³⁵⁶

En definitiva, el tratamiento de las cláusulas híbridas en las distintas jurisdicciones europeas es diverso e inconsistente y, por el momento, no parece que se tienda hacia una homogeneización de posturas.

A) Cláusulas en el ámbito familiar

Conviene por último referirnos a las cláusulas de mediación en el ámbito familiar, que pese a su escasa frecuencia, actualmente comienza a plantearse la conveniencia de incluir este tipo de acuerdos.³⁵⁷

Es evidente, que la mediación en asuntos del derecho de familia, incluso en conflictos judicializados, evita o al menos, disminuye los costes emocionales para las partes.³⁵⁸ En este sentido, estas cláusulas o pactos de sometimiento previo a mediación permiten evitar los graves inconvenientes de los procesos contenciosos en esta materia, posibilitando afrontar mejor las futuras situaciones en las que alguno de los implicados pretenda, por ejemplo, la modificación de medidas (art. 775 LEC), o la ejecución de autos y sentencias en la materia, o resolver las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), o la liquidación del régimen económico matrimonial.³⁵⁹

³⁵⁵ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y BALMASEDA, C.: “La controvertida validez...”, *op.cit.* p.8.

³⁵⁶Ibid. p.9.

³⁵⁷Así lo han considerado los Juzgados de Málaga, que en una interesante iniciativa, han recomendado incluir en los convenios reguladores de divorcios y separaciones cláusulas de sometimiento a mediación. Puede consultarse en “Mediación es Justicia”, GEMME, 2016 <https://mediacionesjusticia.com/2016/10/15> [Fecha de Consulta: 04/04/2017].

³⁵⁸Los Tribunales reconocen que en los conflictos familiares la mediación puede dar respuestas de mayor calidad que el proceso judicial, ya que preserva las relaciones interpersonales y permite que los menores puedan adaptarse con mayor facilidad al nuevo entorno familiar.

³⁵⁹ Así lo estima RODRÍGUEZ PRIETO, F.: “La introducción de cláusulas de mediación en los negocios de familia: una necesidad social”, *El Notario del Siglo XXI*, 2016, N° 70. Disponible en:

Realmente no existe ningún inconveniente en incluir este tipo de pactos en las capitulaciones matrimoniales, para resolver cualquier desavenencia futura que pueda surgir entre los cónyuges en sus relaciones personales o patrimoniales, o las que surjan con motivo de la separación o divorcio, ya que siempre podrán desistir de la mediación una vez comenzada, si consideran que esa vía no les puede resultar útil.

La incorporación de esas cláusulas resulta también altamente aconsejable en otras escrituras que formalicen negocios de familia. Como los todavía escasos, pero cada vez más frecuentes, acuerdos en previsión de las rupturas matrimoniales y reguladores de sus consecuencias. Estos pactos prematrimoniales o acuerdos previsorios son establecidos por los cónyuges con carácter previo al matrimonio con el objetivo de regular aspectos patrimoniales o personales derivados de una hipotética separación o divorcio. Por ejemplo, los que modalizan o excluyen el derecho de pensión compensatoria, los pactos de atribución de la vivienda conyugal o los indemnizatorios. El Código civil no contiene disposición alguna sobre los mismos, salvo lo referente a las capitulaciones matrimoniales, por lo que ha existido una amplia discusión sobre la validez de los mismos, aunque en ningún caso se menciona su exclusión en el derecho común o en otros derechos forales, es más, se regulan específicamente por el Código civil catalán y el Derecho valenciano.³⁶⁰

En lo referente a la legalidad de los pactos prematrimoniales es significativa la Sentencia 392/2015 de 24 Junio de 2015 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo,³⁶¹ que no aprecia

<http://www.elnotario.es/index.php/arbitraje-y-mediacion/7095-la-introduccion-de-clausulas-de-mediacion-en-los-negocios-de-familia-una-necesidad-social> [Fecha de Consulta: 13/04/2017].

³⁶⁰ Arts. 231-19 del Código Civil Catalán (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). («DOGC» núm. 5686, de 05/08/2010, «BOE» núm. 203, de 21/08/2010) y art. 25 Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano («DOCV» núm. 5475, de 22/03/2007, «BOE» núm. 95, de 20/04/2007).

³⁶¹ Sentencia 392/2015 de 24 junio de 2015 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. [Roj: STS 2828/2015]. Avala la validez de un pacto prematrimonial en el que se fijaba el pago de una pensión vitalicia de un cónyuge al otro en caso de divorcio de 1.200 euros mensuales (y actualización anual del IPC) y que fue rechazado por el juzgado de primera instancia. La Audiencia Provincial de Cádiz y el TS determina que no existe prohibición legal siempre que se respete la igualdad de los cónyuges, en atención al artículo 1328 Cc, de tal forma que éste no sea gravemente perjudicial para uno de ellos, y que no sea dañoso para los hijos menores del matrimonio. El Tribunal Supremo, reconoce el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando y que la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 Cc. a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 Cc.). Expresamente argumenta que «se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del Cc. establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores

ningún inconveniente legal para su existencia, calificándolos y equiparándolos a las capitulaciones matrimoniales, aunque sujetas a restrictivos criterios formales, ya que deben formalizarse en escritura pública con inscripción posterior. Sostiene que los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto que se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual "ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con refrendo normativo en los artículos 1.323 y 1.325 del Código Civil."

De esta suerte y como indicábamos, se trata de situaciones complejas en las que no será extraño que surjan controversias y en las que la mediación puede resultar adecuada para encauzarlas. Por ello, es factible la inserción de cláusulas de mediación en los diferentes documentos sirviendo como ejemplo los siguientes:³⁶²

En las capitulaciones:

“Toda controversia que surja entre los cónyuges en sus relaciones personales o patrimoniales se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. El mediador o mediadores o la institución administradora de la mediación podrán elegirse por las partes de mutuo acuerdo. En caso de falta de acuerdo, la mediación será administrada por la Fundación Signum (u otra Institución elegida). La designación de mediadores y la administración de la mediación se regirán entonces por las normas de dicha institución vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de mediación.

He informado a las partes de las consecuencias del sometimiento a mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, así como de la posibilidad de elección entre diversos mediadores o Instituciones de Mediación, tras lo que han optado por la indicada Institución”.

En los convenios reguladores de separación o divorcio y a los acuerdos en previsión de futuras rupturas matrimoniales:

“Toda controversia que surja entre ambas partes con motivo del cumplimiento, la interpretación, ejecución, validez o eficacia de este convenio, o de su futura

o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 CE cuando establece la protección de la familia y de la infancia».

³⁶² Modelos de cláusulas tipo de la Fundación Notarial Signum.

modificación, se someterá a mediación. Las partes elegirán de común acuerdo los mediadores o la institución de mediación. En caso de falta de acuerdo la mediación será administrada por la Fundación Signum (u otra Institución elegida). La designación de mediadores y la administración de la mediación se regirán por las normas de dicha institución, vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de mediación”.

B) Compromisos posteriores

Otra fórmula tradicional consiste en la redacción de un compromiso de mediación para un conflicto ya existente, en el que las partes aceptan someterse a un mediador determinado u organismo concreto, para que lo gestione. Este compromiso opera de igual forma en las mediaciones de carácter familiar o comercial.

Como señalábamos anteriormente, una vez iniciada la disputa, que las partes tomen conciencia y designen a un mediador de mutuo acuerdo, puede no ser fácil. Pueden surgir más divergencias entre ellos respecto a quien se debe nombrar. Este intento de mediación “*ad hoc*”, podrá ser superado si las partes logran tal designación estando de acuerdo en la imparcialidad de su nombramiento. El recurso a la mediación institucional, eligiendo un centro de mediación que administre el procedimiento, designe al mediador y articule el sistema a través de un reglamento, puede suponer una ventaja si las partes no están demasiado proclives a la negociación de estos términos. Pero en cualquier caso, es esencial la voluntad de ambos para la admisión de la mediación, lo cual implica nuevamente una férrea voluntad de querer y estar dispuesto a intentar la negociación. En este sentido, la OMPI dispone de un modelo de acuerdo de sometimiento para controversias existentes:

Los infrascritos convenimos por el presente someter a mediación la controversia siguiente de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI ³⁶³:
[breve descripción de la controversia]

La mediación tendrá lugar en [especificar el lugar]. El idioma que se utilizará en la mediación será [especificar el idioma].

³⁶³Artículo 3 del Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) (En vigor desde el 1 de enero de 2016), disponible en <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/rules/> [Fecha de consulta: 24/12/2016].

IV. ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN INICIO Y FASES

1. Inicio del procedimiento

Ya hemos indicado, como una de las características esenciales de la mediación, su carácter informal aunque esto no implique que el procedimiento no deba dotarse de cierta estructura. Esta estructura va referida al itinerario o conjunto de reglas que el mediador va a señalar y al que deben ajustarse tanto las partes como él mismo. No olvidemos que tal y como señala el artículo 10 LMACM «sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente».

La mediación ofrece un escenario donde las partes pueden relatar los hechos tal como los perciben, presentar sus posiciones, expresar sus inquietudes, intercambiar información, comunicarse e intentar lograr un acuerdo, todo ello en presencia de un tercero neutral quien escucha atentamente y participa de acuerdo a su papel.

El procedimiento debe ofrecer una forma ordenada y contenida para satisfacer estas necesidades. Por ello, pese a su flexibilidad, tiene cierta estructura con varias etapas o fases, que según diferentes autores reciben distintas denominaciones. En cualquier caso no se trata de etapas estáticas o lineales, sino que el mediador las aplica según cada caso concreto, dependiendo de su propio estilo o de la naturaleza del conflicto que se pretende resolver, y pudiendo una etapa requerir un trabajo minucioso en un conflicto determinado, y en cambio en otro requerir de menos atención.

No olvidemos que según establece el Artículo 20 LMACM «la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones». No hay un plazo máximo y mínimo de duración, ya que cada mediación es única y diferente de las demás y puede requerir de más o menos sesiones, pero es cierto que no debe alargarse innecesariamente.³⁶⁴

³⁶⁴ A este respecto, las diferentes instituciones de mediación pueden establecer en sus reglamentos de actuación la duración máxima del procedimiento. Con ello se pretende evitar maniobras dilatorias por alguna o por ambas partes.

Cada etapa tiene varias fases en las que las partes se aproximan, aunque ningún paso es obligatorio ni en su duración, ni en su contenido. Cada mediación es única, es flexible por definición, adaptándose a las características y condiciones de cada conflicto.³⁶⁵

2. Etapas

2.1. Fase preliminar

Constituye el primer contacto de todos los intervinientes. En esta sesión previa, que la LMACM denomina «sesión constitutiva» se procederá a la presentación del mediador y al intercambio de información.³⁶⁶

Se detallará con carácter general el conjunto de reglas de comportamiento y funcionamiento a observar durante el procedimiento, especificando el desarrollo, duración y lugar e idioma de las sesiones, verificando la participación de las partes y las necesidades de documentación a aportar por cada interesado en función de los temas a abordar. El mediador puede solicitar a las partes un informe escrito de los antecedentes y estado actual del conflicto u otro material que considere conveniente que guarde relación con el objeto de la disputa. Igualmente, informará sobre los costos, gastos y honorarios, o el lugar de celebración de las sesiones.

De esta sesión se levantará un «acta constitutiva», en la que conste expresamente que las partes aceptan los términos y desean desarrollar la mediación, acta que deberá ser firmada por las partes, mediador y co-mediadores en su caso.³⁶⁷ En el supuesto de que no se produjese esta aceptación, en el acta constará que la mediación se ha intentado sin efecto.

³⁶⁵ Respecto a la relación de fases, siguiendo a Hernández Ramos podemos sintetizarlas en las siguientes: (1) Fase inicial (*Speech*) que incluye la sesión constitutiva y el discurso del mediador y que concluye con la firma del acta constitutiva. (2) Fase de exposición (*Intermission*) en la que las partes argumentan sus posiciones y que incluye la fase de recogida de información por el mediador (*Open Doors*). (3) Fase de búsqueda de soluciones (*Open Windows*) en la que el mediador ayuda a las partes en el planteamiento de soluciones. (4) Fase de negociación (*Bridge Over*), en la que se intenta acercar posturas y llegar a una síntesis que conduzca al resultado final (5) Fase de acuerdo (*Way out/Way in*) en la que se redacta el Acta Final, con o sin acuerdo. HERNANDEZ RAMOS, C. “Mediación transnacional: una aproximación practica en el ámbito de las relaciones privadas internacionales”.*Revista castellano-manchega de Ciencias Sociales*, núm.19, 2015. pp. 158.

³⁶⁶Artículo 19 LMACM.

³⁶⁷ En el acta constitutiva deberán reflejarse los aspectos que se han comentado en la sesión, en todo caso y según lo dispuesto en el artículo 19 LMACM los siguientes: identificación de las partes, designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes, objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación, programa de actuaciones y duración

Técnicamente es una primera evaluación de la situación y la constatación cierta de que los interesados, de común acuerdo, aceptan todos los planteamientos. La etapa finaliza cuando el mediador verifica ciertamente y sin ningún género de dudas, que las partes tengan la total comprensión de las reglas de la mediación.

2.2. Desarrollo de la mediación reuniones conjuntas y caucus

Una vez iniciada la mediación, se establecen diferentes etapas en las que el mediador va dirigiendo las sesiones. En cualquier caso no son estáticas o lineales, sino que el mediador las alcanza según cada caso concreto, dependiendo de su propio estilo o de la naturaleza del conflicto que se pretende resolver. Por ello en la práctica es habitual que, en función de la disputa, una etapa pueda requerir un trabajo minucioso en una controversia determinada, y en cambio en otra requerir de menos atención. No obstante una vez establecidas las reglas de actuación, todos los participantes deben cumplirlas. Ningún paso es obligatorio, ni en su duración ni en su contenido. No hay que olvidar que cada mediación es única y flexible por definición, por lo que los mediadores modifican el *iter* del procedimiento según su experiencia y en función de las circunstancias. Lo esencial es que las partes salgan satisfechas y convencidas de que han logrado un buen acuerdo, o bien su satisfacción provenga del intento y esfuerzo realizado pese a no lograr un consenso definitivo.

La mediación puede llevarse a cabo en una o más audiencias de duración variable, periodo que puede oscilar entre una o varias horas, a uno o varios días. No olvidemos que la mediación no puede alargarse indefinidamente en el tiempo. La actual normativa no establece una duración concreta, ni máxima ni mínima, al contrario de lo que establecía el Anteproyecto, que implantaba un periodo máximo de dos meses, prorrogable un mes más. En la actual LMACM el artículo 20 dispone simplemente que será «lo más breve posible», concentrándose sus sesiones en «el mínimo número».

El CGPJ señala que no es adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones, aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los “tiempos

máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación, información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos, declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas, lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

muerτος” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia.³⁶⁸

Las partes relatarán los hechos y explicarán sus puntos de vista. Generalmente la primera reunión será conjunta entre las partes y el mediador. En ella las partes manifiestan su propia versión del conflicto, con lo que el mediador recoge información del relato personal y directo de los interesados sobre las prioridades de las partes y los mínimos a los que están dispuestos para alcanzar un acuerdo.

El mediador utilizará su propio estilo de comportamiento y seguirá su propia metodología mediante distintas técnicas y herramientas, para ayudarles a centrarse en sus inquietudes e intereses. Básicamente lo que el mediador busca es encontrar el núcleo esencial de las pretensiones de las partes y clarificar sus posturas. Debe comprender la perspectiva de cada parte. Para ello continua recabando información en distintas sesiones, ya que las partes generalmente no revelan totalmente sus posiciones en la primera reunión.

Podrán reunirse tantas veces como el mediador o los interesados consideren conveniente, hasta que se llegue a la propuesta de acuerdo.

Habitualmente y dependiendo de lo que establezca cada institución, tras las sesiones, se extenderá un acta con indicación del día de su celebración, hora de inicio, de finalización y el resultado de la misma. Todas las actas deberán ser firmadas por el mediador, las partes, sus letrados y por todos los que intervengan de cualquier modo o carácter. Cada uno de los asistentes recibe una copia del acta y otra copia al Centro de Mediación, a sus efectos.

La LMACM en el artículo 21, se refiere al desarrollo de las actuaciones, que podrán ser separadas o conjuntas. En general, las reuniones conjuntas son preferibles en las etapas iniciales y al final. Las reuniones por separado o caucus, en las etapas intermedias, y tienen el objetivo de separar a las partes en caso de bloqueo, discusiones o tensión excesiva. Son básicas para minimizar las hostilidades. En infinitas ocasiones incluso son las propias partes las que solicitan reuniones separadas ya que se sienten más cómodas para comunicarse con el mediador.

Pero en cualquier caso, las reuniones conjuntas son imprescindibles porque evitan malentendidos y suspicacias siendo más adecuadas para cuestiones técnicas o excesivamente

³⁶⁸ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. (CGPJ) op.cit. pp. 13

complejas. No hay que olvidar que también reducen la posibilidad de errores al transmitir las propuestas. Pero también es cierto que pueden exacerbar los sentimientos de hostilidad entre las partes. En todo caso es el mediador el que en función de cada caso, decide el tipo de reunión según considere más conveniente.

2.3. Redacción definitiva del acuerdo

El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.³⁶⁹ El mediador podrá discutir con las partes la posibilidad de acudir a un arbitraje, u otro método de resolución de conflictos.

Lo más idóneo y verdadero éxito de la mediación es alcanzar un acuerdo definitivo, que resuelva con claridad, fundamento y equilibrio todos los conflictos planteados y sobretodo que tenga vocación de cumplirse y posibilidad real de permanecer intacto entre las partes. No olvidemos que esta permanencia no es exclusiva del ámbito familiar, en el que la relación entre los cónyuges debe continuar en aras del interés de los hijos, sino que en el ámbito de los conflictos comerciales, las partes pueden estar interesadas en prolongar sus vínculos, especialmente en las relaciones comerciales internacionales, por lo que un acuerdo deficiente puede hipotecar sus relaciones ulteriores o posibles negociaciones futuras, a la par que producir el indeseado efecto de incumplimiento.

Una vez concluida la mediación, lo habitual es restituir todo el material, y documentación confidencial que las partes le hayan entregado al mediador. El hecho de que pueda quedarse con una copia o no de la documentación, depende de cada legislación o del reglamento de actuación a que este sujeto el mediador y a lo que éste haya pactado con las partes. Al efecto, el artículo 22.1 en su párrafo 2º, indica que a la conclusión de la mediación se devolverá a cada parte la documentación aportada en su momento, y aquellos documentos que «no hubieren de devolverse» formaran parte de un expediente cuya custodia corresponde al mediador (o la institución que lo administre) durante el plazo de cuatro meses. Algunos de los reglamentos de mediación extienden este depósito a seis meses.

A la finalización de la mediación se redactará un acta final, que determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores, entregándose un ejemplar original a cada una de ellas. Se contempla la posibilidad de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, por lo que llegado el caso, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.³⁷⁰

V. EL MEDIADOR EN EL PROCEDIMIENTO

Respecto al papel que el mediador desarrolla en el procedimiento, hay que destacar que su conducta es esencialmente activa, con facultades facilitadoras y particulares que no necesariamente se relacionan con el conocimiento jurídico, sino más bien en técnicas, en cuanto a que sabe cómo aproximarse al conflicto gracias a sus destrezas y aptitudes, dirigidas a facilitar e identificar aspectos que puedan implicar un acercamiento en las posturas de las partes y superar puntos críticos en los que exista demasiada confrontación.

El mediador requiere formación técnica especializada e inclusive práctica. Además debe reunir ciertas habilidades comunicativas, de formulación y desarrollo de las negociaciones, así como capacidades y estrategias de gestión de problemas. En este sentido, téngase en cuenta, por lo que respecta a los Códigos de conducta voluntarios, lo que establece la Directiva 2008/52/CE en su artículo 4.

Los principios que deben regir su actuación han sido profusamente comentados en el epígrafe II de este Capítulo, debe actuar con imparcialidad, neutralidad, y ser equidistante.³⁷¹

Profesionalmente, el mediador puede dirigir sus recomendaciones en relación al modo más correcto de encauzar las conversaciones y puede sugerir estrategias de acción. Pero nunca impone acuerdos, estos surgen por consenso de la libre voluntad de las partes. No debe dar asesoramiento

³⁶⁹ Artículo 22 LMACM.

³⁷⁰ Artículo 22.3 LMACM.

³⁷¹ La equidistancia implica una habilidad del mediador para situarse a la misma distancia respecto de ambas partes, de modo que les atribuya las mismas posibilidades de expresarse, el mismo comportamiento e idéntico lenguaje. Esa es la característica esencial de la neutralidad. Véase al respecto SUARES, M.: *“Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas”*. Buenos Aires, Paidós, 1999, pp. 151-152.

legal, aunque puede facilitar información jurídica.³⁷² Si las partes lo desean pueden estar acompañadas de sus abogados. A este respecto la redacción del artículo 13.1 LMACM es contundente, imponiendo al mediador la obligación de velar para que las partes dispongan de información y asesoramiento suficiente. No señala la Ley sí en las sesiones las partes pueden estar acompañadas o no de sus abogados. Recordemos que no se exige tipo alguno de formación jurídica al mediador, por lo que en multitud de ocasiones ni siquiera sería capaz de dar consejo.

Pero no perdamos de vista que la mediación no supone nunca un resultado cierto. La interacción entre las partes está cargada de incertidumbres, tensiones y sorpresas, no solo a causa de los asuntos sobre los que se va a mediar, sino por el encuentro entre personas que pretenden resultados distintos y tienen puntos de vista, en la mayoría de los casos, no coincidentes. La función del mediador es superar y ampliar esa visión tan estrecha y estereotipada de cada parte para hacer posible una mejor comprensión del contrario y sus necesidades. Para así lograr un diálogo mucho más fructífero que permita llegar a entendimientos y acuerdos. Se trata de una labor muy difícil que exige práctica y muy buena formación.

El mediador como profesional precisa de una formación multidisciplinar basada en técnicas de escucha activa, parafraseo, comunicación no verbal, y gestión de emociones, técnicas que nacen tanto de la disciplina de la psicología, como de la propia negociación. Requiere cualidades humanas comunicativas e intelectivas, muchas de las cuales se pueden aprender o mejorar, aunque no es menos cierto que el perfil de algunas personas las hace especialmente idóneas. Es evidente que en la mediación mercantil o comercial lo que las partes van a negociar son habilidades intelectuales, pero es indiscutible que el mediador, con gran capacidad de análisis, debe tratar de “traducirlas” mediante habilidades de comunicación, para lo que debe tener autocontrol y autodirección para controlar sus propias emociones y reacciones.³⁷³

Para el éxito de la mediación, la confianza en el mediador es clave. Esta confianza debe extenderse durante todo el procedimiento y depende de dos factores fundamentales: la coherencia y

³⁷² Véase también CARRAMOLINO GOMEZ, C.: “Los sujetos de la mediación” en *Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar* (AAVV), pp.158.

³⁷³ Para más información al respecto véase PICKER, BENNETT, *Guía Práctica para la Mediación*, Paidós, 2001

la competencia del mediador, ya que este inspira confianza cuando se percibe consistencia entre lo que se dice y hace.³⁷⁴

Como ya hemos comentado anteriormente, en las primeras sesiones el mediador debe recopilar la mayor cantidad posible de información acerca de las partes y del conflicto. Debe identificar y explorar todos los elementos posibles, antecedentes, elementos de cada causa etc... explorando la necesidad que las partes tienen de llegar a un acuerdo, o los acuerdos previos a los que estas hayan llegado, fundamentos, modo y motivo de esas ofertas, porque han sido inaceptables para las partes etc. El mediador trata de identificar el problema y descubrir los intereses de cada parte, de manera que intenta hacer ver a cada uno de ellos el punto central de su conflicto y las consecuencias y riesgos que pueden producirse de no lograr alcanzar un acuerdo.³⁷⁵

En general, hay que centrarse en los objetivos comunes, los intereses comerciales y estratégicos de ambas partes para reconciliar sus diferencias y ayudarles a explorar todas las opciones posibles. Buscar los conectores, es decir, aquellos puntos comunes en los que están de acuerdo o que les pueden reportar ventajas a ambos. Una vez que estas han sido identificadas, las partes comienzan a negociar las que consideran más viables.

Por ejemplo si nos encontramos con una relación empresarial entre proveedores y clientes y han manifestado su intención de continuar con negocios en el futuro, es una buena opción explorar esa vía, ya abierta por las partes, y demostrarles las ventajas de un pacto basado en tal relación, en la que podría estructurarse los términos del acuerdo.

Es viable que existan co-mediadores, bien sea por deseo de los interesados o por indicación del mediador, por ejemplo en ocasiones en las que el mediador seleccionado no es experto en la materia objeto de la controversia, y previa aceptación de las partes. La LMACM ha incluido esta posibilidad (artículo 18), estableciendo como única exigencia la coordinación necesaria entre ellos. En la práctica habitual de la mediación, dado que es una técnica multidisciplinar, la existencia de una pluralidad de mediadores ayuda cuando los asuntos son excesivamente complejos.

³⁷⁴ BERNAL SAMPER, T.: "Capítulo 21. La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación" - III en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de "Tribunales y mediación", Madrid septiembre 2013, p. 7 y ss, disponible en http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf, pp. 209. [Fecha de consulta: 17/01/2017].

³⁷⁵ GRIGGS BUTTS, T., MUNDUATE L., BARÓN, M. y MEDINA, F.: "Intervenciones de mediación" en AA.VV.: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, LABRADOR, F. (Dir.), MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F. (coord.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009, pp. 270.

1. Requisitos formales a reunir por el mediador

La Directiva 2008/52/CE concede mucha importancia a la formación de los mediadores. Esto se refleja en el Considerando 16 de la misma que dispone que para asegurar la necesaria confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad, «el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación, los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación».

Del mismo modo, el artículo 4.2 dispone «los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes».

En principio y tal y como tradicionalmente se ha venido estableciendo en la praxis y en otros ordenamientos jurídicos, se establecían como requisitos mínimos: ser mayor de edad con arreglo a su Ley personal, tener plenos derechos civiles, ser un profesional competente con formación específica y experiencia demostrable y gozar de la confianza tanto de las partes, como de la institución que lo haya designado.

La redacción propuesta en el artículo 14 del Anteproyecto de 2011, requería como condición indispensable estar en posesión de un título universitario de grado, de carácter oficial o extranjero convalidado. Lo cual resultaba a todas luces un tanto chocante con la exigencia de control de la legalidad que se le exigía respecto al acuerdo final, (artículos 27.2.II ó 28.3), porque difícilmente hubiese podido verificar la conformidad del acuerdo de mediación con un ordenamiento jurídico concreto sin poseer una formación jurídica adecuada. Esto hubiese acentuado la posibilidad de que, en la práctica, circularan demasiados acuerdos no susceptibles de homologación o ejecución judicial posterior. Y lo más importante, ese no es en ningún modo el cometido del mediador.

La LMACM, ha resuelto en el artículo 11, las condiciones para ejercer como mediador, disponiendo al efecto que debe tratarse de «personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles,³⁷⁶ siempre que no se lo impida la legislación a la que pueden estar sometidos en el ejercicio de su profesión», para ello se prevé la necesidad de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación. No

³⁷⁶ Al igual que se exige a los árbitros en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 60/2003.

señala cual debe ser esta formación, por lo que este aspecto fue objeto de desarrollo reglamentario posterior,³⁷⁷ sino que simplemente alude a que la misma se adquirirá con la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, posibilitando con ello la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. De tal modo que subsisten los requisitos previstos en el Anteproyecto, aunque como veremos se ha eliminado la obligación de supervisión del acuerdo.

Respecto a las incompatibilidades, no hay una profesión en principio que quede excluida del ejercicio de la función del mediador, pero esto no significa que pueda existir una incompatibilidad funcional en determinados casos. El artículo 17 de la Ley 60/2003 de arbitraje, establece que el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre las partes, salvo acuerdo expreso de las partes.³⁷⁸ Esta pequeña salvedad, permite que las partes acepten que en casos de mediación y arbitraje o MED-ARB, se reúna en la misma persona ambos roles.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley.

La formación del mediador constituye un requisito fundamental del mismo, ligado a la eficacia con la que ha de desempeñar su labor y que, además de la Ley, ampara la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta norma europea establece la obligación de los Estados miembros de fomentar «la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente».

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre,³⁷⁹ desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, y sobre todo lo relacionado con la formación exigida al mediador. Parte de una concepción abierta de la formación, acorde a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia, que rigen la actuación de los mediadores. Por ello no se establecen requisitos

³⁷⁷ Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

³⁷⁸ Apartado introducido por la Ley 11/2011 de 21 de mayo de 2011, de reforma de la Ley 60/2003 de arbitraje. «BOE» núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

³⁷⁹ BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

estrictos o cerrados respecto a la configuración de esa formación, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en que preste sus servicios. De éstas dependerá la formación que haya de recibir un mediador para contar con la preparación necesaria. Se limita a regular los requisitos mínimos de esa formación, pero sin establecer de manera cerrada la que haya de realizar cada mediador.

El capítulo II del RD 980/2013 se dedica a la formación de los mediadores, señalando que deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación, que se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador.³⁸⁰

La formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. Dicha formación, cuya duración mínima se establece en cien horas de docencia efectiva, será desarrollada tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento del de la duración mínima prevista para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.³⁸¹ Los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de veinte horas.³⁸² La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador.

También se pronuncia sobre la formación recibida ante instituciones extranjeras, apuntando que se entenderá válida siempre que dichas instituciones estuvieran debidamente

³⁸⁰ Artículo 3. RD 980/2013.

³⁸¹ Artículo 4 RD 980/2013.

³⁸² Artículo 6 RD 980/2013.

acreditadas en sus respectivos países y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida.³⁸³

Una vez manifestado el consenso entre las partes y presentada la solicitud, caso de tratarse de una mediación a través de un centro, estos serán los encargados de proporcionarles un listado de mediadores.

En el caso de conflictos comerciales internacionales, la elección del mediador no es una tarea sencilla. La información de la que se dispone sobre el mediador es escasa, limitada a unos breves datos profesionales y una entrevista personal y es posible que las partes busquen en un mediador aspectos que no salen a relucir en aquellos. Normalmente las partes también buscan referencias en terceros que hayan utilizado los servicios de ese mediador, lo cual tiene sus riesgos ya que las opiniones serán bastante subjetivas.

La experiencia demuestra que es más sencillo encontrar un mediador para casos domésticos en los que las partes están en el mismo país que para supuestos internacionales, complicándose aún más si en alguno de los países la mediación no es un sistema muy consolidado.³⁸⁴

La selección del mediador no difiere mucho de los criterios para seleccionar un árbitro. Ambos son terceros neutrales, pero les separan otros muchos criterios, ya que no es un proceso contradictorio sino colaborativo, y aquel debe despertar confianza en ambas partes. Esto implica que deberán colaborar en la selección del mismo, lo cual también implica un acercamiento entre ellas. En caso de desacuerdo, lo cual ya sugiere escasa voluntad de negociar, en la mediación institucional la elección es más sencilla, ya que puede ser suplida por las indicaciones del reglamento de actuación del centro.

En general, han sido los reglamentos de cada institución especializada, quienes han establecido el sistema de elección de mediador, o en su caso los co-mediadores o sustitutos posibles, poniendo a disposición de las partes sus directorios de profesionales. Antes de proponer un candidato, el centro solicita a los mediadores seleccionados que revelen cualquier circunstancia no conocida susceptible de generar dudas acerca de su imparcialidad o neutralidad, ya que de ser

³⁸³ Artículo 5RD 980/2013.

³⁸⁴ RODRIGUEZ L.F.: *Mediación comercial internacional*, Colección practica de mediación, Dykinson, Madrid, 2016. pp. 106.

así, será sustituido por otro. Las partes tienen plena libertad para escoger al mediador y mostrar sus preferencias hacia el candidato en lo referente a estilo de negociación, experiencia técnica o legal, conocimiento de idiomas etc...

En este sentido y a nivel internacional podemos citar, entre otros, los reglamentos de *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)*, *JAMS*, *Singapore Mediation Center (SMC)* o el Centro Internacional de ADR de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

Lógicamente en el supuesto de una mediación no catalogada como “institucional”, en la que las partes designen a un mediador específico sin intervención alguna de institución o centro, cabe la posibilidad de que hayan sido ellas mismas las que con carácter previo al conflicto lo hayan designado nominativamente, incluyéndolo en un acuerdo o cláusula, o bien que con carácter posterior al conflicto, se hayan puesto de acuerdo en designar a alguien concreto.

La LMACM en su artículo 17, señala que recibida la solicitud, la institución de mediación, o en su caso el mediador citará a las partes a una sesión informativa, en la que, caso de inasistencia injustificada de alguna o ambas partes, se entenderán que desisten de la mediación.

El objetivo de la sesión se centra en comunicar a las partes tanto las características de este método como las posibles circunstancias que pudieran afectar a la imparcialidad del mediador, explicando cuál es su función, y el modo en que se desarrollará la mediación.

Es importante que el mediador indique claramente a las partes la voluntariedad del procedimiento, su propia neutralidad e imparcialidad y la necesaria cooperación entre ellos. Igualmente debe explicar que controlará los aspectos del procedimiento, siendo libre de comunicarse por separado con cada parte, y no pudiendo desvelar la información confidencial recibida de una parte a la otra/s o a un tercero, salvo que reciba autorización al respecto.

2. Designación, Recusación y renuncia

El mediador puede ser rechazado por las partes en cualquier momento. En general, esta norma de actuación ha sido establecida según los distintos reglamentos de procedimiento de cada institución administradora y los códigos deontológicos privados, pero usualmente y de acuerdo con el principio de imparcialidad, son motivos de recusación la existencia de relaciones anteriores con

alguna de las partes, bien un interés personal o económico del mediador con alguna de ellas, bien con el objeto de la controversia.³⁸⁵

Quiere esto decir, que podrían plantearse supuestos en los que una de las partes, de conocer a un mediador en un procedimiento anterior del que hubiese sido parte, o incluso habiéndose realizado una mediación anterior entre ellos, podrían, en cualquier caso, impedir que ese determinado mediador interviniese en otro procedimiento.

Por su parte, el mediador también podrá retirarse en cualquier momento, e incluso suspender la mediación si pierde la confianza de las partes en su imparcialidad, o advierte que alguna está actuando de mala fe, o constata la voluntad de alguna de ellas de cometer de un delito, o tiene indicios de la utilización de información falsa, u observa signos de injusticia manifiesta, o violencia. Así mismo podrá abandonar si se considera incapaz de conducir la mediación por cualesquiera otras razones, permitiendo y facilitando la elección de un sustituto. Supuestos en los que deberá entregar un acta en que conste su renuncia, sin establecer obligación alguna de fundamentar las razones de la misma.

Pero esta actuación, podría suponer que las partes sintiesen que están siendo perjudicadas y podrían pretender, incluso, reclamar daños y perjuicios morales, por haberles generado expectativas en la resolución del conflicto y después renunciar al caso. Es posible plantearse por tanto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 LMACM, podría exigírsele al mediador una responsabilidad en base a que está obligado a cumplir fielmente el encargo. No obstante, parece una probabilidad un tanto incierta de concluir airoosamente.

Igualmente podríamos plantearnos que, en caso de una mediación institucional, la institución no aceptase la renuncia del mediador, por considerarla injustificada, provocando situaciones de responsabilidad corporativa o deontológica que conllevarían sanciones e incluso la expulsión. Lo cierto es que aunque pueda parecer una situación enrevesada y no demasiado propia de una mediación, puede ocurrir. Habría que estar al contenido de los diferentes reglamentos de actuación de cada centro. Con todo, los motivos que pueden impulsar a un mediador a renunciar al

³⁸⁵ Artículo 13 LMACM impone el deber del mediador de “revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses”. Así se catalogan dentro de estas posibles circunstancias, la “existencia de relaciones personales, contractuales o empresariales con alguna de las partes”, “cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación” o que el mediador “hubiese actuado a favor de alguna de las partes en cualquier otra circunstancia”, casos en los que solo podría aceptar o continuar a mediación siempre que pudiera asegurar mantener su imparcialidad y bajo consentimiento expreso de las partes.

caso pueden ser muy diversos, desde personales, que en cualquier caso deberían ser entendidos por las partes, a puramente profesionales. No es cuestión de ensañarse con un profesional que en ningún caso va a imponer su criterio ni evitar que las partes logren pactar un acuerdo, con lo que debiera ser percibido por ellas como un facilitador. Nada más.

En este sentido, a nuestro parecer, la renuncia de un mediador no debería dar lugar jamás a una sanción ni abrir la posibilidad de una responsabilidad civil. Esto podría volverse en contra del propio mediador, quien temeroso de una posible actuación por alguna de las partes, considerara la necesidad o conveniencia de continuar en la mediación, aun a sabiendas de que no está cumpliendo adecuadamente con su papel, lo que implica una pérdida de tiempo y recursos.

Es decir, la situación puede percibirse desde dos prismas distintos, desde el punto de vista de las partes, la renuncia injustificada del mediador podría perjudicarles, sobre todo si confían en él y han puesto expectativas. Y desde el punto de vista del mediador, la renuncia se justifica por una imposibilidad de continuar con la mismas, bien por motivos estrictamente personales, o por imposibilidad de continuar con ella porque no se ve capaz de mantener su neutralidad e imparcialidad, o porque considere, bajo su propio criterio, que la mediación no es el cauce adecuado para resolver el conflicto.

Insistimos, la posibilidad de que al mediador se le pueda responsabilizar por la renuncia, es peligroso y puede dar lugar a situaciones de abuso.

Barona Vilar diferencia entre los supuestos de responsabilidad del mediador según su renuncia tenga como causa un motivo personal, o motivada por la constatación de que no puede continuar con ella porque la mediación no va a finalizar con acuerdo a causa de la conducta entorpecedora de alguna de las partes. En este último caso considera que su responsabilidad sería más restringida ya que han sido las partes quienes con su conducta motivan la renuncia del mediador, y la prueba de los daños y perjuicios causados a las partes sería más compleja.

Añadimos que dado que las sesiones de mediación no se graban ni queda constancia de ellas, salvo lo referido en las actas, difícilmente van a poder probar las partes que la actuación del mediador no haya sido impoluta.

3. Responsabilidad

En relación con lo expuesto, es evidente que uno de los aspectos que más indisolublemente está ligado a la garantía de la calidad de la mediación, se centra en la responsabilidad y delimitación de los mediadores, quienes en determinadas circunstancias y bajo ciertos supuestos deberán asumir las consecuencias de su actuación. La LMACM señala que la infracción del deber de confidencialidad, generará responsabilidad personal del mediador, responsabilidad que se extiende a la institución o centro que gestione la mediación como consecuencia de los daños y perjuicios que causen.³⁸⁶

Entre las partes y el mediador existe un acuerdo, un contrato, un mandato que es aceptado por el mediador y cuyo objeto es facilitar la apertura de nuevas vías de diálogo para que a las partes lleguen a un acuerdo. Tiene, por tanto, carácter contractual.

En todo caso la responsabilidad del mediador hacia las partes se concreta en el debido respeto a la autonomía de la voluntad y la libertad de decisión de las partes. Es un contrato de medios, no de resultado, porque en ningún caso puede asegurarse o garantizarse que las partes llegaran, o no, a un acuerdo final. Pero el mediador si tiene unas obligaciones de información con las partes, ya que debe informarles de las fases del procedimiento y de cómo se va a desarrollar este, de las normas de comportamiento que deben fijarse, de la posibilidad de celebrar reuniones separadas con cada uno de ellos (caucus) y del coste de sus honorarios. Es importante que el mediador también explique que sus honorarios no deben vincularse a la obtención de ningún resultado. En definitiva quien tiene la llave para alcanzar el acuerdo son las partes.

Igualmente y como señalábamos anteriormente, el mediador también tiene responsabilidades con respecto al cumplimiento de los principios generales de la mediación, responsabilidad que podría serle exigida desde la aceptación del encargo de mediar.³⁸⁷

³⁸⁶ Artículo 14 LMACM “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.”

³⁸⁷ En general, véase CARRETERO MORALES, E.: “El estatuto del mediador...”, *op.cit.* pp.13.

Con respecto a la neutralidad, no debe iniciar la mediación, o debe abandonarla, cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad y, ligado con lo anterior, deberá comunicar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses por tener un vínculo directo o indirecto, personal o profesional. En relación con la voluntariedad y la igualdad, el mediador se compromete a no forzar la consecución de acuerdos y a velar porque estos se tomen de manera voluntaria, consensuada y, si fuere preciso para facilitar el cumplimiento de los mismos, asesorada. También pondrá especial cuidado para evitar el uso de la coacción, los insultos y las presiones que pueden darse dentro del procedimiento, procurando, además, que las partes se integren de manera paritaria dentro del proceso. A propósito de la confidencialidad, está obligado a mantener el secreto profesional y comunicará este aspecto a las partes para impedir un uso del contenido del procedimiento de mediación, por ejemplo en la vía judicial. Esta confidencialidad se extenderá a los temas tratados durante las reuniones privadas, que solo podrán compartirse con la otra parte bajo consentimiento expreso.

En cada uno de los Estados miembros de la Unión, la responsabilidad de los mediadores es variada en atención a su propia normativa interna. En nuestro país el art 11.3 de la LMACM obliga al mediador a suscribir un seguro, o garantía equivalente, que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga, y prácticamente en todas las legislaciones se actúa de modo similar.

El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, contra la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación, derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

4. Registro de mediadores

La LMACM, al igual que el Anteproyecto, prevé la inscripción del mediador en un Registro de Mediadores y de Instituciones de mediación,³⁸⁸ de forma integrada con los ya creados,

³⁸⁸Disposición Adicional Octava de la LMACM: “El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.” A efectos meramente informativos, la redacción del artículo 6.2 del Anteproyecto manifestaba lo siguiente: “*El Registro será público e incluirá*

o por crear por las Comunidades Autónomas, y gestionado por el Ministerio de Justicia.³⁸⁹ A tales efectos, el Registro de Mediadores se configura como un instrumento de publicidad,³⁹⁰ con el objetivo de fomentar la transparencia de la mediación, dando a conocer a los ciudadanos los datos relevantes que se refieren a la actividad de los mediadores profesionales y las instituciones que prestan estos servicios. Tiene carácter público e informativo, constituyéndose como una base de datos informatizada a la que se accede gratuitamente a través del sitio web del Ministerio de Justicia.

Con la excepción de los mediadores concursales,³⁹¹ la inscripción en el registro no se configura con carácter obligatorio, sino voluntaria para mediadores e instituciones de mediación. Sin embargo, es un instrumento importante para reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, en la medida que la inscripción en el mismo permitirá acreditar la condición de mediador, que plasmada en el acta inicial de una mediación, será objeto de comprobación, tanto por el notario que eleve a

la información precisa y relevante sobre las instituciones de mediación existentes en España, las incidencias relativas a su funcionamiento, en particular las recusaciones e impugnaciones de acuerdos de mediación gestionados por ellas; así como la información relativa a los mediadores que operen en nuestro país, incluyendo su experiencia, formación y el tipo de mediación que lleven a cabo.”

³⁸⁹ Se realizó mediante el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio se procedió a desarrollar cuatro aspectos fundamentales de la regulación legal; la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente del Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad, así como la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medio electrónicos. La disposición final segunda del citado real decreto habilita al Ministro de Justicia para dictar las disposiciones necesarias para la puesta en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y sus artículos 14 y 21 remiten a la aprobación de una orden ministerial que complemente los documentos electrónicos.

³⁹⁰ Creado por la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Desde el 1 de abril de 2014, el Registro tiene plena disponibilidad para las solicitudes de inscripción por parte de los mediadores, los mediadores concursales y las instituciones de mediación. No obstante, la fecha de inicio de la publicidad del Registro se inició el 1 de junio de 2014. El Registro se estructura en tres secciones. La primera destinada a la inscripción de los mediadores personas físicas, la segunda en la que se inscribirán los mediadores concursales, que regula el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (que añadió la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) y la tercera para las instituciones de mediación (personas jurídicas).

³⁹¹ Es aquella persona física que, por reunir de forma concurrente los requisitos establecidos para ser mediador y los que la Ley Concursal exige en su artículo 27.1 para ser administrador concursal, puede ser designado como tal por Notarios o Registradores Mercantiles en los acuerdos extrajudiciales de pagos a que se refiere el Título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. También pueden ser mediadores concursales las personas jurídicas siempre que actúen en la mediación concursal mediante una persona física que reúna las anteriores condiciones. El artículo 233.1 de la Ley Concursal, establece la necesidad de que sea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia el que suministre al portal del «Boletín Oficial del Estado» los datos necesarios para facilitar a Notarios y Registradores Mercantiles el nombramiento de mediadores concursales. Es por ello que la existencia y regulación de ese Registro, como paso previo al nombramiento de los mediadores concursales, se hace ineludible.

escritura pública el acuerdo de mediación, como el juez que proceda a la homologación judicial de tales acuerdos.

A este respecto, también debe recordarse la importancia de esta acreditación a fin de cumplir con lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE, que impone a los Estados miembros el deber de garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción, no impidan a las partes recurrir a los tribunales o, en su caso al arbitraje, en supuestos en los que fracase su intento de mediación.

En el Registro pueden inscribirse los mediadores reconocidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. Deberán acompañar a su solicitud, por medios electrónicos, una certificación oficial del registro de su país de origen, o una certificación de su condición de mediador, expedida por la autoridad competente del Estado de que se trate, junto a una traducción jurada de la misma.

5. Instituciones de mediación

Respecto al papel desarrollado por las instituciones que prestan servicios de mediación, en España, la LMACM permite que puedan actuar como tales las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación.³⁹² Si entre sus fines figurase también el arbitraje, adoptarán las medidas para asegurar la separación entre ambas actividades.³⁹³

Lógicamente la institución de mediación no presta directamente el servicio de mediación, sino dispone de unos mediadores acreditados, que son quienes intervienen. Los centros autorizados dan a conocer los datos de estos mediadores en cuanto a su formación, ámbito de especialidad y experiencia.

³⁹² Artículo 5 LMACM.

³⁹³ A tal efecto las Disposiciones Finales Primera y Segunda de la LMACM, modifican tanto la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales -artículo 5 (letra ñ)-, como la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (apartado 1.i del artículo 2), para que entre sus fines se destaque el impulso y desarrollo la mediación, así como el desempeño de funciones de arbitraje, (en caso de las Cámaras, se refiere específicamente al arbitraje mercantil), nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

Los principios en los que se fundamenta la mediación son igualmente aplicables a estas instituciones. Pueden incurrir en responsabilidad, derivada tanto de la designación del mediador, como del incumplimiento de sus obligaciones, por lo que a tal efecto tienen la obligación de aseguramiento.³⁹⁴ Esta cuestión es importante, ya que el centro de mediación habrá de asumir, solidariamente con el mediador, la responsabilidad derivada de la actuación de éste para garantizar de forma efectiva la previsión establecida en la ley. Esta otorga al perjudicado una acción contra el mediador y la institución de mediación que corresponda. No obstante, podrá ejercitar las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

La formación específica de los mediadores, incluida su formación continua, se habrá de impartir por centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia.³⁹⁵

A este respecto, se exige que los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación, tanto formación inicial como continua, deben de contar con un profesorado especializado en esta materia, que reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Se les exige, asimismo, idénticas condiciones previstas para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.³⁹⁶ Los centros de mediación deben remitir al Ministerio de Justicia información relativa a sus programas de formación, así como otras cuestiones relativas al mismo.³⁹⁷

En referencia a la mediación institucional, al igual que ocurre en el arbitraje, los distintos centros o instituciones disponen de reglamentos o normas de actuación que facilitan la administración del procedimiento. En este sentido y en el ámbito internacional conviene destacar la *American Arbitration Association (AAA)*, *The London Court of International Arbitration (LCIA)*³⁹⁸ y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC/CCI),³⁹⁹ que no

³⁹⁴ Artículo 14 LMACM.

³⁹⁵ Artículo 7 LMACM.

³⁹⁶ CARRETERO MORALES, E.: "El estatuto del mediador...", *op.cit.* pp.15.

³⁹⁷ Deberán remitir, a través de su sede electrónica, sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida en atención a su titulación y experiencia, acompañando el modelo de certificado electrónico de la formación que entreguen a sus alumnos. En el certificado expedido por los centros de formación se hará constar, al menos, la titulación del alumno, las características de la formación recibida y la superación del curso.

³⁹⁸ Disponible en <http://www.lcia-arbitration.com> [Fecha de consulta: 25/02/2017].

solo prestan servicios de arbitraje, sino también de mediación, junto a otros centros más especializados como *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR)⁴⁰⁰ o el *Internacional Institute for Conflict Prevention & Resolution* (CPR).⁴⁰¹

6. Principios éticos que debe cumplir el mediador: Códigos de conducta

Tradicionalmente los reglamentos de los diferentes organismos que prestan servicios de mediación, han establecido códigos de conducta profesionales, pese a que, en general, las normas de responsabilidad ética son de aceptación general en todos los Estados. La mayoría de estas indicaciones vienen referidas a prestar sus servicios diligentemente absteniéndose de intervenir si existen prejuicios que impidan su neutralidad, cuidarse de expresar conductas coercitivas, controladoras o abusivas; retirarse de la mediación si pierde la confianza de las partes sobre su imparcialidad o se ve afectado por cualquier circunstancia o hecho que pudiera surgir, y evidentemente no desvelar ninguna información.⁴⁰²

Tales códigos de conducta tendrán, en todo caso, carácter voluntario, por lo que la vinculación del mediador a los mismos surgirá siempre de una libre decisión de su voluntad; pero es que, además, estos códigos incluirán las normas de conducta a las que los mediadores habrán de ajustar su actuación, pero en ningún caso podrán contener sanciones a imponer a los incumplidores, dada su naturaleza de simples textos no imperativos y de adhesión voluntaria.

Así en EE.UU, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA),⁴⁰³ la Sección de Resolución de Conflictos de la Asociación Americana de Abogados, o el Instituto CPR para la Resolución de

³⁹⁹ International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Disponible en <http://www.iccwbo.org/court>. [Fecha de consulta: 25/02/2017].

⁴⁰⁰ Disponible en www.cedr.co.uk [Fecha de consulta: 25/02/2017].

⁴⁰¹ Consúltese www.cpradr.org/CPR [Fecha de consulta: 25/02/2017].

⁴⁰² En referencia a la deontología del mediador véase HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.: “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): ética y deontología de la mediación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11, 2007, pp.43.

⁴⁰³ La AAA, creada en 1926, ofrece distintos servicios de Servicios ADR, entre ellos, Arbitraje, Mediación, Conciliación, Adjudicación, Facilitación, Negociación, Med/Arb, Mini-Juicio, Partnering, Evaluación Neutral/Peritaje, Fact Finding/Peritaje, ODR, Dispute Resolution Boards. Vid PÁLLA O. *Nota sobre el arbitraje y la mediación en EEUU*. Oficina Económica y Comercial de España en Washington.

Conflictos,⁴⁰⁴ entre otros, han establecido y promulgado códigos de ética para mediadores. Prácticamente todos ellos abordan del mismo modo aspectos tales como la imparcialidad, los posibles conflictos de intereses, el consentimiento documentado, la publicidad o los honorarios de los mediadores.

En el ámbito de la Unión Europea, en julio de 2004 la Comisión decidió crear un Código de Conducta de los mediadores adoptado en octubre de 2004 por la Comisión y sometido al Parlamento y el Consejo Europeo como Directiva marco sobre la Mediación. El Código de Conducta, establece una serie de normas que pueden aplicarse, voluntariamente, por los mediadores en la práctica de la mediación y que pueden ser igualmente adoptadas por los centros que presten servicios de mediación.⁴⁰⁵ Fueron elaboradas en cooperación con un importante número de organizaciones y personas privadas, entre ellas mediadores con amplia experiencia profesional y otros interesados en el desarrollo de la mediación en Europa.

El Código es todo un referente y ha supuesto una verdadera ayuda e inspiración en la elaboración de distintos reglamentos y códigos de actuación para mediadores, estableciendo principios en relación al nombramiento, honorarios, independencia, confidencialidad e imparcialidad y normas en referencia al acuerdo de mediación.

En Inglaterra y Gales, a falta de un Código o protocolo de actuación a nivel nacional de obligado cumplimiento, los mediadores acreditados se atienen a este Código de Conducta Europeo al igual que en Portugal, España, Francia.

En todo caso, no olvidemos que la responsabilidad del mediador se concreta en el debido respeto a la autonomía de la voluntad y la libertad de decisión de las partes. No obstante, y para evitar males mayores, o situaciones en las que el mediador podría verse comprometido, es recomendable la inclusión de un acuerdo o convenio de confidencialidad entre las partes y el mediador, que regule de una manera clara y sucinta todos los términos.

⁴⁰⁴ Véase al respecto PICKER, B.G.: Guía práctica para la mediación, Manual para la resolución de conflictos comerciales, Paidós Mediación, núm. 10, Buenos Aires, Paidós, 2001, pp. 117 y ss. Vid. American Arbitration Association , American Bar Association , Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR).

http://www.adr.org/aaa/faces/home?_afLoop=58646293694127&_afWindowMode=0&_afWindowId=null

⁴⁰⁵ VILALTA NICUESA, A.E.: La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUMDI". *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 33, 2014, pp.6.

Como hemos reiterado, no puede actuar como testigo, ni como consultor, ni árbitro en cualquier acción o procedimiento relativo al asunto objeto de la mediación, ni desvelar declaraciones, opiniones ni propuestas bien presentadas por él, bien por las partes, salvo acuerdo expreso de estas.

En este sentido, y en relación a su correcta actuación, conviene comentar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 25 de marzo de 2015 en la que se desestima una acción de anulación de un laudo, referido a un procedimiento arbitral en el que el árbitro único, había participado anteriormente en un procedimiento de mediación. En la acción de anulación, entre otros motivos, se alegaba la infracción del orden público por considerar que el árbitro no había sido imparcial.⁴⁰⁶

En lo referente a los hechos, las partes celebraron un proceso de mediación en el que no lograron alcanzar un acuerdo que pusiera fin a la controversia. Inmediatamente a continuación, se inició un procedimiento arbitral en el que -con el consentimiento expreso de ambas partes- se nombró árbitro a la misma persona que había actuado como mediador.

Sorprendentemente, una de las partes solicitó que el árbitro declarase como testigo en la vista del arbitraje, bajo la obligación de decir verdad, y con el fin de «aportar su conocimiento de la cuestión». El árbitro denegó esta prueba por considerarla inútil y superflua, señalando que esta declaración nada iba a aclararle a sí mismo.⁴⁰⁷ Como respuesta, la parte solicitante de la prueba presentó una recusación, alegando que la negativa del árbitro a declarar en la vista revelaba su parcialidad. Esta recusación fue desestimada.

Una vez dictado el laudo definitivo, esa misma parte presentó demanda de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, denunciando, entre otros motivos, que el árbitro -al denegar la prueba solicitada- había infringido su deber de imparcialidad.

⁴⁰⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 25 de marzo de 2015. Nº Sentencia: 25/2015, [Roj: STSJ M 3279/2015]. El árbitro había actuado previamente de mediador en una negociación que desembocó en el contrato de compraventa. No obstante su condición de mediador, las partes estuvieron de acuerdo en designarle como árbitro único, en Derecho, para laudar sobre los incumplimientos del referido contrato.

⁴⁰⁷ Es cuanto menos, curiosa la solicitud de parte. El árbitro ya conoce perfectamente lo sustanciado en la mediación, por lo que no es necesario que lo exponga en el arbitraje. Posiblemente la parte solicitante pretendería que la manifestación al respecto del árbitro quedara por escrito, algo que no podía ocurrir en mediación, para beneficio de sus intereses.

El TSJM rechazó los argumentos de la actora, señalando expresamente que «no es deseable que el árbitro que ha de resolver la controversia haya tenido previamente conocimiento de la disputa como mediador pero apuntando también que esta posibilidad está contemplada legalmente»⁴⁰⁸ y que, en todo caso, «fue querida por ambas partes».

Además, el Tribunal razona que la declaración del árbitro en la vista sería contraria a la propia naturaleza de la prueba testifical y que entraría en contradicción con la posición institucional que debe ocupar el árbitro, por lo que no es sólo inútil sino también contraproducente. Así, la Sala entiende que el árbitro acertó plenamente al denegar la prueba solicitada por la parte actora, sin que ello revele ningún tipo de parcialidad. Con estos argumentos, el Tribunal desestima la acción de anulación y condena a la parte actora al pago de las costas del procedimiento.

VI. EL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Con el ánimo de comentar la actuación de uno de los profesionales más relacionados con este método de resolución de conflictos, vamos a comentar cual es el papel del abogado en una mediación.

En nuestro país, hasta hace muy poco tiempo, el porcentaje de abogados que reconocían el valor de este procedimiento y de los satisfactorios resultados que producen entre las partes, era más bien escaso, y generalmente motivado tanto por el desconocimiento de su propio significado, de la técnica para mediar, -confundiendo esta figura con la negociación general habitualmente practicada- como del rechazo visceral a la creencia de que muchas controversias puedan ser resueltas finalmente por las partes. La “mentalidad litigiosa” que adolece en nuestra profesión y la costumbre de que los conflictos se resuelvan a través de procedimientos y estructuras judiciales, aplicando las leyes o principios generales del derecho, y concluyendo con una sentencia definitiva ha sido un hándicap para su rechazo.

Sin embargo, la tarea fundamental del abogado es defender los derechos e intereses de sus clientes siendo el garante de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por ello debieran asesorarles adecuadamente ofreciéndoles todas las posibilidades a su alcance, judiciales y

⁴⁰⁸ Artículo 17.4 de la Ley de Arbitraje «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas».

extrajudiciales en atención a las circunstancias.⁴⁰⁹ Pero para aconsejar hay que tener conocimiento e información, tanto acerca del procedimiento y su efectividad, como de las cuestiones legales y éticas a las que están sujetos, esto es, la confidencialidad y la fuerza de los acuerdos. Por ejemplo, caso de que el cliente desee una solución rápida, minimizando costos, con un acuerdo ejecutable y jurídicamente seguro, o tras una negociación infructuosa, o bien si existe interés manifiesto en relaciones futuras, se debería recomendar el acceso a la mediación.⁴¹⁰

En este sentido es destacable el papel desempeñado en el mundo anglosajón por la abogacía en el desarrollo de los ADR en general, y de la mediación en particular. Su cometido ha sido esencialmente importante y definitorio en cuanto a explicar el grado de desarrollo e implantación de estos mecanismos. Los abogados, desarrollan funciones diferentes, existiendo tres categorías, el «*solicitor*», el «*adviser*» y el «*barrister*». «*Solicitor*» es el abogado que asesora en primer lugar y le orienta jurídicamente, asumiendo la gestión de sus intereses y unida por un vínculo de confianza. El «*adviser*» es un abogado consultor que está especializado en determinadas ramas del derecho o la asesoría empresarial. Y el «*barrister*» (denominado «*attorney*» en EEUU) es el especialista en presentar y defender los casos ante los tribunales (en los países de Latinoamérica suele denominársele «abogado litigante»).⁴¹¹

Esta división de funciones es muy relevante para explicar la generalización de los ADR, ya que quienes están en las dos primeras funciones no tienen ningún interés en desprenderse del asunto y transferirlo a un «*barrister*», ya que pierden el control sobre él. En consecuencia están familiarizados en los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, tanto con la mediación como con el arbitraje, para evitar que el conflicto acabe en manos de un «*barrister*». Así, éste, «no

⁴⁰⁹ En este sentido es interesante la Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Málaga Sentencia núm. 984/2013 de 17 diciembre [Roj: SJPI 124/2013] [JUR\2014\3276], afirmando que “la decisión de excluir la mediación extrajudicial como forma de gestionar el conflicto ha de ser fundada, razonada y explicitada por los letrados en el proceso, no bastando formulas protocolarias que vaciarían de contenido la clara apuesta del legislador por la mediación”. en el mismo sentido véase la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Gijón, Sentencia de 26 abril 2012 [ROJ: SJPI 13/2012] [AC\2012\389] sobre el deber del abogado de informar a su cliente sobre la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio. Igualmente el abogado debe desempeñar diligentemente su cometido y no realizar comportamiento procesal alguno que pueda poner en peligro los intereses de su cliente. En este sentido véase la SAP Ourense (1ª), 158/2013, de 17 abril [JUR\2013\183979], por la que se ejercita una demanda de responsabilidad civil contra un abogado que, estando la cuestión sometida a arbitraje, ignoró la existencia del convenio arbitral y promovió un proceso judicial, innecesario e inadecuado, al no advertir que la subrogación en un contrato implicaba la aceptación del convenio arbitral en el inserto. Lo mismo podría aplicarse a una cláusula de mediación.

⁴¹⁰ Referente al rol del abogado ante el procedimiento de mediación véase GONZALEZ CAPITEL, C.: *Manual de mediación*, Ed. 2º, Barcelona, Atelier, 2001, pp. 206-208.

⁴¹¹ ORTUÑO MUÑOZ, P: “Panorama de los medios alternativos...”, *op.cit.* pp.36.

arriesgará su posición defendiendo una causa que técnicamente no sea defendible ante un tribunal, u obedezca a intentos puramente dilatorios». ⁴¹²

Las asociaciones de abogados en el mundo anglosajón igualmente participan de forma activa en la promoción de los ADR con resultados muy eficientes, permitiendo con ello reducir enormemente la litigiosidad.

Volviendo a nuestro sistema, debemos destacar que los abogados pueden mantener distintos roles dentro de este mecanismo. Pueden ser simplemente la vía de acceso, al explicar a sus clientes en qué consiste y como funciona, pueden acudir a la misma como asesores de parte, o bien pueden actuar como mediadores, en cuyo caso adoptaran este rol como terceros neutrales, dejando de lado su labor como letrado y sin vinculación alguna con las partes.

La mediación tiene un marcado carácter multidisciplinar, y en ella pueden intervenir profesionales de las más variadas disciplinas. El abogado es uno de los mejores profesionales que pueden encarar esta actividad, debido a su conocimiento del derecho y de su experiencia en el conflicto, pero en su desempeño deberá olvidar que lo es, evitando acabar asesorando a una parte o a ambas.

Esto no implica que la mediación no pueda ser realizada por ningún otro profesional ajeno al derecho, ya que de facto, tanto psicólogos, como sociólogos, profesores y docentes, profesionales sanitarios, o ingenieros conducen muchas de ellas.

Por tanto y en atención a lo anteriormente comentado, la primera tarea que incumbe al “abogado – mediador” es la de aclarar y definir de qué forma interviene, indicándoles sin lugar a dudas, que pese de ser abogado, está actuando como mediador, y en tal carácter no puede dar ningún tipo de consejo legal, sólo orientar, con el objeto que el acuerdo alcanzado sea firme y eficaz, pudiendo dar a conocer a las partes los verdaderos efectos o secuelas que a largo plazo tendrá el posible acuerdo logrado, en base a su experiencia profesional.

⁴¹² Vid. ORTUÑO MUÑOZ.P. “Panorama de los medios alternativos...”, *op.cit.* pp.36. En el Reino Unido la posición de *barrister* (abogados que actúan en el «*bench*» –banquillo en español–), se gana por el prestigio, pero no existen pruebas *ad hoc*, sino que simplemente se adquiere esta posición cuando al aspirante se le admite en la *Judicial Library* y hace el juramento establecido. Vid. sitio web del *Judiciary of England and Wales* disponible en <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/history-of-the-judiciary> . [Fecha de consulta: 20/01/2017].

Finalmente, si el abogado actúa como asesor de parte, su asistencia letrada le ayudará con sus conocimientos técnicos, asesoramiento y dirección jurídica, participando en la redacción y confección de los detalles del acuerdo logrado.⁴¹³

En el ámbito de las mediaciones comerciales internacionales, por ejemplo, las partes tienen plena libertad para acudir con abogados que les asesoren,⁴¹⁴ para lo que deben ser conscientes de las ventajas e inconvenientes de asistir a las sesiones con ellos. En ocasiones puede ser contraproducente para el éxito de la mediación ya que son entrenados para defender la posición de sus clientes en un contexto de confrontación que posiblemente no exista, ni debe existir, en la mediación, y además su visión usualmente es legalista del conflicto, dejando al margen otros aspectos de la negociación como pudiera ser la relación comercial de futuro entre las partes, situación financiera y de mercado, o sus proyectos de negocio. Todos estos aspectos claves que pueden influir notablemente en el acuerdo final.

Tampoco se debe olvidar la posibilidad de que alguna de las partes se sienta un tanto inclinada en depositar la negociación en manos de sus abogados, personificando esa negociación, o que los propios abogados no estén familiarizados con el procedimiento, forzando a sus clientes a abandonar la mediación.⁴¹⁵

Los mediadores pueden intervenir en el supuesto de advertir que el asunto se está judicializando a causa de la actuación de los abogados, señalándoles que permanezcan en silencio y que les asesoren de modo privado fuera de las sesiones o incluso que permanezcan fuera de las sesiones.⁴¹⁶

Por el contrario, no todo es negativo, ya que indudablemente puede ser muy útil para clarificar los aspectos legales de la controversia y orientar sobre las consecuencias jurídicas de las decisiones que se vayan adoptando, máxime si se trata de acuerdos internacionales en los que hay que tener en cuenta la ley aplicable al fondo. Y como apuntábamos con anterioridad, en caso de

⁴¹³ Para mayor información en relación al papel que los abogados pueden desempeñar en la mediación véase DWIGHT GOLANN. D.: "Mediation Advocacy, The Role of Lawyers in Mediation", ADR Center, disponible en https://www.jamsinternational.com/hubfs/PDFs_resources/JAMS-Mediation-Advocacy.pdf?t=1474627474430.

⁴¹⁴ En este sentido la mayoría de los Reglamentos prevén su asistencia como el Reglamento de la OMPI artículo 8.1 a) y b).

⁴¹⁵ En general, RODRIGUEZ L.F.: Mediación comercial internacional...op.cit.

⁴¹⁶ A este respecto se pronuncia MOORE, C.: The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, 2ª ed, 1996, pp.150.

llegar a un acuerdo, los abogados deben transformar en un documento jurídico los puntos adoptados por las partes.

Es importante despejar cualquier tipo de dudas e incertidumbres que puedan surgir entre la abogacía en cuanto al significado y la utilización de la mediación así como posibles interferencias con el asesoramiento jurídico y la práctica profesional.

Entre las funciones encomendadas a los letrados destaca la establecida en el art. 13.9 e) del Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía que establece el abogado deberá informar a su cliente la conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio. Además, cuando su asesoramiento es contrario a la ratificación de un acuerdo intrajudicial de mediación, deberá ser fundamentada de manera clara y precisa atendiendo a lo dispuesto en los artículos 414 y 440 LEC.

VII. LA FINALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Una mediación puede finalizar de diferentes formas. Es posible que las partes hayan conseguido alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambos, total o parcial, según se hayan o no pronunciado sobre todos los aspectos del conflicto,⁴¹⁷ pero también es posible que la mediación termine, bien por expresa renuncia de algún o de ambos participantes, que deciden darla por concluida, o bien por el mediador, que bajo su criterio, considera que continuar con la mediación no es eficaz para resolver el problema entre las partes.

El artículo 22 LMACM viene a ratificar la praxis habitual en este tipo de procedimientos. Dado que la mediación es esencialmente voluntaria, permanecer en la misma es un ejercicio de la autonomía de la voluntad, y como tal los interesados en cualquier momento pueden darla por concluida, sin que, en nuestro ordenamiento jurídico, se requiera justa causa, ni ningún otro motivo imperativo.

Cierto es que las partes son las verdaderas protagonistas de este mecanismo y poseen amplia libertad en el diseño de procedimiento, estableciendo cualquier aspecto que consideren oportuno en referencia a los plazos para la consecución de su acuerdo, o la duración de la

⁴¹⁷ A este respecto, el artículo 23.1 LMACM señala que debe versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el supuesto de no alcanzarse un acuerdo total, posiblemente las partes estimen que la resolución de los aspectos en los que no ha habido consenso debe encaminarse hacia la vía arbitral o judicial. Esto no significa el fracaso de la mediación, ya que simplemente el hecho de alcanzar pactos entre ambos es un éxito.

mediación. Siendo la rapidez y simplicidad de la mediación uno de sus aspectos más importantes, la posibilidad de que la misma se quedase estancada en el tiempo no es factible. Por ello, tal y como hemos comentado anteriormente, es del todo aconsejable que las partes limiten su duración. No olvidemos que se trata de conciliar intereses entre ambos y ello requiere una fuerte dosis de voluntad. A este respecto, es importante destacar que un mediador percibe el momento en que las posiciones se encuentran demasiado enconadas y cuando una de las partes se niega a realizar concesiones. En estos casos, es aconsejable suspender las sesiones y dar por concluida la mediación. La LMACM ha querido plasmar este efecto, argumentando en el párrafo primero del artículo 22 que la mediación podrá concluir «cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión».⁴¹⁸ En todo caso, a la finalización de la mediación se extenderá un acta que será firmada por todos, entregándose un ejemplar original a cada una de ellas.⁴¹⁹ En este punto, la Ley no ha sido particularmente novedosa, ya que se ha ratificado lo que en la práctica se realizaba.

De tal modo, que si la mediación concluye con acuerdo, este debe consignarse en un documento, que una vez firmado por cada una de las partes, es considerado obligatorio y exigible.

Respecto al contenido sustantivo del mismo, claramente versará sobre las cuestiones que se han sometido a mediación y sobre las que las partes han logrado alcanzar soluciones parciales o globales. La LMACM no otorga una definición del acuerdo únicamente señala su contenido mínimo, esto es, identidad y domicilio de las partes, lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones asumidas por cada una de ellas, la adecuación del procedimiento a las exigencias de la LMACM, la identidad del mediador/es que han intervenido y la institución en la cual se ha desarrollado el procedimiento.⁴²⁰ Es habitual que en la praxis diaria contenga una relación de los hechos origen del conflicto, junto a la descripción clara y sucinta de los términos acordados, esto es, las específicas obligaciones futuras a cargo de cada una de las partes. Debe ser realista y ejecutable, es decir, las partes deben contar con la capacidad de cumplir con lo acordado, y ser

⁴¹⁸ Los motivos por los que resulte imposible conseguir un acuerdo pueden ser muy variados. A este respecto, la imposibilidad manifiesta de las partes de formalizarlo, falta de colaboración, incumplimiento de las obligaciones, inexistencia de alguna o todas las partes a las sesiones o transcurso del plazo pactado para mediar sin que se haya alcanzado un acuerdo satisfactorio para ellas. Véase CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Artículo 23. El acuerdo de mediación” en *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. pp.240.

⁴¹⁹ En virtud del artículo 22.3 párrafo segundo de la LMACM.

⁴²⁰ Artículo 23 LMACM.

eficaz, en cuanto a que debería contribuir a ayudar a las partes a evitar conflictos en el futuro.⁴²¹ En consecuencia debe estar redactado en un tono positivo, sin culpar a ninguna de las partes por acciones pasadas y reflejar cierto equilibrio, tanto en la estructuración de los temas como en los compromisos finalmente adoptados. Es recomendable priorizar los aspectos que suponen un compromiso para ambas partes, y enunciar posteriormente lo que cada uno acepta hacer por la contraria. Con todo, deben ser sencillos y eficientes, de fácil comprensión, pero sumamente detallados para impedir la presencia de lagunas que provoquen más conflictos posteriores. Las partes esperan conseguir un beneficio que responda a sus intereses, por lo que, una vez que han comprendido que el resultado que obtengan será justo y legítimo y además de todo, consensuado entre ellos, adoptan cierta confianza que les ayuda a comprometerse, evitando que los términos del acuerdo se cuestionen o incumplan.

Como cada mediación es única, la redacción de los acuerdos que se van alcanzando, difiere de un procedimiento a otro. En ocasiones, y como se comentó anteriormente, a medida que van transcurriendo las distintas etapas los logros obtenidos se van redactando, en otras ocasiones cuando finalizan las reuniones conjuntas, o bien se redacta al final, en base al material recogido a lo largo del proceso de mediación. En cualquier caso, son las partes quienes marcan las pautas aunque el mediador no debe perder el control del procedimiento ni durante su desarrollo, ni en la fase de redacción del acuerdo con el que culmina.⁴²²

En materia comercial, el acuerdo de mediación tiene un contenido similar a un contrato, centrado en detallar los aspectos conflictivos, las obligaciones adquiridas y las correspondientes soluciones a las que han llegado las partes. En resumen, ser legal, no contrario al orden público, legítimo, realista, viable y posible de implementar, pudiendo exigir seguimientos posteriores o responsabilidades contractuales en caso de incumplimiento. Ha de formalizarse por escrito y ser aprobado y firmado por las partes.

⁴²¹ Véase igualmente las reflexiones de LÓPEZ DE ARGUMEDO. A, FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M “El acuerdo de mediación”, *Diario La Ley*, Nº 8477, Sección Doctrina, 10 de Febrero de 2015, Ref. D-50, Disponible en http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4481/documento/20150116_um.pdf?id=5651 Comentan los autores que pese a la alta probabilidad de cumplimiento que alcanzan los acuerdos adoptados por ambas partes, no es óbice para que exista igualmente una posibilidad de que los mismos no se cumplan. Nos encontramos con una “probabilidad de cumplimiento voluntario frente a una posibilidad de incumplimiento”.

⁴²² Conviene recordar la sentencia STS 190/2011 ya comentada anteriormente.

Por el contrario en materia familiar, en general el acuerdo adoptará la forma de convenio regulador, y será aprobado o ratificado por el juez, incorporándose al procedimiento judicial de separación o divorcio (caso de mediación intrajudicial).

Desde el punto de vista jurídico, el acuerdo es un contrato, un negocio jurídico bilateral que les permite evitar un pleito o un arbitraje, o bien finalizar el que estuviera ya iniciado, que emana obligaciones para ambas partes, quienes están compelidas a su cumplimiento y que en caso de no hacerlo pueden ser obligadas coactivamente a ello. Para la formación de este negocio jurídico de forma válida y eficaz, se requiere que concurran los requisitos de capacidad, consentimiento y causa.

1. Redacción del acuerdo

Respecto a quien redactará el acuerdo, se describen distintas opciones: que lo realicen las partes, que se delegue en los abogados asesores, o que lo realicen los mediadores o instituciones de mediación. Esta distinción dependerá de lo acordado entre ellas, y en caso de tratarse de una mediación institucional, de lo dispuesto en el reglamento de actuación. La LMACM, no establece ninguna consideración respecto a quien debe redactar el acuerdo final y la Directiva 2008/52/CE tampoco se pronuncia al respecto.

Pese al alto porcentaje de cumplimiento de los acuerdos obtenidos gracias a una mediación, las posibilidades de incumplimiento suelen aumentar según el número y la complejidad de las controversias, del número de partes, del nivel de tensión y desconfianza mutuas o de la extensión de los términos del acuerdo que es necesario ejecutar. En mediación, algunos acuerdos conllevan una ejecución prolongada en el tiempo, lo cual es susceptible de que puedan surgir desavenencias futuras. En estos casos puede establecerse un protocolo de supervisión, bien por las partes, por sus representantes legales o incluso por el mediador. Estrictamente se trata de verificar y garantizar que el compromiso de los involucrados se está llevando a buen fin e informar de los posibles progresos o problemas. Los mediadores no están condicionados si el acuerdo no se cumple, ya que su trabajo concluye al finalizar la mediación, siendo responsabilidad y decisión de las partes cumplir lo pactado.

En el Anteproyecto de 2010 se establecía que las partes o sus representantes legales redactarían el acuerdo presentándoselo al mediador, quien comprobaría su contenido con lo establecido en el Acta Final y con el ordenamiento jurídico en cuestión. Pero como ya hemos

comentado, el mediador no es abogado de parte, ni asesor, ni notario, ni en su cometido se encuentra comprobar la validez jurídica del acuerdo. Esto correspondería en todo caso a los asesores jurídicos de las partes.

Del mismo modo, se establecía que el acuerdo debería ser firmado por el mediador, pero cabe señalar que sí el acuerdo es un contrato entre las partes, involucrar al mediador en este documento es un tanto incoherente. Lo lógico es que mediador y partes firmen un acta final que recoja la adopción del acuerdo, y dejar dicho acuerdo a los propios interesados, es decir, las partes.⁴²³ Ante las críticas suscitadas, la actual Ley eliminó la necesidad de la firma del mediador, con lo que éste adopta el papel que le corresponde, esto es, mediar sin injerencias absurdas e inútiles.

En relación al acuerdo de mediación adoptado en el transcurso de un procedimiento judicial, y su posible homologación judicial, la LMACM no se pronuncia expresamente salvo lo dispuesto en el artículo 25.4 afirmando que las partes «podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».⁴²⁴

En cualquier caso, dispone el párrafo 2º del artículo 25 LMACM la obligación del mediador de informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de la facultad de instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. Se entiende, aunque no exista referencia alguna, que la obligación de mediador engloba tanto la mediación extrajudicial o convencional como la intrajudicial, y en este último supuesto, se deduce que la obligación del mediador estriba en informar de la posibilidad de la homologación judicial al juez que está conociendo del asunto para convertir su acuerdo en título ejecutivo.

El eventual incumplimiento por el mediador de esta obligación, entendemos que implicaría la posibilidad de exigir una responsabilidad civil contractual, ya que la omisión de información

⁴²³Artículo 22.3 de la Ley 5/2012. «El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. (...) El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen».

⁴²⁴ A este respecto, el Protocolo de mediación familiar del CGPJ afirma que «en el caso de la mediación hubiera terminado positivamente, es muy conveniente que los convenios reguladores de mutuo acuerdo redactados por los letrados y que se presenten para su aprobación, vayan acompañados del acuerdo mediado, debiendo los jueces recabar el cumplimiento de este requisito contemplado en la LEC.» (...) «Si el acuerdo ha sido parcial deberán las partes ponerlo de manifiesto al juzgado, reanudándose el proceso contencioso respecto a las cuestiones no consensuadas». Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, CGPJ, *op.cit.*

relativa a la posibilidad de convertir el acuerdo en título ejecutivo, y con ello posibilitar su rápida ejecución, causaría un grave daño a las partes. En este sentido, entendemos que podría serle exigida por vía de aplicación del artículo 1101 del Código Civil, ya que se estaría incumpliendo una de las obligaciones fundamentales atribuidas al mediador, y habiendo producido un daño irreparable a las partes.⁴²⁵

2. Aspectos jurídicos del acuerdo de mediación.

La mediación encierra la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo. Con todo ello y dependiendo de enfoques y posturas doctrinales diferentes, la mediación puede ir dirigida tanto a la consecución del acuerdo final -método Harvard-⁴²⁶ como a la transformación de las relaciones entre las partes y de los propios individuos -mediación transformativa-.⁴²⁷

En cualquier caso, cabe preguntarse qué eficacia jurídica tiene el acuerdo de mediación y cuál es su naturaleza jurídica. Se trata de un recurso legal, de manera que en caso de incumplimiento o de no acatamiento voluntario, puede solicitarse su cumplimiento y la indemnización de los perjuicios causados. Es importante señalar que en el ámbito internacional habrá que estar a lo dispuesto conforme al lugar de celebración del acuerdo y según la legislación que rija el mismo.⁴²⁸

Tradicionalmente se debía insistir en la obligatoriedad jurídica del acuerdo para los contendientes, ya que con carácter previo a la LMACM se configuraba como un contrato mutuamente negociado, manifiesto de la voluntad autónoma y legítima de las partes, limitado

⁴²⁵ Sin perjuicio de que será desarrollado en el capítulo siguiente, nos referimos al supuesto en que habiendo omitido el mediador a las partes la posibilidad de protocolizar el acuerdo alcanzado para su conversión en título ejecutivo, el acuerdo únicamente conste en documento privado. Con ello, y en caso de incumplimiento por una de las partes, la otra únicamente podría dirigirse a los órganos jurisdiccionales e iniciar un procedimiento declarativo.

⁴²⁶ En general, FISHER, R. URY, W. y PATTON, B.: *Getting to yes...op.cit.*

⁴²⁷ En este sentido véase en general BARUSH BUSH, R.A. y FOLGER, J.P.: *La promesa de la mediación*, Granica, Barcelona, 1996. Para estos autores la mediación no es simplemente un método de resolución de conflictos, sino que va más allá, en el sentido de transformación de las relaciones entre las partes.

⁴²⁸ El tratamiento internacional del acuerdo resultante de la mediación será ampliamente desarrollado en el Capítulo III.

únicamente a la no transgresión de principios constitucionales y libertades, con plena validez en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil.⁴²⁹

A este respecto conviene detenernos en la Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 661/2012 de 27 septiembre, en la que se discute la fuerza vinculante del acuerdo de mediación.⁴³⁰ En la referida sentencia se avala que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación, «tienen un plus de obligatoriedad» y aunque no hayan sido trasladados a un convenio regulador «deben tener un alto peso en la adopción de medidas por el juez».

En efecto, el acuerdo de mediación, como documento privado alcanzado por las partes constitutivo de derechos y obligaciones, tiene naturaleza contractual. En la actualidad, la redacción del artículo 23.3 LMACM, en su párrafo segundo, señala su carácter vinculante para las partes y como el mediador deberá así indicárselo a los interesados. Se desprende igualmente del artículo 23.4 LMACM que indica que *«contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos»*.

López de Argumedo sostiene la semejanza que guarda con el contrato de transacción, encontrando como elementos comunes la preexistencia de una controversia entre las partes y la necesidad de que éstas se hagan recíprocas concesiones para superarla. Existe igualmente una causa transaccional, pues la finalidad perseguida es idéntica, esto es, solucionar una controversia mediante la autocomposición de las partes -asistidas por un mediador- y con exclusión, por tanto,

⁴²⁹ Al respecto véase lo comentado en el Epígrafe II.apartado 4 de este Capítulo, respecto a la Sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo (nº 109/2011, de 2 de marzo). En cualquier caso, en la actualidad el acuerdo de mediación tiene esta misma consideración de documento privado si no es elevado a escritura pública, u homologado judicialmente.

⁴³⁰ Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 661/2012 de 27 septiembre [AC\2012\1920], referente a la naturaleza del acuerdo de mediación en un procedimiento de divorcio. Destaca la sentencia que los «acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la LMACM llama acta final (artículo 22-3) o acuerdo de mediación (artículo 23) deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente obligatoriedad "reforzada" vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente». Esa «pureza» comercial supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el Juez de las medidas a que se refieren. que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores a la mediación que justifiquen el que lo pactado por las partes entonces no debe ser ahora ratificado judicialmente.

de la decisión de un tercero -juez o árbitro- que se imponga a aquéllas.⁴³¹ Así, la causa del contrato de transacción es dirimir controversias autocomponiéndolas sin necesidad que el órgano judicial juzgue sobre ellas,⁴³² lo que denota la semejanza entre ambos, con la particularidad, de que el acuerdo de mediación se ha alcanzado a través de un procedimiento de mediación. Castillejo Manzanares argumenta que es posible hablar de transacción siempre que el significado dado al termino sea más amplio que «*dar, prometer o retener cada una cosa*» según lo dispuesto en el artículo 1809 del Código Civil, ya que los acuerdos de mediación pueden tener un contenido muy diverso, llegando a implicar a personas que no han intervenido en su confección u obtener obligaciones nuevas o situaciones que no guarden relación directa con el conflicto.⁴³³

Este tipo de acuerdos despliega efectos obligacionales y procesales, porque al igual que la transacción, algunas de las cuestiones en el plasmadas puede hacerse valer en un procedimiento judicial o arbitral, mediante una excepción análoga a la excepción de cosa juzgada material, la denominada «*exceptio rei per transactionem finitae*», paralela a la excepción de cosa juzgada material, y sujeta por tanto a los mismos límites subjetivos que delimitan ésta (1816 Cc).⁴³⁴ En otras palabras, aquella parte del acuerdo de mediación que -pretendiendo ignorarlo- intente exigir el cumplimiento de una obligación extinguida en virtud de aquél, verá frenada su pretensión con la excepción formulada sobre la base del acuerdo de mediación.

En opinión de López de Argumedo, en el régimen jurídico del acuerdo de mediación concurren, requisitos de forma y de documentación. Los primeros condicionan la validez del

⁴³¹ Se muestran partidarios de calificar el acuerdo de mediación como transacción, entre otros, TAMAYO HAYA, S., «Artículo 23», en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C. (Dirs.), Reus, Madrid, 2012, pp. 290-342, SENÉS MOTILLA, C., “La eficacia del compromiso de mediación” y de los “acuerdos de mediación”, (*legaltoday.com*; 11 de junio de 2012), VARA GONZÁLEZ, J. M., “Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 82, 2012, pp. 456 y ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, pp. 65, quien señala que la culminación natural de toda mediación es el contrato de transacción.

⁴³² GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Artículo 1809”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1769. citado en SILVOSA TALLON, J.M.: “La transacción en la LEC”, *Revista internauta de Práctica Jurídica*, num.24, 2009, disponible en http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num24/2SILVOSATRANSAC.pdf.

⁴³³ CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Artículo 23. El acuerdo de mediación” en *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación...*, *op.cit.*, pp.241.

⁴³⁴ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M.: “El acuerdo de mediación...”, *op.cit.*, pp. 7.

acuerdo, mientras que los segundos afectan a su eventual configuración como título ejecutivo.⁴³⁵ Los requisitos de forma ya han sido comentados a lo largo de estas páginas, el acuerdo de mediación debe constar por escrito para que pueda considerarse válidamente celebrado.

En referencia a la documentación, el acuerdo de mediación debe quedar registrado tanto en el Acta Final, como en un documento contractual *ad hoc*, pues ambos resultan necesarios para dotarlo de fuerza ejecutiva mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de elevación a público. No obstante, conviene no confundir el Acta Final con el acuerdo, ya que son instrumentos distintos, siendo aquella el documento que da fin a la mediación y en el que consta si ésta ha finalizado con o sin acuerdo. Ahora bien, de la lectura de los artículos 22 y 23 LMACM se puede entender que el acuerdo debe consignarse o adjuntarse como documento adjunto al Acta Final. Esta cuestión es un tanto sorprendente, porque se entiende que el acuerdo de mediación es un documento privado, que conviene única y exclusivamente a las partes. Si realmente debe adjuntarse a un Acta Final, no tiene sentido alguno que después sea también transcrito en un documento único, firmado entre las partes, ya que tendríamos una duplicidad documental que podríamos calificar como incoherente. Más bien, lo lógico es que el Acta Final resuma parte de su contenido esencial o simplemente remita una breve reseña informando que ha sido alcanzado entre las partes.⁴³⁶

Finalmente, y una vez satisfechos los requisitos aplicables, el acuerdo de mediación desplegará sus efectos, esto es: (i) ser fuente de obligaciones, imponiendo a las partes el deber de observar lo pactado y, en particular, de abstenerse de plantear la controversia en sede litigiosa; (ii) resolver de manera efectiva las cuestiones sometidas a mediación, de suerte que el acuerdo de mediación resulte oponible, mediante la correspondiente excepción, frente a la parte que pretenda resucitar cuestiones transigidas en virtud de aquél; y (iii) gozar de eficacia ejecutiva, siempre que las partes ejerciten su facultad de configurarlo como título ejecutivo.⁴³⁷

Por el contrario, también es posible que la mediación concluya sin acuerdo. Dado que es una opción voluntaria, el mediador no puede forzar a que ésta concluya con un acuerdo. La práctica demuestra que los acuerdos forzados, generalmente, no se cumplen. Como recursos finales, se pueden revisar algunos pasos, verificar información y despejar dudas. Una vez exploradas todas las posibilidades de eventuales soluciones, si las partes no suscriben de común acuerdo ninguna, se

⁴³⁵ *Ibíd.* pp. 7.

⁴³⁶ En este sentido véase también la opinión de GISBERT POMATA, M y DIEZ RIAZA, S.: El contrato de mediación y el acuerdo...", *op.cit.*, pp. 159.

⁴³⁷ LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, JM. "El acuerdo de mediación...", *op.cit.*, pp.1.

deduce que la mediación no fue la vía apropiada. En este caso el mediador concluye la mediación, haciendo constar en el Acta Final, firmada por las partes y el mediador, la imposibilidad del acuerdo.

3. Nulidad del acuerdo

Una vez analizada la naturaleza contractual y jurídica del acuerdo, conviene destacar la posibilidad que encierra la nulidad del mismo. Por aplicación de las mismas causales de nulidad en los contratos, caso de estimarse, implicará que el acuerdo no produzca efectos. Los supuestos vienen referidos a la falta de requisitos exigidos por el artículo 1261 Cc, la ausencia de consentimiento, objeto y causa, aquellos con causa u objeto ilícito o indeterminado, los que carecen de forma *ad solemnitatem* o los que no respetan las normas imperativas.

4. Formalización del acuerdo en título ejecutivo

El legislador español ha establecido que valor jurídico que se atribuye al acuerdo dependa de la decisión que tomen las partes, ya que en última instancia son quienes deciden si el acuerdo alcanzado debe tener naturaleza meramente contractual, con un contenido obligatorio y vinculante que están obligados a acatar, o bien adquirir una naturaleza diferente y convertirse en título ejecutivo, mediante su protocolización notarial (extrajurisdiccional) u homologación judicial (jurisdiccional).⁴³⁸ Es una facultad de las partes, en ningún caso obligatorio para ellas. Conviene analizar esta posibilidad.

Una de las novedades más significativas aportadas por la LMACM, viene referida a la ejecutividad del acuerdo de mediación. A todas luces era algo esencial, no solo para dar cumplimiento a las directrices impuestas por la Directiva 2008/52/CE, sino por meras cuestiones de practicidad y eficacia inherentes a la mediación, ya que hasta este momento el acuerdo se configuraba como un acuerdo privado interpartes, que requería iniciar un procedimiento judicial declarativo en caso de incumplimiento y en el que tal acuerdo se aportaría como prueba documental. Se necesitaba así una sentencia judicial de condena, que una vez firme devendría en título ejecutivo, y podría instarse su ejecución forzosa.⁴³⁹

⁴³⁸ Véase a este respecto BARONA VILLAR.S *Mediación en asuntos...op.cit.*, pp. 476 y ss.

⁴³⁹ VIOLA DEMESTRE, I.: “El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación”, pp.23 *Simposio Tribunales y mediación, nuevos caminos para la justicia*. Comunicaciones. Organizado por GEMME, Barcelona, 18-19 junio 2009.

De este modo cuando finaliza la mediación, el acuerdo adoptado *per se* no es en título ejecutivo, únicamente tiene carácter contractual. Las partes pueden cumplirlo voluntariamente, sin embargo, lo problemático es que algunas de las obligaciones en el contenidas no se respeten, en cuyo caso pueden plantearse distintas alternativas, que serán factibles en función del comportamiento que hayan tenido las partes. En primer lugar, cabe la posibilidad de que hayan decidido no otorgarle eficacia ejecutiva y se conformen con convertir sus obligaciones específicas en genéricas, bien constituyendo una hipoteca o mediante la entrega de un pagaré que garantice el pago. Así en caso de incumplimiento, la otra parte podrá ejecutar judicialmente la garantía.⁴⁴⁰ En segundo lugar, en el supuesto de inexistencia de garantía alguna, el acuerdo de mediación sigue siendo vinculante para ellas pero será necesario iniciar un procedimiento judicial, bien para exigir su resolución o su cumplimiento y en ambos casos, solicitar una indemnización por daños y perjuicios. Para ello existen varias opciones procesales, bien interponer una demanda de reclamación de cantidad o de cumplimiento de la obligación asumida en el acuerdo de mediación, mediante el procedimiento correspondiente en razón de la cuantía o materia según lo dispuesto en el 249 y ss de la LEC, o bien, si se trata de una reclamación de cantidad y la deuda es líquida, vencida y exigible podría iniciarse un procedimiento monitorio.

En tercer lugar, y documentado el acuerdo de mediación conforme a lo dispuesto en el artículo 23, en la actualidad puede convertirse en título ejecutivo de igual rango que los títulos ejecutivos judiciales y arbitrales. El art. 25 LMACM establece dos cauces, la elevación a escritura pública en el supuesto de mediaciones extrajudiciales, y para las mediaciones que se hayan realizado estando en curso un procedimiento judicial, su homologación por dicho tribunal a petición de las partes.⁴⁴¹ El requisito de elevación del acuerdo a escritura pública, por tanto, no será necesario en este último supuesto, ya que en ese caso se tramitará por los cauces normales que recoge el artículo 415 LEC.

Sin embargo, con carácter previo al análisis de ambas opciones, es importante realizar una breve alusión al Anteproyecto de Ley de Mediación, ya que dotaba al acuerdo de efectos ejecutivos propios y directos, sin necesidad de más trámites o requisitos que la firma de las partes y del

⁴⁴⁰TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23, El acuerdo de mediación”, en Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012..., op.cit., pp. 290-342.

⁴⁴¹Tras la homologación judicial del acuerdo de mediación se decretará el archivo del procedimiento (vid. art. 443 apartado I LEC). El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial.

mediador (artículo 28.2), siendo entonces «título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC».⁴⁴²

Es evidente que con aquella redacción no era necesaria la intervención de un órgano administrativo o judicial para su homologación, siendo suficiente con la comprobación, por parte del mediador, del contenido del acuerdo con lo referido en el acta final, de modo que ambos documentos fueran concordantes. Sin embargo, a este respecto y dado que la Directiva en su artículo 6, establece que «las partes pueden solicitar la ejecución del acuerdo, y que este ganará su carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto autentico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud», parece necesario que la posible protocolización exigida por la Directiva devendría de la intervención de un órgano jurisdiccional u autoridad competente distinta del mediador, condicionando la ejecutividad del acuerdo a que éste no fuese contrario al derecho del Estado miembro donde se formula la solicitud, y a que la legislación de dicho Estado admitiese su carácter ejecutivo.

En relación a todos ello, conviene realizar algunas precisiones. Es indiscutible que el mediador no es un órgano jurisdiccional, ni ha sido, ni debiera ser calificado nunca como una autoridad competente y por tanto, su desempeño tampoco se puede calificar como una sentencia, un acto autentico o una resolución, por la sencilla y autentica razón de que el acuerdo de mediación no es fruto de su voluntad, ni ha sido elaborado por el, sino por las partes. De tal modo que aquella incongruencia reflejada en el Anteproyecto debía ser totalmente subsanada e idear otro modo de formalizar u homologar el acuerdo de mediación, a la vez que someterlo a cierto control, para verificar su conformidad a derecho y para dotarlo de la fuerza ejecutiva que señala la Directiva. Es por ello que actualmente la LMACM haya exigido para ser considerado título ejecutivo el requisito de su elevación a escritura pública,⁴⁴³ procedimiento que se llevará a cabo ante el notario,⁴⁴⁴ quien verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LMACM y que su contenido no es

⁴⁴² Artículo 30.1 del Anteproyecto de Ley de mediación. En cualquier caso, carece de sentido atribuir carácter ejecutorio a los documentos que han sido firmados por personas que no ejercen ningún tipo de función pública y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil. Un mediador no tiene por qué tener preparación jurídica con lo que otorgar carácter ejecutivo a estos documentos, era un despropósito carente de seguridad jurídica.

⁴⁴³ Artículo 25 LMACM. Del mismo modo el párrafo 2º del artículo 517.2 LEC: Llevan aparejada ejecución (...) “Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

⁴⁴⁴ Dado que la escritura matriz permanecería bajo la custodia del notario, las copias expedidas a las partes deberían incluir la mención de su carácter ejecutivo, ya que son las que circularían en el tráfico jurídico y en el proceso.

contrario a Derecho, y para lo que se acompañará de las copias de las actas de las sesiones constitutiva y final del procedimiento.⁴⁴⁵

De este modo, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de la capacidad y legitimación que, a su juicio, disponen, así como que el consentimiento ha sido libremente prestado y que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.⁴⁴⁶ Así, redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, voluntad que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, informándoles del valor y alcance de su redacción.⁴⁴⁷ Debe verificar bajo su responsabilidad la capacidad natural, jurídica y de obrar, la ausencia de prohibiciones subjetivas u objetivas, la necesidad de consentimiento de otras personas físicas y la necesidad de autorizaciones judiciales o administrativas, es decir, juzgar si la voluntad de los comparecientes es libre y está suficientemente formada.⁴⁴⁸

De tal manera, el acuerdo se somete a un control de legalidad a través del notario, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 25 LMACM, y a un segundo control posterior, esta vez judicial, cuando se presente ante el juez para su ejecución forzosa.

Respecto a los acuerdos de mediación resultantes de una mediación iniciada en el curso de un proceso, cuya suspensión han solicitado las partes para someterse a mediación,⁴⁴⁹ estas podrán

⁴⁴⁵ A dicha escritura se le aplicará el arancel mínimo de los documentos sin cuantía.

⁴⁴⁶ «BOE» núm. 149, de 29/05/1862. Artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

⁴⁴⁷ «BOE» núm. 189, de 07/07/1944. Artículo 147 Reglamento Notarial. Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

⁴⁴⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R.: "Artículo 23. El acuerdo de mediación" en *Comentarios a la Ley 5/2012...op.cit.*, p.266. Expone que la capacidad natural es la aptitud de personas físicas que comparecen en un documento público para entender su contenido y efectos, estando en disposición de prestar su consentimiento libremente, mientras la capacidad de obrar es un juicio jurídico que decide si una persona con capacidad natural tiene capacidad para celebrar un negocio jurídico o necesita de determinados complementos de capacidad o está afectado por prohibiciones subjetivas o requisitos de edad.

⁴⁴⁹ Recordemos que el proceso se suspende por un tiempo limitado debiéndose presentar el acuerdo para su homologación antes de que concluya el plazo. propugna que el comienzo de la mediación suspende la prescripción o la caducidad de acciones. La suspensión se prolongará hasta que finalice la mediación, ya sea mediante acuerdo, o por otra de las causas previstas (art. 4 Ley). El legislador justifica su opción por la suspensión de la prescripción, y no por su interrupción (regla general a tenor de lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil), «con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados», de manera que no «se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes (Apartado III de la Exposición de motivos de la LMACM). Como única excepción al régimen general de suspensión de los plazos se establece que, si en los quince días naturales siguientes al inicio de la mediación no se firma el acta de sesión constitutiva (prevista en el artículo 19), se reanudará el cómputo de los plazos (art. 4 Ley).

solicitar su homologación judicial, en cuyo caso el control de legalidad respecto de lo acordado, su ratificación y el otorgamiento de la condición de título ejecutivo (con el auto de homologación) corresponden al juez.

En consecuencia, la homologación judicial mediante auto traerá consigo un título ejecutivo judicial, mientras que la elevación a escritura pública por notario producirá un título ejecutivo extrajudicial, ambos con el mismo valor procesal.

El artículo 26 LMACM en relación con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 545 LEC⁴⁵⁰ determina el órgano competente para la ejecución de los acuerdos de mediación, esto es, el juez de primera instancia del lugar en que se hubiere firmado el acuerdo.

En cuanto a los acuerdos de mediación adoptados y suscritos por las partes durante el transcurso o la pendencia de un arbitraje, podría convertirse igualmente en ejecutivo sin necesidad de lo anterior. Su calificación de laudo por acuerdo de las partes «*award by consent*» permitiría otorgarle tal carácter por el árbitro. La LMACM no se pronuncia al respecto, sin embargo ateniéndonos al artículo 36 de la Ley 60/2003 de arbitraje, sería posible.⁴⁵¹

Un aspecto importante que no contempla la LMACM es la posibilidad de que una de las partes se niegue a elevar a público el acuerdo de mediación, ya que el art. 25 indica que serán “las partes” las que lo presenten al notario. En la redacción del Anteproyecto, se permitía que lo hiciese una de las partes, aspecto que no ha sido recogido en la actual normativa. Esto supone la imposibilidad manifiesta de ejecución del acuerdo al que se ha llegado de buena fe y de manera consensuada, e impone a una de las partes la obligación de acudir a un proceso ordinario.⁴⁵² En las mediaciones transfronterizas, se permite la solicitud tanto a instancia de ambas partes, como por una de ellas con el consentimiento expreso de las demás,⁴⁵³ cuestión que será desarrollada con posterioridad en el siguiente capítulo.

⁴⁵⁰ Artículo 542 2 LEC. Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

⁴⁵¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2013, pp. 290. LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M.: “El acuerdo de...”, *op.cit.*

⁴⁵² En este sentido se manifiesta igualmente AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *REEI*, 2013. p. 13.

⁴⁵³ Artículo 27 LMACM.

5. Ejecución forzosa

La fuerza ejecutiva del acuerdo acelera y simplifica el procedimiento para exigir judicialmente su cumplimiento. En relación al plazo de caducidad de la acción ejecutiva contemplado en el artículo 518 LEC,⁴⁵⁴ es el mismo que el establecido para un laudo arbitral o una sentencia, esto es, cinco años,⁴⁵⁵ mientras que el plazo de espera para despachar la ejecución (artículo 548 LEC) es el mismo que para resoluciones procesales y arbitrales.⁴⁵⁶

En cuanto a postulación procesal, el artículo 539.1 LEC establece que para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador, siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros.

Finalmente, y en lo relativo a los acuerdos de mediación no protocolizados u homologados judicialmente, para su ejecución será necesario el inicio de un proceso ordinario para reclamar su incumplimiento, es decir, se actuará como se venía realizando hasta la entrada en vigor de la Ley.

⁴⁵⁴ Artículo 518 LEC La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

⁴⁵⁵ Se entiende que el día en que el acuerdo de mediación tiene eficacia ejecutiva es el día en que se otorga la escritura que lo eleva a público.

⁴⁵⁶ Artículo 548 LEC No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.

PARTE SEGUNDA

ÁNALISIS ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA

CAPÍTULO III

MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA

I. INTRODUCCIÓN

La globalización es un factor que ha revolucionado todo el sistema empresarial y multiempresarial. El comercio ya no conoce de fronteras y las relaciones privadas internacionales van in crescendo. Por todo ello, la intensificación de los intercambios comerciales, la internacionalización de las empresas y la movilidad de los ciudadanos en el Mercado interior, acentúan los conflictos entre nacionales o residentes de Estados miembros distintos.

En las operaciones internacionales el acceso a mercados extranjeros genera incertidumbres, bien de tipo comercial, financiero o jurídico. Sin embargo la principal preocupación e inseguridad para cualquier empresa es el hecho de asumir la posibilidad de encontrarse con un litigio en un país extranjero. La idiosincrasia de los litigios transfronterizos, caracterizados por la lentitud y el coste excesivo de los procedimientos, culturas, idiomas, legislaciones y jurisdicciones totalmente diferentes, puede suponer un obstáculo añadido a la hora de afrontarlos. Los procesos judiciales transfronterizos suelen ser largos, costosos, y psicológicamente agresivos,⁴⁵⁷ y ante el coste, la complejidad, y la extrema incerteza de su resultado, una empresa implicada en un conflicto mercantil y comercial internacional tratará de examinar las alternativas existentes para lograr el medio más óptimo para solucionarlo.

Las cifras de controversias transfronterizas crecen exponencialmente en complejidad y variedad, obligando a los tribunales no solo a aumentar su carga de trabajo y presión sino a enfrentarse a situaciones complicadas, tanto en lo relativo a los conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción, como a la prueba del derecho extranjero aplicable a la situación privada internacional y a la posible eficacia extraterritorial de decisiones.

En el marco de la contratación mercantil internacional, el binomio foro competente y ley aplicable al fondo son dos referencias esenciales y obligadas por su importancia en el devenir de cualquier transacción. El desconocimiento de ambos puede ser subsanado con carácter previo a la negociación del contrato, de manera que permita a las partes adaptar su comportamiento a las disposiciones jurídicas que regulan el contrato. Cada vez más frecuentemente en estas negociaciones se otorga prioridad al modo de resolución de los posibles conflictos buscando el

⁴⁵⁷CARRASCOSA GONZÁLEZ J.: “La mediación en los conflictos internacionales entre particulares”. Actualidad de Derecho Internacional Privado. Breve comentario disponible en www.accursio.com/w%20Actualidad%20DIP.html [Fecha de consulta: 05/03/2017]. De igual modo en general ESPLUGUES MOTA, C.: *Derecho del comercio....op.cit.*

modo más efectivo para lograr resolverlos y descartando aquellos que por su lentitud o mayor coste operacional no son alternativas válidas.

En este sentido la opción de los métodos alternativos de resolución de conflictos y en particular la mediación comercial internacional comienza a ser considerada una alternativa eficaz, legal y viable.

Conviene por todo ello desarrollar en profundidad ciertas cuestiones en relación al marco en que se desenvuelve este mecanismo actualmente en la Unión Europea.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA MEDIACIÓN MERCANTIL EN EL ÁMBITO DE LA UE

En este orden de ideas, los intereses que se entrelazan en determinado tipo de relaciones comerciales pueden llegar a ser extremadamente complejos, y la necesidad en múltiples ocasiones de establecer relaciones duraderas en el tiempo, ocasiona una interdependencia empresarial que requiere mantener estas relaciones y por tanto la necesidad de que las posibles divergencias sean resueltas rápidamente. Esta cuestión origina a su vez, que las vías de solución estrictamente adversariales, no sean siempre las más adecuadas. No se trata de abandonar los mecanismos tradicionales sino de ampliar el abanico de posibles procedimientos en la gestión y resolución de una situación de conflicto. El arbitraje comercial internacional ha sido un recurso fundamental consolidándose en el plano de las operaciones transfronterizas, siendo por tanto uno de los ADR más idóneos para solventar los conflictos en materias disponibles surgidos en el ámbito de la contratación internacional civil y mercantil. Sin embargo, en el Derecho de los negocios internacionales cada vez se reclaman procedimientos más rápidos y menos costosos para resolver las controversias derivadas de los contratos y cabe percibir, siguiendo a la Profesora Fernández Pérez, un importante desplazamiento del «mercado del arbitraje» a un «mercado de resolución de controversias» mucho más amplio.⁴⁵⁸

Respecto a la mediación en el ámbito del comercio internacional, aún tiene un amplio camino que recorrer y pese a que no garantiza, en caso de conflicto, la obtención de un acuerdo que ponga fin a la controversia, se ha comprobado que puede permitir a las partes no solo mantener o fortalecer sus relaciones comerciales, sino que además se muestren más dispuestas a cumplir el acuerdo que en su momento puedan alcanzar. En este sentido, los operadores en el

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ PÉREZ, A. “Cláusulas escalonadas multifunción...”, *op.cit.* pp. 100.

tráfico mercantil son los que marcarán las pautas y el ritmo de desarrollo de la mediación en el ámbito de la contratación internacional, apostando o no por la transacción pre-litigiosa como método adecuado para la solución de conflictos que les permita mantener las relaciones comerciales.⁴⁵⁹

La globalización en el mundo de los negocios, requiere soluciones eficaces y rápidas. Esto no significa que en el resto de los ámbitos del Derecho no se requieran idénticas condiciones de eficiencia y prontitud, pero no es menos cierto que en este sector quizás se haga más relevante.⁴⁶⁰ Los motivos para centrarnos en el estudio de la mediación transfronteriza en el ámbito mercantil, dejando de lado otros sectores, obedece a razones prácticas. La mediación transfronteriza en el ámbito familiar ha sido profusamente desarrollada doctrinalmente, sin embargo no lo ha sido tanto en materia comercial o mercantil pese a que debe, en parte, su desarrollo al arbitraje.

Lo que si es cierto es que la mediación como ADR ha logrado asentarse, aunque mínimamente, en el sector mercantil gracias al contagio. Las relaciones comerciales conducen a esta expansión, ya que probablemente uno de los contratantes puede poseer cierta cultura transaccional que abogue por la utilización de alguno de los mecanismos ADR para resolver las posibles discrepancias y que, por tanto, exija en la firma de sus contratos la inclusión de cláusulas que deriven la resolución de las controversias surgidas a mecanismos como la mediación.⁴⁶¹ Este acuerdo mutuo, pese a que no garantiza que el procedimiento culminará con éxito, si induce a una posibilidad de conseguirse y contribuye a su conocimiento y expansión.

Sin embargo y pese a todo, la mediación transfronteriza puede ocupar un lugar relevante en asuntos civiles y mercantiles.

⁴⁵⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 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*, núm. 31, 2013, pp. 19-55 <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho> [Fecha de consulta: 2/12/2015].

⁴⁶⁰ En el ámbito de la contratación internacional, cuando surgen conflictos la relación subyacente entre las partes implicadas se ve gravemente afectada, dado que las posibles diferencias o discrepancias que éstas puedan tener se profundizan y polarizan impidiendo la posibilidad de poder avanzar en futuras negociaciones comerciales, incluso en aquellas que nada tengan que ver con el conflicto surgido. Véase ABAY CASTAÑEDO, A. “Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy”, en AAVV, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, (Dir. GONZALO QUIROGA), M., Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2006, pp. 102.

⁴⁶¹ En este sentido se pronuncia igualmente SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. y JORDÁ GARCÍA, R.: “La mediación, una solución a los conflictos...”, *op.cit.*, pp. 23.

III. ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE

Algunos países como Austria o Finlandia disponían de normativa nacional con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva. En cuatro EEMM (Dinamarca, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido), en los que la Directiva únicamente se adaptó a los casos transfronterizos, las normas internas y su autorregulación anterior siguen vigentes en los asuntos nacionales. Estas normas pueden divergir de las disposiciones de la Directiva 2008/52/CE. Por ejemplo, los Países Bajos transpusieron las disposiciones de la Directiva únicamente para la mediación transfronteriza; los conflictos nacionales pueden mediar a través de organizaciones profesionales en los Países Bajos con su propia autorregulación. En el Reino Unido únicamente algunas disposiciones de la legislación de transposición se refieren a casos internos, el resto se aplica a los conflictos transfronterizos. La legislación danesa sobre mediación judicial sólo se aplica a los casos nacionales.⁴⁶²

La Directiva 2008/52/CE entiende que un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación, o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.⁴⁶³

Por tanto, es la presencia física de las partes en Estados distintos el factor determinante para considerar al conflicto como transfronterizo. En este sentido y como indica el Profesor Esplugues Mota, los términos de domicilio y residencia habitual son los utilizados para «especificar dicha vinculación».⁴⁶⁴ La naturaleza de ambas nociones difiere y ello afecta directamente a la forma de procederá su verificación práctica. Señala este autor que la «noción de residencia habitual es meramente fáctica» mientras que domicilio es una idea jurídica» que difiere según el país. Sin embargo la Directiva precisa en su artículo 2.3 que la concreción del domicilio de las partes debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento Bruselas I del Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento

⁴⁶² Cabe señalar que Dinamarca no está vinculada por las disposiciones de la Directiva ni sujeta a su aplicación. Considerando 30 de la Directiva 2008/52/CE.

⁴⁶³ Artículo 2 Directiva 2008/52/CE, en relación con el Considerando 10. Incluye tanto el domicilio como la residencia habitual, a sabiendas que en distintos EEMM ambos conceptos pueden referirse a lugares distintos.

⁴⁶⁴

y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁶⁵ que incorpora respuestas uniformes a esta cuestión.

Actualmente esta referencia debe entenderse realizada al Reglamento Bruselas I (refundido), que ha sustituido al anterior. El art. 62 de este cuerpo legal establece que para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocerán del asunto, el órgano jurisdiccional aplicará su ley interna. Por su parte el art. 63, se refiere al domicilio de las personas jurídicas, estableciendo una noción tripartita del mismo que incluye su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal.⁴⁶⁶

Por su parte, en el ámbito interno, la LMACM en el artículo 3, dispone que un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada, o reside habitualmente, en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta [el conflicto] estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación, o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable.⁴⁶⁷ También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias, se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto. Al igual que en lo anterior, precisa que en litigios transfronterizos la determinación del domicilio de las partes que residan en distintos EEMM de la Unión Europea, se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001.⁴⁶⁸

En relación con todo ello y en atención a lo establecido en ambos preceptos⁴⁶⁹ cuyas referencias nos conducen a la aplicación del referido Reglamento, es necesario realizar unas observaciones. En primer lugar queda clara la determinación del domicilio. Ahora bien, cabe la posibilidad de que las partes, ambas con domicilio en el mismo país de la Unión Europea, celebren

⁴⁶⁵ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12, 16.1.2001 (en adelante Reglamento Bruselas I (refundido)).

⁴⁶⁶ Para Irlanda, Chipre y el Reino Unido, la expresión «sede estatutaria» se equiparará a la «*registered office*» y, en caso de que en ningún lugar exista una «*registered office*», al «*place of incorporation*» (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se haya efectuado la «*formation*» (creación) de la sociedad o persona jurídica.

⁴⁶⁷ La LMACM, no exige que en los conflictos transfronterizos las partes que se someten a la mediación estén radicadas en distintos países de la Unión Europea, sino que su intención es más amplia, extendiendo la posibilidad a cualquier tercer país.

⁴⁶⁸ Referencia que actualmente debe entenderse al Reglamento Bruselas I (refundido).

⁴⁶⁹ Artículo 2 de la Directiva 2008/52/CE y artículo 3 LMACM.

una mediación en un otro Estado miembro y firmen en ese país el acuerdo. En este caso, el elemento de internacionalidad vendría dado por la firma del acuerdo y convertiría la mediación en internacional. Habría que determinar también si ese acuerdo quedaría sometido a la legislación del país donde es firmado, a la legislación de un tercer Estado o a la legislación española. En cualquier caso dependería de la voluntad de las partes.

En segundo lugar, la posibilidad de determinar el domicilio con arreglo al Reglamento Bruselas I (refundido), permite supuestos en los que si una empresa tiene sede social en un Estado de la Unión Europea y realiza sus actividades principales en otro, el domicilio de la sociedad pueda ser considerado cualquiera de los dos,⁴⁷⁰ por lo que una mediación celebrada entre una empresa española con sede en Madrid y otra empresa con sede social en Lisboa, pero cuya administración central y centro de actividades principales se encuentran en España, determinando con arreglo al artículo 63 RBI bis que igualmente tiene domicilio en España, ¿calificaría la posible mediación celebrada en Madrid como nacional? ¿O por el contrario sería transfronteriza? En este sentido el lugar de firma del acuerdo podría ser el elemento clave que otorgase internacionalidad al asunto, al igual que el derecho sustantivo que rige el acuerdo.

Otros aspectos esenciales de la mediación transfronteriza corresponden a su duración y el lugar de celebración.

Resulta necesario realizar una última matización previa. Si bien la Directiva 2008/52/CE y la LMACM sólo contemplan como mediación transfronteriza aquella en que los elementos heterogéneos son la residencia o el domicilio habitual de las partes, una mediación puede ser internacional debido a la presencia de otros factores distintos de aquellos, por lo que ante la presencia de un elemento de internacionalidad será necesario recurrir a las normas de Derecho internacional privado.

⁴⁷⁰ Artículo 63 RBI bis. «A efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentra: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal».

IV. EL LIMITADO IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE EN LOS EEMM. INFORMES DE 2014 Y 2016 APROXIMACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Procede examinar la repercusión que la Directiva 2008/52/CE ha tenido en la Unión Europea y en los EEMM, para centrarnos inmediatamente después en los aspectos más característicos de la mediación en cada uno de ellos.

El Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo publicó un estudio en 2014 sobre la aplicación de la Directiva en los países de la Unión, en el que coteja su limitado impacto transcurridos cinco años y medio desde su adopción, en el que analiza las causas del fracaso de la mediación en Europa. Dicho estudio, denominado «*Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*», (en adelante el Informe) manifestó el desconocimiento y escasa utilización de la mediación en el ámbito de la resolución de conflictos en los EEMM.⁴⁷¹

El Informe fue realizado por un grupo de expertos internacionales vinculados a una de las más prestigiosas asociaciones mundiales de mediación y arbitraje, JAMS,⁴⁷² en cuyo contenido se resalta que pese a los múltiples beneficios que aporta y del decidido impulso por parte de instituciones europeas, tanto del Consejo de Europa, la Comisión Europea como la mayor parte de los gobiernos nacionales, lo cierto es que el número de mediaciones realizadas en la Unión supone un porcentaje inferior al 1% de todos los casos que se presentan en asuntos civiles y mercantiles. Los datos son calificados como «significativos y decepcionantes», motivados por las «débiles políticas» existentes en casi la totalidad de los países de la Unión. En consecuencia, constata una realidad: «*EU Mediation Paradox*»⁴⁷³ reconociendo que resultan incomprensibles los datos obtenidos referentes a su escasa utilización, cuando es universalmente conocido todas las ventajas que ofrece frente a los litigios judiciales, algo que califica de «alarmante» y «decepcionante». Las conclusiones del Informe se basan en un cuestionario contestado por 816 expertos de todos los

⁴⁷¹ (“Reinicializar la Directiva de Mediación: evaluando el limitado impacto de su implementación y proponiendo medidas para incrementar el número de mediaciones en la Unión Europea). El informe fue presentado en febrero de 2014, no obstante los datos a los que hace referencia se obtuvieron mediante encuestas realizadas en 2013.

⁴⁷² JAMS International, es la institución internacional de mayor renombre en el sector de la mediación mercantil internacional. Proporciona desde hace más de 30 años servicios de arbitraje, mediación y otros ADR. Mayoritariamente se integra por antiguos jueces y abogados de gran prestigio. Puede consultarse en <https://www.jamsadr.com/>.

⁴⁷³ Paradoja de la Mediación en la Unión Europea.

EEMM cuyos resultados, un tanto demolidores, muestran el fracaso de las políticas pro-mediación seguidas hasta el momento.⁴⁷⁴

En primer lugar, el Informe analiza el marco regulatorio de la mediación en los distintos países de la UE revelando variaciones muy significativas en la aplicación de la Directiva. De este modo podemos encontrar con Estados han optado por aplicar la Directiva únicamente para los litigios transfronterizos, mientras que otros han aplicado las disposiciones de la Directiva para regular igualmente los conflictos internos -España entre ellos-, cuestión que, en cualquier caso estaba prevista en la Directiva 2008/52/CE. Se comprueba otro dato significativo y esperable, esto es, que el desarrollo de la mediación en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona es bastante relevante, sin que haya sido necesario realizar fuertes impulsos públicos, ya que ocupa por sí misma un lugar destacado en el ámbito de la resolución de los conflictos y es asimilada e incorporada con naturalidad como un útil instrumento por los abogados de estos países.

Consecuentemente las elevadas diferencias existentes en su utilización entre los EEMM, nos ofrecen datos muy dispares. Sirva como ejemplo Alemania, Inglaterra, Holanda e Italia, países en los que se registraron más de 10.000 procedimientos de mediación anuales, frente a Estados - como España- donde no se alcanzaron las 2.000, sin olvidar que casi el 50 % de los EEMM no registraron las quinientas mediaciones al año.⁴⁷⁵

Estas cifras tan opuestas pueden tener su explicación en distintos y variados motivos. La Directiva 2008/52/CE, en su objetivo de lograr el equilibrio entre la utilización de la mediación y el

⁴⁷⁴ El estudio analiza la evaluación de ciertas características clave de la eficacia de las respectivas leyes en el fomento de la utilización de la mediación. Para obtener sus evaluaciones, se solicitaba a cada encuestado que clasificara el grado en que la regulación de la mediación en su país promueve la mediación, eligiendo una de tres opciones (de menos a más) Como resultados, infinidad de las respuestas revelaron que los enfoques legislativos existentes no tienden a promover el uso de la mediación. Debemos resaltar que el informe se publica temporalmente cinco años después de la Directiva (2013), tiempo relativamente escaso para obtener los resultados pretendidos. No obstante el informe refleja una dura realidad, las expectativas suscitadas no habían sido, ni mucho menos alcanzadas. Es cierto que la pretensión de que el paradigma de la resolución de conflictos cambiase drásticamente era un tanto ingenuo, pero en cualquier caso, quedo también demostrado que a pesar del breve recorrido y de la necesidad de realizar algunas modificaciones, ya no había retorno en lo que se refiere a la utilización de la mediación.

⁴⁷⁵ Recordemos que son datos recopilados en 2013 y publicados en 2014. En el 14% de los países se realizan más de 10.000 mediaciones por año (Alemania, Italia, Países bajos y Reino Unido). En el 7% de los países (Hungria y Polonia) se realizan entre 5000 y 10000 mediaciones anuales. Entre 2000 y 5000 mediaciones son las que se realizan en el 11% de los países (Bélgica, Francia y Eslovenia). El porcentaje aumenta considerablemente conforme nos acercamos a los países que menos mediaciones realizan al año. Así solo el 21% realiza entre 500 y 2.000 mediaciones (Austria, Dinamarca, Irlanda, Rumania, Eslovaquia y España) y el mayor porcentaje de países, el 46% únicamente constata menos de 500 mediaciones anuales (Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal y Suecia).

recurso al litigio ofrece una gran flexibilidad lo que ha permitido una multiplicidad de enfoques en cada uno de los países. A pesar de que el artículo 5 otorga la facultad a los Estados miembros la opción de introducir elementos de mediación obligatoria, incluso con la imposición de sanciones, lo que ha prevalecido en gran parte del ámbito legislativo de la Unión ha sido el enfoque voluntario de la mediación. No obstante, los países que han incorporado ciertos elementos obligatorios, lo han instituido de diferentes maneras. Italia fue el único país que había ordenado la participación en la mediación como requisito previo al litigio en un amplio número de controversias; Reino Unido, lo estableció para conflictos de cierto valor económico, pero posteriormente eliminó tal obligatoriedad. Francia estudió la posibilidad de introducir la mediación obligatoria en determinadas asuntos, y una serie de países decretaron la obligatoriedad de la asistencia a las reuniones informativas de mediación. Otros Estados se inclinaron por el establecimiento de algunos incentivos financieros para fomentar la participación en mediación. Por tanto, a priori, parece que las mayores cifras de utilización corresponderían a los países en los que se estableció cierta obligatoriedad en su utilización. Sin embargo esto no es del todo cierto.

El Informe refleja lo significativo del caso italiano, único país de la Unión, que en el momento de la realización del estudio, celebraba más de 200.000 mediaciones anuales. El aumento de las mediaciones se originó cuando la mediación se convirtió en un requisito de procedibilidad para ciertas categorías de asuntos. Esta conexión directa es, además, confirmada por lo que aconteció durante el período de tiempo en que la mediación dejó de ser obligatoria (octubre 2012-septiembre 2013) en que el número de mediaciones, tanto obligatorias como voluntarias, disminuyó considerablemente, volviendo a aumentar al convertirse en requisito obligatorio.⁴⁷⁶ El Informe del Parlamento destaca lo significativo y positivo que resultó ser esta mediación obligatoria a la que denomina «mitigada».

Las encuestas objeto del Informe, revelaron igualmente el ahorro significativo de tiempo y costes que implica una mediación en comparación con un litigio. Los datos del estudio son ciertamente contundentes, ya que mientras un procedimiento judicial puede alcanzar costes aproximados a 25.000 euros, como ocurre en Suecia,⁴⁷⁷ la cuantía máxima de una mediación no

⁴⁷⁶ Según datos del Informe, con anterioridad a 2011, el número de mediaciones anuales no superaba la cifra de 2.000 mediaciones. En el periodo en que se convirtió en obligatoria (marzo 2011-octubre 2012), el número de mediaciones voluntarias ascendió a casi 45.000 de los cerca de 220.000 totales. Sin embargo, cuando la mediación dejó de ser obligatoria (octubre 2012-septiembre 2013), el número de mediaciones voluntaria disminuyó drásticamente. Una vez que impuesta como requisito de procedibilidad para determinados asuntos, las mediaciones, tanto voluntarias como obligatorias, volvieron a ascender.

⁴⁷⁷ Una mediación en este país puede suponer 7.800 Euros. Lógicamente el coste siempre es dispar en cada país ya que hay que tener en cuenta factores distintos y un diferente el nivel de vida.

alcanzaría los 10.000, como sucede en Austria. Por el contrario, una mediación supondría un desembolso de 400 euros en Bulgaria, mientras un procedimiento judicial en este país rondaría los 2.345 euros. Los resultados obtenidos demuestran que la mediación siempre supone un ahorro medio del 60% dado que el informe establece un coste medio para ambos sistemas, variando de los 9.179 euros que implicaría un litigio a los 3.371 euros que costaría una mediación para la resolución del mismo asunto.

Otra de las cuestiones que evalúa el Informe corresponde al tiempo en que tardaría en resolverse un asunto. Las cifras vuelven a ser contundentes, ya que un procedimiento judicial ofrece un promedio de 566 días frente a los 43 días que puede durar una mediación.⁴⁷⁸

En relación a otros aspectos tales como la protección de la confidencialidad, los sistemas de acreditación de los mediadores, o la actuación de los abogados, el Informe ofrece datos igualmente interesantes. En relación a todo ello, se considera por los encuestados que la confidencialidad está garantizada, incluso son de esta opinión las personas residentes en los países en los que el número de mediaciones anuales es inferior a quinientas. Respecto a los sistemas de acreditación de los mediadores nacionales, fueron estimados suficientes, lo que no podía valorarse como un factor determinante que explicase el escaso número de mediaciones. En estas cuestiones, ni la garantía de la confidencialidad, ni el hecho de que en determinados Estados los abogados están obligados por ley a informar a sus clientes de la posibilidad de recurrir a la mediación, parece que constituyan un dato significativo que pueda aumentar el número de mediaciones.

En gran parte de Europa la mediación voluntaria y extrajudicial es también escasa, y es practicada únicamente por determinados actores jurídicos, como las grandes empresas. Respecto a las invitaciones a la mediación desde los tribunales, y pese a la actitud proactiva de estos, el número no era demasiado alto. Este es uno de los motivos por los que el Informe concluye que, para producirse un aumento significativo en el uso de la mediación, es necesario ir más allá de la simple invitación a mediar, implantando en los sistemas jurídicos de los EEMM una mediación obligatoria para ciertas categorías de litigios. Se reitera, asimismo, en la necesidad de información para promover su utilización.

⁴⁷⁸ Rebooting» the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, *op.cit.* pp.123. Señala que la duración de una mediación puede variar según los Estados de 30 a 68 días, mientras un proceso judicial puede oscilar entre 300 (Lituania) a 1300 días (Grecia). El ahorro en tiempo es muy importante: de 566 días de promedio en procesos judiciales, a 212 en procesos de mediación.

De igual modo que lo anterior y con el objetivo de promover la mediación, en 2013 la Comisión Europea realizó un estudio, «*Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC– the ‘Mediation Directive’*», similar al anterior, con el objetivo de evaluar la implementación de la Directiva 2008/52/CE,⁴⁷⁹ que fue actualizado en 2016,⁴⁸⁰ y del cual es posible extraer interesantes datos. Recordemos que el artículo 11 de la Directiva 2008/52/CE disponía que la Comisión debía plantear un informe sobre la aplicación de la Directiva en 2016.⁴⁸¹

El estudio coincide en muchos aspectos con el elaborado a instancias del Parlamento Europeo. Hay que especificar que el primer estudio de la Comisión data de 2012, aunque es publicado en 2013, por lo que la situación escasamente había variado con respecto a los datos manejados por el Informe del Parlamento. El estudio reitera el escaso número de EEMM que dispusieron la mediación obligatoria. En Italia, como hemos expuesto, únicamente para unas concretas materias. Por su parte, Hungría introdujo la posibilidad legal de la mediación obligatoria para determinados conflictos relativos a cuestiones de custodia y tutela,⁴⁸² aunque estas normas no fueron introducidas con el fin de transponer la Directiva 2008/52/CE, sino para garantizar el cumplimiento del Código Civil. En Eslovenia, a pesar de que la legislación nacional de transposición establece que la mediación puede hacerse obligatoria por ley, no se dictó ningún tipo de disposiciones legales que obligaran a las partes a recurrir a la mediación antes de acceder al sistema judicial. Igualmente y como resultado de la adopción de la Ley de Familia, la mediación si

⁴⁷⁹ *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC– the ‘Mediation Directive’, 2014.* La Comisión Europea solicitó un estudio en 2012 para evaluar la contribución de la Directiva al programa de la UE «Justicia para el crecimiento». El estudio, realizado entre junio de 2012 y julio de 2013, se basó en la investigación documental y la consulta a las partes interesadas. Todos los datos han sido obtenidos del referido informe.

⁴⁸⁰ *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC– the ‘Mediation Directive, Final Report, 2016, op.cit.* El estudio realiza una actualización basada en los cambios legislativos ocurridos entre octubre de 2015 y marzo de 2016, unido a una investigación documental con el objetivo de incluir información adicional relevante en relación con la formación de mediadores, códigos de conducta para mediadores y difusión de información sobre mediación. La información del Informe de 2013 (sección 4 del estudio) que evalúa la aplicación de la Directiva sobre mediación, no se ha actualizado como tal, sin embargo, se ha comprobado la exactitud de la información fáctica contenida en el mismo.

⁴⁸¹ Artículo 11 Directiva 2008/52/CE: «A más tardar el 21 de mayo de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe examinará el desarrollo de la mediación en la Unión Europea y el impacto de la presente Directiva en los Estados miembros. Si es necesario, el informe irá acompañado de propuestas de adaptación de la presente Directiva».

⁴⁸² A pesar de que la legislación húngara permite la mediación obligatoria (introducida en el ordenamiento jurídico húngaro mediante la Ley CCLII de 2013 que modifica la Ley LV de 2002) no se puede concluir que haya superado los requisitos de la Directiva, ya que estas normas no fueron introducidas con el fin de transponer la Directiva 2008/52/CE. En su lugar, tenían por objeto garantizar el cumplimiento del nuevo Código Civil.

se convirtió en obligatoria en Croacia en los procedimientos de divorcio con hijos y en las disputas relacionadas con el cuidado de los padres.⁴⁸³

El estudio es ampliado en 2016, con objeto de recopilar información actualizada y dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE, pero infinidad de datos siguen siendo los obtenidos en 2013.

Siguiendo con este análisis, es igualmente interesante destacar que con el fin de aumentar el uso de la mediación, otros Estados miembros han introducido obligaciones distintas que van más allá de lo dispuesto en la Directiva. Por ejemplo, de acuerdo con la legislación irlandesa, el juez puede ordenar una sesión de información sobre la mediación. Según el Código de Procedimiento Civil Checo, el tribunal puede ordenar a las partes que asistan a una reunión de tres horas con un mediador. Además, de conformidad con la Ley de Responsabilidad Civil y Tribunales de Irlanda de 2004, un juez puede ordenar a las partes que inicien una mediación incluso si una de las partes no desea intentarlo.⁴⁸⁴

El estudio también concreta que dado que la Directiva no se refiere al contexto en el que se desarrolla este proceso, la mediación puede tener lugar dentro de la estructura del sistema judicial en muchos Estados de la Unión,⁴⁸⁵ regulándose de diferentes maneras en cada Estado, pudiendo ser administrada por jueces, abogados o mediadores.

Por lo que concierne al proceso, los informes nacionales en los que se basa el estudio muestran que la mediación presencial es el procedimiento más utilizado en los Estados miembros tanto en mediación judicial como extrajudicial. Sin embargo, también existen otros sistemas. Por ejemplo, en Bélgica debe redactarse un protocolo de mediación entre las partes antes del inicio de los procedimientos de mediación, en Estonia, las partes deben tratar primero de llegar a un acuerdo mediante un procedimiento escrito y, en algunos EEMM, la solicitud de un procedimiento de mediación puede presentarse por vía electrónica (sirva como ejemplo, en la mediación judicial en

⁴⁸³ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report, 2016, *op.cit.* pp.48.

⁴⁸⁴ Por ejemplo, en lo que respecta a las lesiones personales, el artículo 15 de la Ley dispone que la mediación puede iniciarse a petición de una de las partes si el tribunal determina que la mediación puede ayudar a una solución. Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC– the ‘Mediation Directive’, Final Report, 2016, *op.cit.* pp.49.

⁴⁸⁵ Alemania, Bélgica, Croacia, Escocia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania.

Eslovenia y en asuntos de familia en Portugal).⁴⁸⁶ Además, en la legislación húngara las partes pueden acordar llevar a cabo la mediación a través de videoconferencia, una práctica que, según las partes interesadas y manifestado así en el estudio, es probable que facilite los procedimientos de mediación transfronterizos.

Respecto a la intervención de los abogados, los informes nacionales confirmaron que las leyes nacionales no prohíben la asistencia de un abogado durante el proceso de mediación. Algunos Estados miembros incluso prescriben su presencia en algunos casos. Por ejemplo, de conformidad con el derecho austriaco, los mediadores pueden estar obligados a aconsejar a las partes que consulten a un abogado si la complejidad jurídica del asunto así lo exige.⁴⁸⁷ En caso de mediación judicial en Francia, la asistencia de un abogado es obligatoria en los casos en que también lo sea en los procedimientos judiciales por el mismo tipo de conflicto.⁴⁸⁸ En Italia, las partes deben ser asistidas por sus abogados desde la primera reunión de mediación hasta el final del proceso de mediación.⁴⁸⁹

Algunos Estados miembros exigen que los abogados informen a sus clientes de la posibilidad de recurrir a la mediación o que en las demandas ante el órgano jurisdiccional confirmen si se ha intentado la mediación o si existen razones que impidan hacerlo. En algunos países se han creado sistemas de mediación para responder a las exigencias de procedimiento específicas, por ejemplo, cuando se aplican unos plazos perentorios. Es el caso de los Países Bajos, en el que el juez de instrucción informa de la posibilidad de mediación transfronteriza con los progenitores que deseen recurrir a la mediación en casos de sustracción parental de menores. En estos supuestos, la mediación en asuntos transfronterizos comienza al día siguiente de la vista previa al juicio y finaliza en el plazo de tres días. En caso de éxito, los resultados se presentan inmediatamente ante el juez que conoce del asunto. En el Reino Unido, los jueces deben estudiar en cualquier momento del proceso si los sistemas alternativos de solución de conflictos, incluida la mediación, podrían servir para resolver el litigio. En tales casos, el juez debe invitar a las partes a someter su litigio a dicho sistema.

⁴⁸⁶ Puede consultarse en: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica>. [Fecha de consulta: 05/03/2017].

⁴⁸⁷ De acuerdo con los artículos 16 (2) y (3) de la Ley de Mediación en Materia Civil.

⁴⁸⁸ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report, 2016, *op.cit.* pp. 50.

⁴⁸⁹ Artículo 8 (1) del Decreto Legislativo 28/2010 (modificado por el Decreto Ley 69 de 21 de junio de 2013).

Con todo, los datos reflejan que no existe uniformidad en los aspectos relativos a la información que debe proporcionarse a las partes (respecto a sus obligaciones, procedimiento, costes y consecuencias de la mediación). Algunas legislaciones nacionales establecen que el mediador debe informar a las partes sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de la mediación.⁴⁹⁰ Otros Estados miembros exigen que antes del inicio del procedimiento de mediación se concierte un acuerdo escrito de mediación entre las partes (por ejemplo, Bélgica y Luxemburgo).⁴⁹¹

No todos los Estados miembros hacen referencia explícita al derecho de las partes a retirarse del proceso de mediación (por ejemplo, Luxemburgo, Rumania y Suecia no lo referencian), aunque dado el carácter voluntario de la mediación, siempre es posible en la práctica.

Por otra parte y según los informes nacionales a los que se refiere el estudio, casi la mitad de los Estados miembros (trece) fomentan el recurso a la mediación mediante el ofrecimiento de incentivos financieros a las partes mediante la reducción o el reembolso total de las tasas y costes de los procesos judiciales siempre que se alcance un acuerdo en mediación durante la suspensión del proceso judicial. Por ejemplo, en Eslovaquia se reembolsan un 30 %, un 50 % o un 90 % de las tasas judiciales, dependiendo de la fase del proceso en que se alcance el acuerdo. En algunos Estados miembros, la mediación misma se ofrece de forma gratuita o a bajo coste, dependiendo de la situación económica de las partes.

La asistencia jurídica gratuita es otro de los incentivos a tener en cuenta, aunque diverge según los Estados. En Alemania es de aplicación en la mediación judicial, pero está limitada en lo que se refiere a la mediación extrajudicial. En Eslovenia, únicamente a la mediación judicial. En Luxemburgo, en caso de mediación judicial y de mediación familiar a cargo de un mediador acreditado. En Italia, en el caso de mediación obligatoria.

Por su parte, el uso de incentivos pareció útil para motivar a las partes a recurrir la mediación. Los costes relacionados con la resolución de un litigio son factores importantes que

⁴⁹⁰ Austria, Bulgaria, Portugal y Rumania.

⁴⁹¹ En varios Estados miembros se establecieron normas especiales aplicables a la mediación en asuntos de familia (Finlandia, Países bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y Letonia). En Croacia, la Ley de la familia obliga a las partes a remitir su caso a la mediación en los casos de divorcio siempre que las partes tengan un hijo. En Luxemburgo, el Código Procesal Civil que regula la mediación judicial contiene una sección separada sobre la mediación familiar, incluido el requisito de que el juez celebre una sesión de información gratuita a la que las partes deben asistir. Por su parte la legislación polaca estipula que el tribunal puede remitir a las partes a mediación En la etapa de procedimiento de divorcio o separación.

pueden determinar que las partes se decidan a intentar la mediación o acudir a los tribunales. Si aquellos son atractivos, posibilitaran que los interesados se acerquen a la mediación. Del mismo modo, una disminución de tasas judiciales para las partes que hayan intentado mediar antes de la presentación de la demanda, o incluso mediaciones gratuitas son ejemplos de cómo el Estado puede ayudar financieramente a la divulgación de la mediación.

Por el contrario el empleo de sanciones, no parece que contribuya mucho a su consolidación. Del estudio se desprende que cinco Estados miembros imponen sanciones como medio para fomentar el recurso a la mediación. En Hungría, se han previsto sanciones a las partes que, tras haber celebrado un acuerdo de mediación, acudan a los tribunales o no cumplan las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo de mediación. En Irlanda, se aplican sanciones por una negativa injustificada a considerar la mediación. En Italia, la parte que gane el proceso en un procedimiento contencioso no puede recuperar las costas si ha rechazado una propuesta de mediación cuyo tenor sea el mismo que el de la sentencia del órgano jurisdiccional. También existen sanciones en los supuestos en que la mediación sea obligatoria y las partes no recurran a ella, acudiendo en primer lugar a los tribunales. En Polonia, si una parte que haya accedido a la mediación se niega a participar en ella sin un motivo justificado, el órgano jurisdiccional puede condenarla en costas, con independencia de la resolución. En Eslovenia, el órgano jurisdiccional puede ordenar a una parte, que rechace sin motivo justificado la remisión del asunto a una mediación ligada a dicho órgano, a pagar la totalidad o parte de las costas judiciales de la parte contraria.

En general, y según lo expuesto, se confirma el escaso apoyo para sancionar la falta de recurso a la mediación, aunque sí existe cierto consenso para imponer las costas a las partes que rechazaran la mediación sin motivo justificado. Recibe mucho más apoyo la opción de incentivar a las partes para que recurrieran a la mediación.

En definitiva, sí cotejamos ambos informes, pese a las distintas fechas en que fueron elaborados, observamos que sus conclusiones no se diferencian demasiado, haciendo especial referencia a la necesidad de aumentar el recurso a la mediación como mecanismos de solución de controversias en la UE.

Una vez expuesto lo anterior, procede examinar las características esenciales de la regulación de la mediación en los EEMM y sus peculiaridades. Algunos de ellos disponen de una norma específica de mediación civil y mercantil, o adaptaciones en sus Códigos Procesales e

incluso algunas especialidades en mediaciones sectoriales, sin embargo en otros países no existe una legislación concreta de mediación pero sí regulación fragmentada, mientras que en otros las normas sobre mediación se ha incorporado a cuerpos legales básicos como los procesales, civiles y mercantiles. La variedad, una vez más, es una realidad.

V. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN LOS EEMM

Llegados a este punto, es conveniente un tratamiento individualizado de la mediación en los distintos países de la Unión para observar como se ha ido implementando lo contenido en la Directiva y cuales han sido las políticas adoptadas en cada uno de ellos. Constatemos una vez más la diversidad legislativa y el tratamiento particular en cada Estado, fruto de la ausencia, tanto a nivel europeo como internacional, de una unidad normativa en materia de resolución de conflictos. Algunas de las cuestiones o características de la mediación en los ordenamientos jurídicos no son expuestas en este epígrafe por haber sido mencionadas con anterioridad. Así mismo los datos obtenidos de algunos países son limitados por la escasa información que proporcionan los Estados.

1. Alemania

Alemania consideró la introducción de los ADR en su sistema legal durante la década de los años ochenta con el objetivo de conseguir un sistema judicial más eficiente. En el año 1999 el Parlamento Federal abrió la puerta a que los Estados alemanes pudieran introducir la figura de la mediación obligatoria (*mandatory court connected mediations*).⁴⁹²

La Ley de promoción de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de 21 de julio de 2012,⁴⁹³ es la transposición de la Directiva 2008/52/CE y la primera norma jurídica que regula formalmente los servicios de mediación en este país. La norma alemana excede los requisitos de la Directiva 2008/52/CE y abarca todas las modalidades de mediación, con independencia del tipo de litigio o el lugar de residencia de las partes. No obstante únicamente establece directrices generales, entendiendo que los mediadores y las partes interesadas han de disponer de un margen de maniobra considerable durante el proceso de mediación. La Ley define

⁴⁹² VILALTA NICUESA, A.E.: “El Marco Jurídico, Derecho comparado” en *Libro Blanco de la Mediación...*, *op.cit.* pp. 144.

⁴⁹³ *Gesetz zur Förderung der Mediation und der Verfahren Anderer außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de 21 de julio de 2012, *Budgesetzblatt I*, p. 1.577, (artículo 1). Entró en vigor el 26 de julio de 2012.

inicialmente los términos «mediador»⁴⁹⁴ y «mediación»⁴⁹⁵ para diferenciarlos de otras prácticas de resolución de litigios. Esa norma se completa con el artículo 15a EGZPO, de la Ley de 15 de diciembre de 1999 que permite la *mandatory pre-trial mediation* en determinados conflictos civiles, y asimismo coexiste con normas recogidas en el Código de Procedimiento alemán (en adelante “ZPO”), y en el Código Civil (BGB).⁴⁹⁶

La Ley fomenta la resolución de los litigios de mutuo acuerdo al incluir una serie de diferentes incentivos en los códigos procesales (por ejemplo, en el Código de Procedimiento Civil, *Zivilprozessordnung*, ZPO). Tales incentivos pueden ser creados por cada departamento de los Estados federados, *Länder*, lo que potencia que sea diferente de un Estado a otro.⁴⁹⁷ Así, en lo sucesivo, cuando las partes incoen un procedimiento civil, tendrán que indicar si ya han tratado de resolver el asunto extrajudicialmente, por ejemplo a través de un procedimiento de mediación, y si existen razones concretas que desaconsejen esa vía. El tribunal puede además sugerir que las partes traten de resolver el litigio recurriendo a la mediación o a otra modalidad de resolución extrajudicial; si rechazan seguir esa opción, el tribunal puede suspender el procedimiento.⁴⁹⁸

No existe un código específico de conducta en la legislación, sin embargo, sí se establecen una serie de exigencias de información y de limitaciones de la actividad, con el fin de proteger la independencia y la imparcialidad de la profesión de mediador. Además, se obliga formalmente a los mediadores a preservar rigurosamente la confidencialidad de sus clientes.

De igual modo, no existe ninguna norma jurídica que defina el perfil profesional de los mediadores ni existen restricciones de acceso a la profesión. Son los propios mediadores los responsables de garantizar que disponen de la experiencia y los conocimientos necesarios (mediante la formación adecuada y cursos de perfeccionamiento profesional) para guiar con precisión a las partes durante el proceso de mediación. La legislación alemana establece los conocimientos generales, las competencias y los procedimientos que debería abarcar la formación

⁴⁹⁴ Personas independientes e imparciales, sin poder decisorio, que guían a las partes interesadas en el procedimiento de mediación.

⁴⁹⁵ Proceso estructurado en cuyo marco las partes tratan de encontrar, de manera autónoma y voluntaria, una solución de mutuo acuerdo al litigio con la ayuda de uno o varios mediadores.

⁴⁹⁶ Código Civil Alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch*, (1881).

⁴⁹⁷ Así, cada uno de los Estados pueden reducir, o renunciar a las tasas judiciales. *Kluwer Mediation Blog*. Puede consultarse en <http://kluwermediationblog.com/2012/08/09/the-new-german-mediation-law-finally-came-into-force/> [Fecha de consulta: 05/03/2017].

⁴⁹⁸ Información disponible en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 05/05/2017].

idónea previa, por lo que cualquier persona que satisfaga esos criterios puede ejercer como mediador, sin que se requiera una edad mínima obligatoria, o sea necesario acreditar una formación con un título universitario.

El Ministerio Federal de Justicia es competente para formular disposiciones reglamentarias que establezcan criterios adicionales de formación y perfeccionamiento profesional para los mediadores. En tal caso, las personas que hayan completado con éxito la formación estarán facultadas para utilizar el título profesional de "mediador certificado" (*zertifizierter Mediator*).⁴⁹⁹

La mediación es frecuente en el ámbito del Derecho de familia, el Derecho de sucesiones y el Derecho mercantil. Respecto al coste, no es gratuita y los honorarios se determinan mediante lo estipulado entre el mediador privado y las partes interesadas.⁵⁰⁰ No hay una normativa que regule los honorarios de la mediación ni estadísticas sobre los costes, pero se pueden calcular unos honorarios que oscilen entre 80 y 250 EUR por hora. Numerosas organizaciones prestan servicios de mediación.⁵⁰¹

En relación a los acuerdos resultantes de la mediación, de conformidad con la legislación alemana, tiene naturaleza jurídica contractual y pueden ser ejecutados como tal (art. 779 Código Civil Alemán). Podrá convertirse en título ejecutivo en Alemania si consta en escritura pública otorgada por notario alemán (ex art. 794(1).5 del Código Procesal Civil Alemán, o ha sido homologado judicialmente ante un tribunal alemán, de acuerdo a los requisitos que éste fije (ex art. 794 (1).5 ZPO).

Del mismo modo, un acuerdo de mediación puede ser directamente ejecutable en Alemania a través de una institución jurídica denominada *Anwaltsvergleich*, (ex art. 796a ZPO). El "*Anwaltsvergleich*" consiste en un acuerdo concluido con la asistencia de los abogados de las partes en forma de transacción extrajudicial. En caso de que una de las partes no cumpliera con el *Anwaltsvergleich*, la otra parte podrá instar ante un Tribunal de Primera Instancia la ejecución

⁴⁹⁹ Para ser "mediador certificado", se requiere por lo menos 120 horas de formación intensiva.

⁵⁰⁰ Se estima que los honorarios pueden oscilar entre 80 y 250 euros por hora. Datos obtenidos de <https://e-justice.europa.eu/> [Fecha de consulta: 05/05/2017].

⁵⁰¹ Entre ellas destacan: Asociación Federal de Mediación Familiar (*BundesArbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation e.V.*, (BAFM)- Asociación Federal de Mediación (*Bundesverband Mediation e.V.*, (BM), - Asociación Federal de Mediación en el Entorno Económico y Laboral (*Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt e.V.*, (BMWV), - Centro de Mediación (*Centrale für Mediation GmbH & Co. KG*, (CfM).

forzosa del mismo.⁵⁰² Respecto este último mecanismo de *enforcement*, hemos de apuntar que dado su carácter privado, el mismo sólo tendría efectos en Alemania, pues no podría encuadrarse en el Reglamento Bruselas I para su reconocimiento y ejecución en otros EEMM de la UE.

2. Austria

La mediación se regula en la Ley Civil de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Zivilrechts-Mediations-Gesetz* de 2003.⁵⁰³ Esta norma se complementa con el Reglamento de formación del mediador, *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung* de 2004.⁵⁰⁴ La transposición de la Directiva 2008/52/CE ha sido completada con la *EU Mediationsgesetz* de 2011 y a través de la introducción de un precepto, el 433^a, en la *Zivilprozessordnung* de 1950. Y todo ello coexiste con otras normas referidas a mediación familiar.⁵⁰⁵ El Ministerio Federal de Justicia mantiene una lista de mediadores registrados,⁵⁰⁶ en la que únicamente pueden figurar mediadores debidamente cualificados tras haber recibido la formación pertinente.

Cualquier persona que haya recibido la formación pertinente⁵⁰⁷ puede inscribirse como «mediador registrado» en el listado de mediadores registrados del Ministerio de Justicia, aunque no existe un registro por especialidades sectoriales de los mediadores, no es óbice para que figure tal información como adicional. La inscripción conlleva datos personales, profesionales (la edad mínima es de 28 años para poder ejercer). Se establece una formación base, con conocimientos en técnicas de mediación, conocimientos jurídicos y psicológicos, y una formación continua que requiere como mínimo cursar cincuenta horas en un periodo de cinco años y aprobar con éxito una

⁵⁰² NAVAS GLEMBOTZKY, J.R.: “El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones”, *Revista para el análisis del derecho, InDret*, 2014, p. 18, disponible en http://www.indret.com/pdf/1054___es.pdf

⁵⁰³ Boletín Oficial Federal I N° 29/2003.

⁵⁰⁴ Boletín Oficial Federal II N° 47/2004

⁵⁰⁵ BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación...” *op.cit.*, p. 11 [Fecha de consulta: 25/0/2017] En relación a ello, destacamos que se impone a los cónyuges con hijos menores de 16 años acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio, requiriéndose para admitir a trámite la demanda la presentación de un certificado emitido por el mediador familiar, que lo dictará aunque alguna de las partes se niegue a seguir en el procedimiento. *Vid.* GARCÍA VILLALUENGA, L.: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley...”, *op.cit.* p. 720.

⁵⁰⁶ El Listado de mediadores registrado en el Ministerio Federal de Justicia, puede consultarse en <http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/docs/home> [Fecha de consulta: 10/05/2017].

⁵⁰⁷ En relación a los requisitos de formación, puede consultarse “La mediación en los distintos países con colegios de abogados pertenecientes a la Federación de Colegios de Abogados de Europa (FBE), *Report Mediation - Fédération des Barreaux d'Europe*, 2016, pp. 11 www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Mediation_ES-7.pdf

prueba. Los mediadores deben suscribir un seguro de responsabilidad civil, según la legislación austriaca, con una cobertura mínima de 400.000 euros, sin exclusión e ilimitado.

La mediación es voluntaria. En determinados conflictos vecinales, antes de iniciar un procedimiento judicial, se requiere tratar de resolver la cuestión extrajudicialmente, recurriendo a un comité de conciliación, en una conciliación ante un órgano jurisdiccional (procedimiento conocido como «*prätorischer Vergleich*») o a través de la mediación.⁵⁰⁸

Respecto al coste, la mediación no es gratuita, siendo la cuantía de los honorarios objeto de acuerdo entre el mediador privado y las partes en conflicto.

El contenido de un acuerdo resultante de la mediación únicamente es ejecutable si adopta la forma de un compromiso (*Vergleich*) suscrito en un órgano jurisdiccional o se plasma en un acta notarial.⁵⁰⁹

No existe un órgano de la Administración central competente en materia de servicios de mediación, aunque existen asociaciones privadas que prestan servicios de mediación con y sin ánimo de lucro, así como algunas organizaciones no gubernamentales que prestan apoyo a los mediadores.

3. Bélgica

En Bélgica no fue necesario trasponer la Directiva 2008/52/CE, ni promulgar una ley específica en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya que el régimen jurídico de esta institución se encontraba previamente regulado en la legislación belga.⁵¹⁰

Si bien la regulación general se encuentra en los artículos 1724-1737 del *Code Judiciaire* de 10 de octubre de 1967,⁵¹¹ la mediación fue incorporada por la Ley Belga de mediación, de 21 de febrero de 2005, que modifica el Código Judicial en los ámbitos de mediación.

⁵⁰⁸ Puede obtenerse más información sobre la mediación civil en <http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/docs/home>

⁵⁰⁹ Datos obtenidos en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-at-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 10/05/2017].

⁵¹⁰ BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación...”, *op.cit.*, p. 10 [Fecha de consulta: 25/02/2017].

⁵¹¹ Código Judicial. Modificado por Ley de 21 FEVRIER 2005: *Loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation*, publicada el 22 de febrero de 2005, Numac: 2005009173. Puede consultarse en

En Bélgica la mediación es admisible en materia de Derecho mercantil, civil, -incluidos litigios familiares- y laboral,⁵¹² siendo una opción voluntaria de las partes. En función de las disposiciones del derecho de familia, el juez debe informar a las partes acerca de la existencia de la mediación y de las posibilidades que ofrece. Al inicio de las sesiones de mediación, se exige a las partes firmar un acuerdo por el que se comprometen a cumplir una serie de obligaciones, entre las que se encuentran: participar en todas las sesiones pactadas, no iniciar ningún procedimiento contencioso mientras dure la mediación, no utilizar en el futuro los datos aportados por las partes en las sesiones, y no comunicarse unilateralmente fuera de las sesiones.⁵¹³

Se rige por los principios de transparencia, eficacia y confidencialidad, tanto respecto a las manifestaciones realizadas durante el proceso de mediación, como respecto de los documentos que en el transcurso de la misma se han alcanzado, principios que vinculan a todos los participantes y al mediador.

La mediación no es gratuita, siendo los honorarios del mediador objeto de acuerdo entre éste y las partes. Es posible que en caso de ingresos reducidos, puedan obtenerse ayudas siempre que el mediador esté acreditado.

La Comisión Federal de Mediación, es el organismo encargado de reglamentar la profesión del mediador y mantener actualizada la lista de los mediadores acreditados, pero no ofrece servicios de mediación.⁵¹⁴ Esta Comisión regula la formación de los mediadores, pero su impartición corre a cargo del sector privado. Desde 2005, se exige para ser mediador cierta

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&pub_date=2005-03-22&numac=2005009173&caller=summary [Fecha de consulta: 15/03/2017]. Desde 2005 existen algunas reglas específicas en distintas normas: Ley referida a la continuidad de las empresas, de 31 de enero de 2009, la Ley de 22 de agosto de 2002 referida a los derechos de los pacientes, los artículos 1675-2 y siguientes del CCP (*médiation de dette — schuldbemiddeling*); así como también las normas introducidas en la última modificación del CCP de 2011 referidas a la necesidad de informar a las partes de la posible mediación en los supuestos de divorcio. Puede consultarse en “La mediación en los distintos países...”, *op.cit. Report Mediation* www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Mediation_ES-7.pdf [Fecha de consulta: 05/03/2017]. En materia familiar, cabe citar la *Loi relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire*. 19 Février 2001.

⁵¹² Existe asimismo una mediación penal y compensadora, pero estos ámbitos no son competencia de la Comisión Federal de Mediación.

⁵¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L.: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley...”, *op.cit.* p. 720.

⁵¹⁴ “*Commission fédérale de médiation*” Disponible en <http://www.cfm-fbc.be/fr> [Fecha de consulta: 25/02/2017].

capacitación, formación y/o experiencia,⁵¹⁵ estableciéndose un programa común de sesenta horas – de las cuales como mínimo veinticinco son de formación teórica y veinticinco de práctica.⁵¹⁶ Igualmente existen programas específicos de mediación (un mínimo de treinta horas que se reparten libremente entre el tiempo de formación teórica y práctica). Por su parte, los mediadores ya habilitados deben someterse a una formación continuada cuyo programa será visado por la Comisión Federal de Mediación. Existe igualmente un Código de Conducta para los mediadores.⁵¹⁷

En cuanto a la ejecutabilidad del acuerdo alcanzado en mediación, en virtud del artículo 1733 y 1736 de Código de Procedimiento Judicial, es posible la homologación judicial, que confiere a dicho acuerdo carácter auténtico y ejecutorio. Se requiere que haya intervenido un mediador adscrito a la *Commission fédérale de médiation/Federale bemiddelings commissie*. Cumpliéndose ambas condiciones, las partes o una de ellas –sin necesidad del consentimiento de las demás– puede solicitar la homologación del acuerdo al Tribunal competente; dicha homologación sólo será rechazada en caso de ser contraria al orden público. En cuanto a la forma, el acuerdo se convierte en una sentencia.

Como alternativa a la homologación, el acuerdo resultante de la mediación puede elevarse a escritura pública ante notario con lo que adquiere ese mismo carácter. Esta opción solo es posible si todas las partes están de acuerdo.⁵¹⁸

⁵¹⁵ *Vid.* Los requisitos, para ser habilitados como mediadores por la Comisión Federal de mediación según la Ley de 21 de febrero de 2005, son los siguientes: (i) Poseer, por el ejercicio presente o pasado de una actividad, la capacitación requerida en función de la naturaleza de la controversia. (ii) Justificar, según el caso, una formación o experiencia adaptados a la práctica de la mediación. (iii) Presentar las garantías de independencia y de imparcialidad necesarias para el ejercicio de la mediación. (iv) No tener antecedentes penales e incompatibles con el ejercicio de la función de mediador habilitado. (v) No haber sido objeto de sanción disciplinaria o administrativa, incompatible con el ejercicio de la función de mediador habilitado, ni haber sido objeto de la retirada de dicha habilitación.

⁵¹⁶ Esta formación común abarca los principios generales de mediación (ética/filosofía), el estudio de las diferentes modalidades alternativas de solución de conflictos, el derecho aplicable, los aspectos sociológicos y psicológicos y el proceso de mediación. Véase igualmente ÁLVAREZ TORRES, M., GIL VALLEJO, B., MORCILLO JIMÉNEZ, J.J.: *Mediación civil y mercantil*, Colección Práctica de mediación, Madrid, Dyckinson, 2013. pp.18.

⁵¹⁷ *Code de bonne conduite* (art. 1727 §6,7° du *Code judiciaire*). Está inspirado en el Código Europeo de Conducta para mediadores de 2004. *Commission fédérale de médiation*, disponible en <http://www.cfm-fbc.be/fr> [Fecha de consulta: 05/02/2017].

⁵¹⁸ Según datos obtenidos del portal Europeo de Justicia, (disponible en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-BE-es.do?clang=fr) [Fecha de consulta: 10/05/2017].

4. Bulgaria

La mediación en Bulgaria fue regulada por primera vez en la Ley de Mediación de 2004, *Mediation Act* de 2004 (MA), completada y modificada en 2007 y 2011.⁵¹⁹ A ella se añaden algunas reglas específicas que pueden tener interés en mediación, tales como los artículos 140 (3), 321 y 374 (2) del CPC de 2008; el artículo 123 (2) del Código de Familia de 2009; el artículo 40 g) de la *Copyright and Related Rights Act* de 1993; los artículos 182 y siguientes de la *Consumer Protection Act* de 2005, o los artículos 128 y siguientes de la *Payment Services and Payment Systems Act* de 2009.⁵²⁰

El Ministerio de Justicia de Bulgaria establece los requisitos de formación y ha creado un registro de mediadores integrado en el Registro Central de Organizaciones Colectivas, entidad sin ánimo de lucro.⁵²¹

En referencia a normas éticas que rigen la actuación de los mediadores, no existe un código de conducta específico aunque se han establecido disposiciones sobre normas deontológicas en la Ley de Mediación y en el Reglamento nº 2 de 15 de marzo de 2007, que dispone las condiciones y procedimientos que deben cumplir las organizaciones que prestan servicios de mediación. En relación a la formación de los profesionales, todos los pertenecen al sector privado.⁵²²

⁵¹⁹ Mediation Act, Promulgated, State Gazette No. 110/17.12.2004, amended and supplemented, SG No. 86/24.10.2006, supplemented, SG No. 9/28.01.2011, amended and supplemented, SG No. 27/1.04.2011. Disponible en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/bulgaria-mediacion-act-2004.pdf>

⁵²⁰ BARONA VILAR, S.: “Integración de la mediación...”, *op.cit.*, pp.10. [Fecha de consulta: 05/01/2017].

⁵²¹ Puede consultarse en <http://www.justice.government.bg/> [Fecha de consulta: 10/05/2017]. Dispone de unas Reglas para el control de la formación de mediadores cumplimiento y el procedimiento para la inspección de las organizaciones con arreglo al art. 2 del Decreto № 2 del 15 de marzo, de 2007. El Estado establece las siguientes tarifas: Para la entrada en el Registro Unificado de Mediadores - 20 lev. La aprobación de las organizaciones que forman a mediadores - 100 Levs. (Traducción propia de la Autora).

⁵²² En referencia a los requisitos establecidos para ser mediador, se requiere que no haya sido condenado por delitos penales, formación completa, que no se le haya privado del derecho a ejercer una profesión o actividad, que se le haya concedido a largo plazo la residencia permanente en la República de Bulgaria si la persona es un ciudadano extranjero y que esté inscrito en el Registro Unificado de mediadores del Ministro de Justicia.

La mediación es totalmente voluntaria, y no supone, en ningún caso, una condición para poder incoar un proceso judicial.⁵²³ Sin embargo no es gratuita, por lo que el pago de los honorarios debe convenirse en un acuerdo entre el mediador y las partes en el conflicto.

Los acuerdos de mediación no son ejecutables *per se*, pero desde la reforma de 2011 las partes pueden solicitar al juez la homologación judicial del mismo, aunque no exista ninguna causa pendiente. El artículo 18 de la Ley de 2004, establece que el acuerdo alcanzado en la mediación está sujeto a la aprobación de los tribunales de distrito del país, tras su confirmación por las partes, siempre que sea contrario a la ley o a la moral.

5. Chipre

La Ley 2012 [No. 159(I)/2012]⁵²⁴ traspone Directiva 2008/52/CE en Chipre, y configura el marco de la mediación civil y comercial tanto transfronterizos como domésticos.

La Ley establece que un tribunal puede informar a las partes sobre la utilización de la mediación y podrá invitarlas en cualquier fase del procedimiento a usar este recurso para resolver el conflicto.

La mediación es siempre voluntaria, los tribunales únicamente pueden proponer o limitarse a dar información sobre las posibilidades que ofrece la mediación. La confidencialidad rige todo el procedimiento y vincula a las partes interesadas y al mediador, de modo que toda la documentación e información que se haya discutido en la mediación no podrá aportarse como prueba en un procedimiento posterior. Igualmente el mediador no puede ser citado como testigo.

Los acuerdos alcanzados en mediación no son ejecutivos por sí mismos, sin embargo pueden ser homologados por el juez a solicitud de ambas partes, que únicamente podrá ser denegada si es contraria a derecho. Si el acuerdo contiene una estipulación que refleja el consentimiento de ambas partes para solicitar su homologación judicial, no es necesario que lo soliciten ambos.

⁵²³ *Mediation Act*. El artículo 5 de la Ley de mediación establece que «Las partes tendrán igualdad de oportunidades para participar en la mediación. Ellos participan voluntariamente y en cualquier momento pueden retirarse».

⁵²⁴ The Certain Aspects of Mediation in Civil Matters Law, 2012 Puede consultarse en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/cyprus-mediation-in-civil-matters-2012.pdf>

Los abogados tienen la obligación de informar a sus clientes sobre el procedimiento de mediación. Pero al ser un recurso absolutamente voluntario, no se establece ningún tipo de sanción.

No es necesario que los mediadores estén acreditados. Deben inscribirse en un Registro del Ministerio de Justicia y Orden Público para lo cual deben haber realizado cursos de capacitación. Los mediadores que son miembros de la Cámara de Comercio e industria de Chipre deben de haber realizado un curso de cuarenta horas para registrarse y renovarlo cada tres años. Respecto a su papel no difiere de los requisitos establecidos en el resto de países, debe ser imparcial, e independiente, explicar la naturaleza del proceso a las partes, proporcionar igualdad de oportunidades para que sean escuchadas y otorgar toda la información que estas le requieran en relación con su profesionalidad y experiencia.

La mediación se establece para resolver todo tipo de diferencias, y es absolutamente voluntaria. No existe ninguna normativa específica sobre el proceso de mediación y, por tanto, no hay normas concretas que deban seguirse.⁵²⁵ Se guían por las disposiciones del Código de Conducta europeo de 2004.

La mediación no tiene un coste fijo, depende básicamente de la complejidad del asunto y de las condiciones del mediador.

6. Croacia

El Gobierno de la República de Croacia, a través del Ministerio de Justicia, proporciona un gran apoyo legislativo, financiero y técnico para el desarrollo y la promoción de la mediación, convirtiéndose en uno de los elementos importantes de la Estrategia de la reforma judicial en este país.⁵²⁶

En referencia al marco legislativo, la mediación como medio para resolver litigios se reguló por primera vez en la Ley de mediación NN, n° 163/03,⁵²⁷ que ha integrado algunos de los principios rectores que figuran en la Recomendación del Consejo de Europa relativa a la mediación

⁵²⁵Se ha presentado ante la Cámara de Representantes (*Βουλή των Αντιπροσώπων*) un proyecto de ley sobre mediación en asuntos de familia, que se está debatiendo actualmente. /e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-cy-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 10/05/2017].

⁵²⁶ Puede consultarse en: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-hr-es.do?member=1[Fecha de consulta: 10/05/2017].

⁵²⁷ Entró en vigor el 24 de octubre de 2003.

en asuntos civiles y mercantiles, así como en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de la Unión Europea. La Ley fue modificada en 2009 y en 2011, se aprobó una nueva Ley de mediación (NN, nº 18/11),⁵²⁸ que entró plenamente en vigor en la fecha de adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea. Esta norma es la más importante, pero junto a ellas existen otras complementarias y reglamentos de ejecución que garantizan la aplicación de la ley.⁵²⁹

La Ley de mediación croata de 2011, lleva a cabo una incorporación muy extensa y literal de la Directiva 2008/52/CE, y contiene otras normas complementarias que pueden aplicarse, tales como la regulación en el artículo 186 d-g CCP, que recoge el *court-annexed mediation* y algunas reglas a tomar en consideración por los tribunales respecto del acuerdo (arts. 321-324).⁵³⁰

La mediación puede llevarse a cabo en todos los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia, ordinarios y especializados⁵³¹ en todas las fases del proceso y en el proceso de apelación. La mediación la realiza un juez que ha recibido formación en materia de mediación y que figura en la lista de jueces mediadores determinada por el presidente del Tribunal. No obstante un juez mediador nunca deberá mediar en un litigio en el que deba intervenir como juez.

En lo que respecta a la mediación extrajudicial, durante bastantes años ha sido llevada a cabo satisfactoriamente, entre otros,⁵³² por los centros de mediación de la Cámara de Economía croata, la Asociación Croata de Mediación, y el Colegio de Abogados de Croacia. No obstante, puede ser realizada en cualquier otro centro.

El proceso de mediación se inicia a propuesta de una de las partes con la aceptación de la otra, mediante una propuesta conjunta de ambos o mediante la propuesta de un tercero (por ejemplo, un juez en un proceso judicial).

⁵²⁸ Ley de mediación (Narodne novine, Boletín Oficial de la República de Croacia), nº 18/11.

⁵²⁹ Puede consultarse en: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-hr-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁵³⁰ Existen disposiciones en *Obligations Act*, en materia de consumo, o en derecho de familia (arts. 44-52 de *Family Act*, que establece mediación obligatoria en caso de divorcio).

⁵³¹ Juzgados municipales, de condado y de comercio, y en el Tribunal Superior de Comercio.

⁵³² Igualmente por la Cámara de Artes y Oficios, la Asociación de Empresarios de Croacia, la Oficina de Seguros de Croacia y la Oficina para la Cooperación Social del Gobierno de la República de Croacia.

Los mediadores deben estar capacitados y recibir formación profesional continua. El Ministerio de Justicia ha creado una Comisión de Resolución alternativa de conflictos,⁵³³ con el objetivo de supervisar tanto el desarrollo de mecanismos alternativos, como la ejecución de los programas existentes y proponer medidas para promover su desarrollo, aprobando un Código ético para mediadores en 2009. El mandato de la Comisión también incluye emitir dictámenes y responder a las consultas que entren dentro de su ámbito de competencia.

Se permite la mediación para materias disponibles, siendo muy valorada para conflictos comerciales y transfronterizos en materia civil y mercantil. En referencia al procedimiento y a los principios que lo rigen, no hay diferencias sustanciales con el resto de Estados, si bien se permite que el mediador podrá participar en la elaboración del acuerdo y formular recomendaciones en cuanto a su contenido.

El acuerdo alcanzado a través de la mediación es vinculante para las partes firmantes. El acuerdo alcanzado a través de la mediación es un documento con fuerza ejecutiva si contiene una obligación pendiente de realización con respecto a la cual las partes puedan llegar a un compromiso, y si contiene un permiso directo de ejecución (cláusula ejecutoria).

Salvo pacto en contrario, cada una asume sus propios costes, si bien pueden ser soportados conjuntamente o conforme a lo dispuesto en una ley especial, o según dispongan los reglamentos de las instituciones de mediación.

7. Dinamarca

La ley danesa es el Código de Procedimiento judicial, no existe una ley específica.
⁵³⁴Aunque no está vinculada por la Directiva, su legislación se ajusta perfectamente a lo dispuesto en ella.

⁵³³ Se compone de representantes de los órganos jurisdiccionales, la Fiscalía General del Estado, la Oficina para la Cooperación Social del Gobierno de la República de Croacia, la Cámara de Economía croata, la Asociación de Empresarios de Croacia, la Cámara de Artes y Oficios croata y el Ministerio de Justicia. Entre sus cometidos se incluye emitir dictámenes y responder a las consultas que entren dentro de su ámbito de competencia.

⁵³⁴ Chapter 27 of the Danish Administration of Justice Act Judiciary mediation. Puede consultarse en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/denmark-administration-of-justice-act-chapter-27.pdf>

Los jueces vienen obligados a intentar la mediación en la primera instancia de los procesos. De la misma manera en Inglaterra y Gales, a partir del informe de Lord Woolf, y de la reforma del año 1999, las Reglas de procedimiento civil atribuyen al juez importante poder para impulsar la mediación u otras formas alternativas de resolución, incluso interrumpir o suspender los procesos para que éstas puedan llevarse a cabo. Aunque no puede afirmarse que la mediación sea obligatoria, sí que exige informar a las partes acerca de sus ventajas para que ésta pueda ser considerada como alternativa al proceso judicial.⁵³⁵ Asimismo han sido introducidos en la Ley procesal civil algunos protocolos prejudiciales (“*preactions*”). De modo que cualquier disputa debe seguir un proceso prejudicial razonable con objeto de evitar el litigio y antes de proceder a interponer una demanda.

La falta de cooperación por parte de los sujetos puede dar lugar a multas o a consecuencias adversas en el procedimiento judicial.

Según la legislación danesa, el acuerdo de mediación puede ser ejecutado en los tribunales si ha sido homologado previamente por estos.

8. Eslovenia

Eslovenia, a pesar de que la legislación nacional de transposición establece que la mediación puede hacerse obligatoria por ley, no hay disposiciones legales que obliguen a las partes a recurrir a la mediación antes de acceder al sistema judicial

Ley que traspuso la Directiva 2008 a la legislación eslovena es de 23 de mayo de 2008⁵³⁶ (ZMCGZ). En 2009 se introdujo la mediación obligatoria a través de la *Act on ADR in Judicial Matters* (ZARSS), Ley sobre resolución alternativa de litigios en asuntos judiciales (adoptada el 19 de noviembre de 2009)⁵³⁷ dispone que los tribunales de primera y de segunda instancia deben adoptar e implementar un programa de resolución alternativa de litigios para ofrecer a las partes medios alternativos de resolución de litigios en asuntos mercantiles, laborales, de familia y otros

⁵³⁵ VILALTA NICUESA, A.E.: “El Marco Jurídico, Derecho comparado” en Libro Blanco de la Mediación...”*op.cit.* pp 144.

⁵³⁶ La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ZMCGZ), Boletín Oficial de la República de Eslovenia nº 56/08).

⁵³⁷ Boletín Oficial de la República de Eslovenia nº 97/09 y 40/12 - ZUJF), entró en vigor el 15 de junio de 2010.

asuntos de derecho civil. En virtud de este programa, los tribunales deben permitir que las partes recurran a la mediación además de a otras modalidades de resolución alternativa de litigios.⁵³⁸

El Ministerio de Justicia y Administración Pública mantiene un registro central de mediadores que actúan ante los tribunales en virtud de programas de resolución alternativa de litigios.⁵³⁹

El recurso a la mediación es voluntario y se admite en asuntos civiles, de familia, mercantiles, labores y otros asuntos relativos a la propiedad en relación con demandas en las que las partes tienen capacidad para disponer y resolver. La mediación también es posible en otros asuntos, siempre y cuando no estén excluidos por ley. Se utiliza sobre todo en asuntos civiles, familiares y mercantiles.

La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (ZMCGZ, Boletín Oficial de la República de Eslovenia nº 56/08) se refiere a la mediación en general, es decir, la mediación asociada a procedimientos judiciales y la mediación extrajudicial. Establece solo las reglas básicas para los procedimientos de mediación, que se rigen, en lo demás, por mecanismos de autorregulación. Por ejemplo, establece dónde empieza y termina la mediación, quién designa al mediador, las reglas de conducta básicas del mediador, la forma del acuerdo de resolución del litigio, cómo asegurar su cumplimiento, etc. Las partes pueden apartarse de las disposiciones de la Ley, excepto en lo relativo al principio de imparcialidad del mediador y el impacto de la mediación en los períodos de exclusión y limitación.

La Asociación eslovena de Mediadores ha adoptado un código de conducta para los mediadores, pero sólo se aplica a los miembros de esta Asociación⁵⁴⁰. No existe ningún órgano judicial de formación en mediación. La formación la imparten entidades privadas y ONG's.

⁵³⁸ Puede consultarse en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-si-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁵³⁹ Registro Central de mediadores en los programas de tribunales, disponible en http://www.mp.gov.si/si/obrazci_evidence_mnenja_storitve/alternativno_resevanje_sporov/centralna_evidenca_mediatorjev_v_programih_sodisc/ [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁵⁴⁰ Puede consultarse en <http://www.slo-med.si/>

9. España

Para llegar al momento presente, en el que desde hace cinco años disponemos de la primera Ley de mediación de ámbito nacional en España, ha sido necesario un largo camino en el que merece la pena detenerse brevemente. La mediación ha sido una figura prácticamente desconocida en nuestro país hasta hace poco más de una década, pero como hemos analizado hasta el momento, esta circunstancia no significa que no existiera.⁵⁴¹

Como respuesta excesivamente tardía a la Directiva 2008/52/CE y su necesidad de transposición al ordenamiento jurídico español,⁵⁴² se presenta en el año 2010 el Anteproyecto de Ley de mediación, que contemplaba no solo asuntos transfronterizos, sino también mediaciones en el ámbito nacional.⁵⁴³

El texto del Anteproyecto fue duramente criticado desde varios sectores, estableciéndose proposiciones de enmiendas y correcciones a su articulado por parte de diferentes colectivos y profesionales, entre ellos el Consejo General de la Abogacía (en adelante CGAE), Colegios de abogados y otros profesionales implicados y expertos en mediación. Lo cierto es que después de tanto tiempo esperando una normativa que viniese a regular con carácter general la mediación en nuestro país, el texto propuesto adolecía de bastantes fallos e incongruencias que eran necesarios corregir.

Incluso hubo recomendaciones por parte de algunos grupos⁵⁴⁴ para que la mediación familiar se separase explícitamente del ámbito de regulación del Anteproyecto, argumentando que

⁵⁴¹ En España, las primeras reglamentaciones en relación a mediación se encuentran en Juntas vecinales, los Gremios medievales y las Hermandades agrarias y rurales. Esta mediación tradicional se atestigua jurídicamente en el Fuero de Avilés (1076), donde se documenta el origen etimológico de la Mediación o “medianedo”, o en las Partidas de Alfonso X (1265), que en su Partida 3, título 4, recoge el término “arbitraje”. A nivel Institucional, junto a la labor de los Jueces de Paz, destacaron organismos donde se resolvían las disputas comerciales y territoriales de los miembros de estas comunidades, como el “Consejo de Hombres Buenos” de la Huerta de Murcia o el “Tribunal de las Aguas” de Valencia. En 1734, el Diccionario de Autoridades de la Lengua Española, definía la Mediación como “la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro”. Vid. FERNÁNDEZ RIQUELME, S.: “La mediación social”. *La razón histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, 2009, pp.82. Disponible en <https://digitum.um.es/>

⁵⁴² Según el Artículo 12 de la Directiva 52/2008/CE el plazo de interposición concluía el 21 de mayo de 2011.

⁵⁴³ Anteproyecto de Ley de Mediación en el ámbito civil y mercantil, elaborado por el Ministerio de Justicia y elevado ante el Consejo de Ministros 19 de febrero del 2010.

⁵⁴⁴ Véase los comentarios a la primera reunión de la mesa *Ad Hoc* de mediación del Instituto Español para la mediación (ICAM). www.unaf.org/.../06_10_anteproyecto_mediacion_comentarios.pdf Del mismo modo Véase *Comentarios al Anteproyecto de Ley de mediación 28.04.2010.*

la propia Directiva 2008/52/CE delimitaba su objeto únicamente a la mediación civil y mercantil, y objetando que ésta es una práctica claramente distinta a la mediación en el campo familiar, puesto que difiere tanto respecto a los intereses a proteger, como a la naturaleza de sus protagonistas.

La Directiva ha supuesto en España la determinación de legislar en el ámbito nacional. Es cierto que el cuerpo normativo en nuestro país en materia de mediación ha estado reservado a las Comunidades Autónomas de un modo casi exclusivo en materia de Derecho de Familia.⁵⁴⁵ Cierta dispersión y plurilegislación referente a la misma materia se conformó a partir de 2001 en distintas leyes autonómicas de muy similar contenido, bien en los aspectos procedimentales y principios rectores, bien respecto de las obligaciones de los mediadores. Como excepción a esta tendencia cabe señalar que la única norma de ámbito autonómico, pionera en la regulación de la mediación en un ámbito no circunscrito exclusivamente a la familia, ha sido la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, que deroga la anterior Ley catalana 1/2001, de 15 de marzo, precisamente la primera Ley sobre mediación elaborada en España.

La plurilegislación a la que nos referíamos anteriormente, se manifiesta en los distintos ámbitos objeto de regulación, dado que cada Comunidad Autónoma, en función de sus competencias ha legislado de manera distinta sobre mediación. Así, en el ámbito exclusivamente mercantil no ha existido ni una sola disposición normativa o referencia que la amparase. Las

www.unaf.org/.../2010/04_10_anteproyecto_mediacion_comentado, Instituto Español para la Mediación, www.iemediacion.com [Fecha de consulta: 5/09/2014].

⁵⁴⁵ Con anterioridad a la Ley estatal de mediación, existían ya en nuestro país 13 normas de aplicación autonómica en la materia. Como ejemplos véase las leyes autonómicas: Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, *vid.* «BOE» núm. 91, de 16 de abril de 2001; Ley 4/2001, de 31 de mayo reguladora de la mediación familiar en Galicia, *vid.* «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2001. Ley 7/2001, de 26 de noviembre reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, *vid.* «BOE» núm. 303, de 19 de diciembre de 2001; Ley 15/2003, de 8 de abril de la mediación familiar de Canarias, *vid.* «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2003, reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, *vid.* «BOE» núm. 177, de 26 de julio de 2005; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha, *vid.* «BOE» núm. 203, de 25 de agosto de 2005 ; Ley 1/2006, de 6 de abril de mediación familiar de Castilla y León, *vid.* BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006; Ley 18/2006 de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, *vid.* «BOE» núm. 303, de 20 de diciembre de 2006; Ley 1/2007, de 21 de febrero de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, *vid.* «BOE» núm. 153, de 27 de junio de 2007; Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias, *vid.* «BOE» núm. 170, de 17 de julio de 2007; Ley 1/2008, de 8 de febrero de mediación familiar del País Vasco, *vid.* «BOPV» núm. 34, de 18 de febrero de 2008; Ley 1/2009, de 27 de febrero reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, *vid.* «BOE» núm. 80, de 2 de abril de 2009, Ley 15/2009, de 22 de julio (Cataluña) de mediación en el ámbito del derecho privado, *vid.* «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 2009; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears, *vid.* «BOE» núm. 16 de 19 de enero de 2011; Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, *vid.* «BOE» núm. 99, de 26 de abril de 2011.

mediaciones realizadas en esta materia, han sido de carácter puramente privado, o a través de protocolos internos adoptados en algunas compañías, utilizándose tanto en sus relaciones intraorganizacionales, como en negociaciones externas con terceros. En la esfera contractual, salvo excepciones contadas de grandes empresas acostumbradas a realizar operaciones de comercio exterior, el desconocimiento general de esta figura era generalizado.

No obstante, es de destacar que las primeras manifestaciones a favor de la mediación, producidas en el ámbito judicial, tienen su origen en sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, señalando la posibilidad no aprovechada por los litigantes de haber intentado solucionar sus controversias a través de la mediación. En este sentido son significativas y destacables la STS, de 20 de mayo de 2010,⁵⁴⁶ STS de 5 de marzo de 2010⁵⁴⁷ -referente a la nulidad de contrato de compraventa por dolo y vicio en el consentimiento-, STS, de 17 de septiembre de 2009,⁵⁴⁸ -

⁵⁴⁶ STS 1ª, de 20 de mayo de 2010, TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 324/2010 de 20 mayo. ROJ STS 2290/2010. [...] «Este caso, propio de una sucesión *mortis causa*, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, [...] que se vislumbra claramente [...] que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la Ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la *Directiva 2008/52/CE* [...] en la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña*, [...] y en el Anteproyecto de *Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, [...] En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica.»

⁵⁴⁷ STS 1ª, de 5 de marzo de 2010 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 129/2010 de 5 marzo. ROJ STS 984/2010 [...] «En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes. En el proceso judicial, se estimará o no la demanda y se ejecutará lo resuelto. Otra cosa sería si hubiera habido acuerdo o se hubiera llegado a una mediación, como procedimiento alternativo de carácter extrajudicial como propone la *Directiva 2008/52/* [...] que, aunque se aplica a la mediación en litigios transfronterizos, nada impide -como dice en su considerando (8)- que los Estados miembros lo apliquen a la mediación de carácter nacional. Y a las sentencias de esta Sala 2 de julio en 2009 y 3 de julio de 2009 dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados.»

⁵⁴⁸ STS 1ª, de 17 de septiembre de 2009, [TS \(Sala de lo Civil, Sección 1ª\), sentencia núm. 604/2009 de 17 septiembre. \[RJ 2009\4589\]](#), «Se trata de un enfrentamiento familiar por razón -más frecuente de lo que debiera- de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso [...] que, [...] podría una mediación haber evitado. Este, como otros tantos conflictos, tanto familiares como civiles o mercantiles en general [...] puede ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.»

referente a una rescisión por lesión de legítima en partición hereditaria-, o la STS, de 3 de julio de 2009,⁵⁴⁹ -referente a una transmisión mortis causa de acción de revocación de donación modal-

Volviendo a lo anterior, finalmente la Directiva 2008/52/CE se incorpora definitivamente al Derecho español mediante la LMACM). El legislador español ha regulado la mediación interna o doméstica y la relativa a los conflictos transfronterizos, sin distinguir según se trate de EEMM o terceros Estados.

En referencia a la LMACM, se trata de una ley estatal que tiene como título competencial, la exclusividad del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el art. 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución.⁵⁵⁰ Comporta un régimen aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, circunscrita al ámbito civil y mercantil y que pretenda tener un efecto vinculante en nuestro país.⁵⁵¹ Se configura como un instrumento eficaz cuando el conflicto jurídico afecte a derechos subjetivos de carácter disponible y respetando las previsiones establecidas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002.⁵⁵²

Los casos materiales que podrá resolver la mediación serán pues, civiles o mercantiles, siempre que afecten a derechos y obligaciones disponibles para las partes en virtud de la legislación

⁵⁴⁹ STS 1^a, de 3 de julio de 2009, T S (Sala de lo Civil, Sección 1^a), sentencia núm. 537/2009 de 3 julio. [Roj 2009/5491]. [...] «Se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general [...] podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica».

⁵⁵⁰ Disposición adicional quinta LMACM.

⁵⁵¹ Excluye de su ámbito de aplicación la mediación penal, con las Administraciones Públicas, laboral y en consumo. Artículo 2.2 LMACM. No se incluye la mediación en materia de consumo, al igual que ocurría en la Directiva transpuesta, puesto que dicha mediación implica unas especificidades que requieren una regulación especial. A este respecto, la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo fue el primer impulso que la Unión Europea aportó a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo

(<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:ES:NOT>). Como resultado de todo ello, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (RAL) OJ L165/63 y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. En general *vid.* CORTES, P. “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, InDret, 2015, disponible en http://www.indret.com/pdf/1186_es.pdf

⁵⁵² Aprobada por la CNUDMI el 24 de junio de 2002.

aplicable.⁵⁵³ Así, cuando sea aplicable la ley estatal, la mediación no entrará a resolver materias no disponibles por las partes, fundamentalmente: derechos de menores o incapaces, cuestiones de filiación o algunas cuestiones de Derecho de familia.⁵⁵⁴

La LMACM, que pretende el establecimiento de un marco homogéneo en todo el Estado, se articula sobre tres ejes fundamentales que se despliegan en la Exposición de Motivos, en concreto, la «desjudicialización» de determinados asuntos, la «deslegalización» y la «desjuridificación».⁵⁵⁵ Es interesante el cambio de paradigma cuando lo habitual en las sociedades modernas había sido hasta el momento precisamente lo contrario, esto es, la “judicialización” de los conflictos, mediante una cultura absolutamente litigiosa.⁵⁵⁶

Conviene comentarlos brevemente. Respecto al primero de ellos, la desjudicialización de asuntos concretos, implica el reconocimiento de la posibilidad de que las partes en un conflicto puedan alcanzar una solución mucho más adaptada a sus necesidades e intereses de la que podría derivarse de los tribunales⁵⁵⁷. No van a ser sujetos pasivos de la acción de la justicia, ni de la Ley, porque donde las partes están de acuerdo no hay necesidad de juez (*ubi partes sunt concordés, nihil abiudicem*), ni de árbitro.⁵⁵⁸

En consecuencia, la pérdida del papel central que la ley pudiera tener en beneficio del principio dispositivo que rige las relaciones objeto del conflicto, nos conduce a la deslegalización o segundo eje de la mediación,⁵⁵⁹ que permite a las partes, a través de la negociación, la adopción de

⁵⁵³ Artículo 2.1 Directiva 2008/52/CE.

⁵⁵⁴ RODRÍGUEZ BENOT, A. y YBARRA BORES, A., “Introducción: La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las competencias autonómicas”, en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 89.

⁵⁵⁵ Véase la Exposición de Motivos de la LMACM.

⁵⁵⁶ Este fenómeno en EE.UU se denominó «*litigation explosion*» o «*hyperlexis*» en referencia al notable número de demandas judiciales interpuestas en este país. Véase el análisis al respecto de MACHO GÓMEZ, C.: “Origen y evolución de la mediación.....*op.cit.*”, pp. 939.

⁵⁵⁷ *Ibid.* pp. 939. Por el contrario, la paulatina formación de esta cultura litigiosa en la ciudadanía, la intensa actividad reguladora de los Estados, junto con el desarrollo social, cultural y económico alcanzado en los últimos tiempos, ha provocado la llamada «jurisdiccionalización» o «hiperjudicialización» de las sociedades occidentales contemporáneas.

⁵⁵⁸ ARTEAGA VIOQUE.B.: “La mediación, el futuro. Desjudicialización de los conflictos”, *El Notario del Siglo XXI*, num.10, 2006, <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/2682-la-mediacion-el-futuro-desjudicializacion-de-los-conflictos-0-7294836675091495>.

⁵⁵⁹ Solo el futuro nos confirmará si realmente se está produciendo o simplemente se queda en meras declaraciones de intenciones.

acuerdos. Son las partes las protagonistas del proceso de mediación, careciendo el mediador de ninguna capacidad de decisión en relación al mismo.⁵⁶⁰

El tercer eje, la denominada desjuridificación, hace referencia a la posibilidad de que las partes en conflicto puedan alcanzar un acuerdo sin que este deba cumplir unos requisitos especiales de forma, de tal modo no se determina de forma necesaria el contenido del “acuerdo restaurativo o reparatorio”. Sin embargo esto no implica una falta de regulación total, ya que como veremos posteriormente es posible el reconocimiento del acuerdo de mediación como título ejecutivo mediante su ulterior elevación a escritura pública y cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales.

En cuanto al articulado de esta Ley, conviene señalar su estructura en cinco Títulos.

En el Título I, relativo a las disposiciones generales, se regula el ámbito material y espacial de la norma, su aplicación a los conflictos transfronterizos, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, así como las instituciones de mediación.

El Título II enumera los Principios Informadores de la mediación, esto es, principio de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, esto es, la buena fe, el respeto mutuo y el deber de colaboración y apoyo al mediador.

El Título III contiene el estatuto mínimo del mediador, con la determinación de los requisitos que deben cumplir y de los principios de su actuación. Para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de Conducta Europeo para Mediadores, que analizaremos posteriormente.

El Título IV regula el Procedimiento de Mediación. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta

⁵⁶⁰Para profundizar en la perspectiva histórica véase LÁZARO GUILLAMÓN, MDC. y ZAMORA MANZANO, J.L.: “Algunas consideraciones sobre la mediación perspectiva histórica y *on line dispute resolution*”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 24, 2015, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=5689>

institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto.

El Título V establece el Procedimiento de Ejecución de los Acuerdos, ajustándose a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo.

Las Disposiciones Finales cohesionan la regulación con el encaje de la mediación con los procedimientos judiciales,⁵⁶¹ y se operan una serie de modificaciones de carácter procesal que facilitan la aplicación de la mediación dentro del proceso civil.⁵⁶²

En este sentido, se regula así la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, así como la posibilidad de que sea el juez el que invite a las partes a llegar a un acuerdo y, a tal fin, se informen de la posibilidad de recurrir a la mediación. Por otro lado, se prevé la posibilidad de interponer una declinatoria frente al incumplimiento de los pactos de sometimiento a mediación, o frente a la presentación de una demanda estando en curso la misma.

No obstante, en la LMACM existen algunos aspectos sin regulación. Con el objeto de desarrollar cuatro cuestiones esenciales, en concreto la formación y publicidad de los mediadores e instituciones de mediación, el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, se publica el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.⁵⁶³

Esta norma establece la necesidad de una formación específica para ejercer la actividad de mediación que proporcione a los mediadores «conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, concretándose en el marco jurídico, los aspectos psicológicos,

⁵⁶¹ También son reformadas la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación («BOE» núm. 70, de 23/03/1993) y la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales («BOE» núm. 40, de 15/02/1974) para incluir entre sus funciones, junto al Arbitraje, la Mediación, permitiendo así su actuación como Instituciones de mediación.

⁵⁶² La Ley de Enjuiciamiento Civil se modifica afín de incluir el acuerdo de mediación dentro de los títulos que dan derecho al despacho de la ejecución.

⁵⁶³ «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos».⁵⁶⁴

Así se crea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación (en adelante, el Registro), cuyo fin de facilitar la publicidad y la transparencia de la mediación.⁵⁶⁵ La inscripción en el Registro es voluntaria para mediadores e instituciones de mediación, con la excepción de los mediadores concursales.⁵⁶⁶

Igualmente desarrolla la obligación de aseguramiento que la LMACM impone en su artículo 11.3 a los mediadores, articulada a través de un contrato de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente a fin de cubrir los daños y perjuicios derivados de su actuación.

Dada la multiplicidad de leyes de mediación vigentes en España, es necesario determinar cuál de todas las leyes autonómicas que coexisten en el Estado junto a la propia LMACM es aplicable a un procedimiento de mediación, teniendo en cuenta las diferencias que cada una de ellas contiene.⁵⁶⁷

En referencia a la ley aplicable al procedimiento de mediación, en España sí se regula las condiciones en las que los mediadores pueden ejercer su labor y los requisitos específicos para

⁵⁶⁴ Artículos 3 y 4 RD Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁵⁶⁵ Artículo 8 RD 980/2013. El Registro de mediadores es una base informatizada, de acceso gratuito a través de la web del Ministerio de Justicia, que proporciona datos de los mediadores profesionales y de las instituciones de mediación que operan en España.

⁵⁶⁶ La Ley 14/2003, conocida como Ley de emprendedores, introdujo un novedoso procedimiento pre-concursal denominado «acuerdo extrajudicial de pagos», cuya regulación se incluye en el Título X de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (LC), (arts. 231 a 242) («BOE» núm. 164, de 10/07/2003). Este procedimiento se entiende como una «desjudicialización de la fase común del concurso», cuya competencia es atribuida a un profesional experto en la materia denominado mediador concursal, que tiene como finalidad la consecución de la aprobación de un acuerdo de pagos viable que permita la supervivencia de la empresa. Se trata de una persona física que, debe reunir forma concurrente los requisitos establecidos para ser mediador y los exigidos por el artículo 27.1 LC para ser administrador concursal. Puede ser designado como tal por notarios o registradores mercantiles en los acuerdos extrajudiciales de pagos a que se refiere el Título X de la Ley Concursal. También pueden ser mediadores concursales las personas jurídicas siempre que actúen en la mediación concursal mediante una persona física que reúna las anteriores condiciones. Realmente, pese a la denominación, no consideramos que se trate de un mediador, ya que su misión es esencialmente activa, esto es, confeccionar un plan de pagos, con el consentimiento del deudor, que debe remitir a los acreedores, contemplando una serie de quitas y esperas. No obstante, la ley exige formación específica como mediador y la inscripción en el Registro resulta obligatoria.

⁵⁶⁷ A este respecto véase FONT I MAS, M.: «La ley de mediación aplicable en supuestos internacionales e interregionales», pp. 91 y ss. en *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo...*, op.cit. pp. 91 y ss.

realizarla. Conviene aclarar en qué supuestos se empleará la ley estatal o las diferentes leyes autonómicas. A tenor del artículo 2 de la LMACM, recordemos de aplicación territorial en todo el Estado, se aplicará cuando las partes se hayan sometido a la misma de forma expresa o tácita, lo que implica su utilización siempre en los territorios en los que no exista una ley autonómica de mediación o en aquellos que, pese a la presencia de ley específica, las partes elijan expresamente la aplicación de la Ley 5/2012.

Pero estos posibles conflictos positivos de leyes no se contemplan en la LMACM que no señala nada al respecto. ¿Es posible que sobrevengan? Podría entenderse que no es posible ya que las partes al elegir realizar una mediación en un territorio concreto o acudir a un centro de mediación que se encuentra en una determinada CCAA, implícitamente están eligiendo la ley que quieren que se aplique a su mediación, salvo que expresamente señalen la aplicación de la ley estatal. En el supuesto de mediaciones intrajudiciales, el mediador se determina según el partido judicial en el que residen las partes o el más próximo territorialmente, de modo que la ley de mediación aplicable también se determina según el criterio territorial y personal. En opinión de Font i Mas, la elección actuaría como una sumisión, de contenido similar a la elección expresa de foro, sumisión que incluiría la ley de mediación que regula el procedimiento y la eficacia del acuerdo alcanzado, llegando a la conclusión, de que teniendo las partes residencias habituales en distintos territorios autonómicos podrían optar entre una de las dos leyes autonómicas o bien, por la ley estatal. Siguiendo al Prof. Esplugues Mota “Serían ellas las que de forma expresa o tácita manifestarían su aplicación [se refiere a la LMACM]. En el ámbito de los litigios transfronterizos – y, de forma estricta, también en los domésticos- ello supondría aceptar un muy alto grado de deslocalización de mediación (...).⁵⁶⁸

10. Estonia

Estonia fue uno de los primeros Estados miembros de la UE en aplicar las normas de la UE sobre legislación nacional. El 18 de noviembre de 2009, el Parlamento de Estonia aprobó Ley de Conciliación con el fin de aplicar la Directiva.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ ESPLUGUES MOTA, C.: “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 136, 2013, pp. 165-199. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/.../6154>

⁵⁶⁹ Conciliation Act (Passed 18.11.2009) en vigor desde el 1 de enero de 2010. Disponible en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/estonia-conciliation-act-2010.pdf>

Según la legislación de Estonia, la mediación es generalmente voluntaria. No obstante, el artículo 11 de la Ley de Conciliación establece que la mediación puede ser una condición previa obligatoria para los procedimientos judiciales cuando tal condición previa está expresamente establecida en la ley. Además, una vez iniciado un procedimiento judicial, el juez intentará que las partes lleguen a un acuerdo. Para tal fin, el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil establece que el tribunal puede solicitar la asistencia de un mediador. Si bien no hay ninguna regla obligando a las partes a mediar ante los procedimientos judiciales, se trata de un estímulo para las partes y sus representantes legales.

En Estonia, los requisitos para hacer cumplir un acuerdo de mediación dependen de quién realiza el papel de mediador. Si el contrato de mediación es concluido por un notario o un abogado, el acuerdo de mediación es ejecutable si está autorizado por un tribunal de condado. Si el acuerdo se refiere a una reclamación de propiedad, junto con la obligación del deudor de otorgar el consentimiento para su ejecución inmediata, será autenticado por un notario según el procedimiento previsto en la Ley Notarial.

11. Finlandia

La ley de transposición de la Directiva 2008/52/CE data de 2011,⁵⁷⁰ *Act on mediation in civil matters and confirmation of settlements in general courts* (394/2011) y es el marco legislativo para la mediación en asuntos civiles y comerciales en Finlandia. Su ámbito de aplicación es más amplio ya que se aplica tanto a las controversias transfronterizas como domésticas.

La mediación extrajudicial se lleva a cabo conforme a las reglas de mediación de la Asociación de Abogados de Finlandia (FBA), siendo un procedimiento absolutamente confidencial. Por el contrario, en la mediación intrajudicial los procedimientos son públicos lo que ha causado cierto malestar y polémica. La gestión de los servicios de mediación adscritos a los órganos jurisdiccionales corresponde a los tribunales de primera instancia, ya que éstos son los que pueden

⁵⁷⁰ Act on mediation in civil matters and confirmation of settlements in general courts (394/2011) ('the Mediation Act') Entro en vigor el 21 de mayo de 2011. *Laki riita—asioiden sovittelusta ja sovinnon vahvistamisesta yleisissä tuomioistuimissa / Lag om medling i tvistemål och stadfästelse av förlikning i allmänna domstolar* 394/2011, *Suomen Säädoskokoelma* (SK) (Official Journal) of 5.5.2011.

decidir sobre el recurso a la mediación en los asuntos civiles.⁵⁷¹ La finalidad de esta institución es ayudar a las partes en conflicto a encontrar una solución aceptable para ambas.⁵⁷²

La mediación se utiliza tanto en causas civiles como penales, aunque especialmente en asuntos civiles, principalmente en los de menor cuantía.⁵⁷³ Se exigen como requisitos previos que el asunto sea susceptible de mediación y que resulte apropiado recurrir a ésta teniendo en cuenta las pretensiones de las partes. La mediación puede ser solicitada por una o por ambas partes, con carácter previo al procedimiento judicial, no obstante, para iniciar la mediación se requiere el consentimiento de todos ellos. La solicitud, por escrito, debe indicar el objeto del conflicto y las discrepancias en las posiciones de las partes, exponiendo asimismo los motivos por los que se considera que el asunto es susceptible de mediación.

Las oficinas de mediación son las competentes para recibir las peticiones correspondientes y para colaborar con los distintos órganos de la Administración durante todo el proceso. Cada caso de mediación se asigna a un mediador voluntario, elegido por los profesionales que trabajan en la oficina. Los mediadores intervienen en los procedimientos y en los trámites pertinentes en coordinación con la oficina de mediación, cuyo personal les ofrece orientación y supervisa la realización de sus tareas.

La mediación supone para las partes en conflicto un coste inferior al de un proceso judicial. Cada una de las partes paga únicamente sus propios costes y no los de la parte contraria. Si lo desean ambas, puede contratarse a un letrado asesor. También cabe la posibilidad de solicitar la ayuda de alguna oficina de asistencia jurídica gratuita.

En la mediación judicial, un juez del tribunal de primera instancia hace las funciones de mediador. De hecho, la mediación en conflictos es una de las tareas habituales de cualquier juez. Cuando el caso exija conocimientos específicos sobre un tema determinado, el mediador, con el consentimiento de las partes, podrá contratar a un asesor, cuyos honorarios correrán por cuenta de las partes. La mediación judicial está sujeta al pago de una tasa, al igual que los restantes asuntos tramitados por los tribunales.

⁵⁷¹ Puede obtenerse información relativa a los tribunales de primera instancia en el sitio web del Ministerio de Justicia finlandés. Disponible en <https://oikeus.fi/fi/>. Para mayor profundidad véase <https://oikeus.fi/fi/index/esitteet/riidansovittelutuomioistuimessa.html> [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁵⁷² Por este motivo, los resultados que se obtienen con la mediación suelen basarse más en lo que pueden conseguirse razonablemente, dadas las circunstancias, que en la aplicación estricta de la ley.

⁵⁷³ No todos los asuntos de menor cuantía se someten a mediación. Para las reclamaciones de los consumidores existe una Junta de Reclamaciones de Consumo.

En Finlandia existe un Código nacional de buenas prácticas para mediadores, además de otros códigos sectoriales (p.ej. para determinados ámbitos especializados, como la mediación en asuntos relacionados con el derecho de familia, con la sanidad y con la construcción).

En los asuntos penales existe un procedimiento específico para la mediación.⁵⁷⁴ La mediación es gratuita en las causas penales. De este modo, la víctima de un delito y el imputado pueden valorar con ayuda de un mediador imparcial los perjuicios mentales y materiales infligidos y acordar medidas para el resarcimiento de los daños (Ley 1016/2005).

12. Francia

En Francia, la mediación tiene su origen en el ámbito familiar.⁵⁷⁵ En 1989, con el objetivo de su promoción, tanto a nivel francés como europeo, se funda la *Association pour la promotion de la Médiation Familiale* (APMF)⁵⁷⁶ y tres años más tarde, en 1991, nace el *Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale* (CNASMF).⁵⁷⁷ En esta misma línea, el Gobierno francés, preocupado por el gran número de divorcios planteados ante los tribunales, y con el fin de avanzar hacia su implantación en el ordenamiento jurídico⁵⁷⁸ crea en 1994, la *Conférence nationale de la famille*.⁵⁷⁹

⁵⁷⁴ En las causas civiles, a excepción de las resultantes de demandas de indemnización por daños provocados por infracciones penales, únicamente cabe la mediación cuando el asunto sea de pequeña cuantía, teniendo en cuenta su naturaleza y las pretensiones de las partes. Por lo demás, se aplica, en lo que proceda, la normativa sobre conciliación en las causas penales.

⁵⁷⁵ En Francia la mediación familiar se implanta y se desarrolla en los años 80, a partir de la experiencia de Québec (Canadá), en concreto en 1986, cuando un equipo de consejeros matrimoniales y terapeutas se formaron en mediación por el Instituto de Mediación Familiar de Montreal. Por tanto se inició como una práctica privada en el seno de asociaciones preocupadas por asuntos familiares, igual que en el Reino Unido. *Report Mediation - Fédération des Barreaux d'Europe*, 2016, pp.31. www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Mediation_ES-7.pdf [Fecha de consulta: 05/03/2017].

⁵⁷⁶ Disponible en www.apmf.fr [Fecha de consulta: 14/01/2017].

⁵⁷⁷ Disponible en <https://www.sigles.net/sigle/cnasmf-comite-national-des-associations-et-services-de-mediation-familiale> [Fecha de consulta: 10/01/2017].

⁵⁷⁸ La mediación familiar se contempla en la Ley de 4 de marzo de 2002 sobre la autoridad parental y el (artículo 373-2-10 del Código Civil (introducido por la Ley nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 5 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002) que dispone que “En caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una medida de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. Podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida”) y la ley de 26 de marzo de, 2004, relativo al divorcio (Ley nº 2004-439 de 26 de mayo de 2004 art. 10 I, art. 12 I, III Diario Oficial de 27 de mayo de 2004 en vigor el 1 de enero de 2005 (que introduce el art. 255 del Código Civil).

⁵⁷⁹ Puede visitarse en <http://www.unaf.fr/spip.php?rubrique630> [Fecha de consulta: 10/01/2017].

En materia civil, Francia fue pionera en la regulación legal de la mediación. Su régimen jurídico se encuentra configurado por la *Loi* n° 95-125 de 8 de febrero de 1995,⁵⁸⁰ relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo y su decreto de aplicación *Décret* n° 96-652 de 22 de julio de 1996,⁵⁸¹ relativo a la conciliación y a la mediación judicial. Esta ley introdujo la mediación como un ADR, en el Código de Procedimiento Civil, reconociendo y generalizando una práctica desarrollada años antes, y en paralelo a la conciliación, diferenciándola porque en aquella debe intervenir necesariamente un tercero.⁵⁸² Fue la Corte de Casación la que permitió la introducción de la mediación, como medio alternativo de resolución de diferencias, al sentar el principio según el cual «la mediación, cuyo objeto es proceder a la confrontación respectiva de las partes en vista a lograr un acuerdo propuesto por el mediador, es una modalidad de aplicación del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil», que confiere al juez la misión de conciliar a las partes.

La *Ordonnance* 2011-1540 (Ordenanza n° 2011-1540), de 16 de noviembre de 2011,⁵⁸³ incorporó al ordenamiento jurídico francés la Directiva 2008/52/CE, y modificó la Ley de febrero de 1995 antes citada, con el fin de establecer un marco general para la mediación, extendiendo su aplicación no solo a las mediaciones transfronterizas, sino también a las mediaciones internas, salvo en el caso de los litigios surgidos en el marco de contratos laborales, así como en materia de Derecho administrativo. Regula el concepto de mediación, precisa las cualidades que debe reunir el mediador y recuerda el principio de confidencialidad de la mediación, esencial para el éxito de la misma. El recurso a la mediación está sujeto a la voluntariedad y al acuerdo previo de las partes. No obstante, cuando se presenta una demanda ante un tribunal, «el juez que conoce del asunto, tras

⁵⁸⁰ Ley N° 95-125 Ley de 8 de febrero de 1995, introdujo el Libro V en la Ley de Procedimiento Civil que lleva por título la «resolución amigable de diferencias. Artículos 21 a 26.

⁵⁸¹ Decreto de 22 de julio de 1996. Ambas normas supusieron la regulación de la mediación intrajudicial en los litigios civiles. *vid.* MACHO GOMEZ, C.: “*Origen y evolución de la mediación: el nacimiento...*” cit. pp. 973. Esta regulación no se refiere sólo a la mediación familiar, ni tampoco la incluye en toda su extensión, ya que queda fuera la mediación extrajudicial; pero ambos textos tienen una gran importancia en la medida en que indican al juez que puede intervenir de un modo distinto al de la resolución del caso mediante una decisión emanada de su autoridad, y aunque parten del consentimiento previo de las partes, otorgan al juez un enorme protagonismo. *Vid.* Report Mediation - Fédération des Barreaux d'Europe, 2016 www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Mediation_ES-7.pdf [Fecha de consulta: 05/03/2017].

⁵⁸² Véase para mayor profundidad sobre los orígenes de la mediación en los diferentes sectores en Francia Prof. Dr. NÚÑEZ OJEDA, R.: “*Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*”, Informe de Métodos alternativos, 2013, pp.82 disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf> [Fecha de consulta: 27/02/2017].

⁵⁸³ *Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la Directive 2008/52/EC du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.*

recabar el acuerdo de las partes, puede designar a un tercero para que las escuche y coteje sus puntos de vista con objeto de que puedan encontrar una solución al conflicto que las enfrenta».⁵⁸⁴

El Código de Procedimiento Civil ha sido modificado en varias ocasiones. El Decreto n° 2012-66, de 20 de enero de 2012, adoptado en aplicación de la Ordenanza de 16 de noviembre de 2011, introdujo el Libro V dedicado a la resolución amistosa de litigios,⁵⁸⁵ con objeto de precisar las normas aplicables a la mediación y la conciliación convencionales, así como las relativas al procedimiento participativo. A través de este Decreto, se establece que todos los acuerdos resultantes de un proceso de mediación, conciliación, o transacción, pueden adquirir fuerza ejecutoria mediante homologación judicial. Este libro V es la contrapartida de los Títulos VI y VI *bis* del Código de Procedimiento Civil, consagrados, respectivamente, a la conciliación y a la mediación judiciales.

En 2015, el artículo 56 del Código de Procedimiento civil fue reformado mediante el Decreto 2015-282 del 11 de marzo,⁵⁸⁶ con el objetivo de incentivar a las partes a recurrir a los ADR con carácter previo y preceptivo al acceso a la Jurisdicción. Esta previsión legal es interesante ya que, obliga al demandante, bajo sanción de nulidad, a indicar en la demanda los intentos previos o las diligencias llevadas a cabo para tratar de conseguir una resolución amigable de la controversia, salvo que justifique un motivo legítimo por motivos de urgencia, o por la materia objeto del litigio, en particular si afecta al orden público.⁵⁸⁷ De este modo, la «*assignation*» o acto procesal por el que el actor cita al demandado para que comparezca ante el tribunal, sólo será válido cuando

⁵⁸⁴ Artículo 131-1 Introducido por el art. 2 del Decreto n° 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996). Dispone que “El tribunal que conozca de un proceso, tras recabar el acuerdo de las partes, podrá designar a un tercero que escuche a las partes y confronte sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución a la controversia que les enfrenta. Esta potestad también está atribuida al juez competente para los *référé*s, durante la pendency del proceso.” Se señala expresamente que se puede acudir a la mediación incluso en el marco de un procedimiento de urgencia para hacer cesar una situación contraria a la ley, denominado «*en référé*», esto es, incluso si el proceso no ha comenzado y sólo se ha interpuesto medida prejudicial vid Prof. Dr. NÚÑEZ OJEDA, R.: “Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias”, Informe de Métodos alternativos, 2013, p. 84, disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf> [Fecha de consulta: 20/01/2017].

⁵⁸⁵ *Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends*

⁵⁸⁶ “*Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends*”, publicado por la Gaceta Oficial de Francia Núm. 0062 de 14 de marzo 2015. Entró en vigor el 1 de abril de 2015, y puede consultarse en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030348201&dateTexte=&categorieLien=id> [Fecha de consulta: 05/08/2015] [Fecha de consulta: 20/01/2017].

⁵⁸⁷ La reforma se materializa con la modificación de los artículos 55, 56, 58 y 127 del Código procesal civil francés en orden a acreditar el intento realizado por la parte actora para llegar a una solución amistosa de la controversia.

además de las menciones prescritas en términos generales para los actos del *«huissier de justice»*, se especifican y acreditan «los procedimientos realizados para llegar a una solución amistosa de la controversia». Al mismo tiempo, la reforma introduce la mediación en el artículo 127 del Código Procesal francés, facultando a los jueces para proponer a las partes la conciliación o la mediación «si no se justifica, al inicio del procedimiento y de conformidad con los artículos 56 y 58 los procedimientos realizados para llegar a un arreglo amistoso de la controversia».

En términos comparativos, el sistema francés es algo menos directivo que la fórmula utilizada por el legislador italiano que, como analizaremos a continuación, impuso la mediación previa obligatoria en determinados asuntos. No obstante, observamos idéntica finalidad, esto es, compeler a los ciudadanos a intentar una vía positiva de construcción de acuerdos que solucione las diferencias entre ellos, finalizando la controversia sin necesidad de utilizar el sistema judicial.

Esta reforma legislativa francesa se alinea con las conclusiones del Informe elaborado en 2014 para el Parlamento Europeo sobre la implementación de la mediación en los distintos países de la Unión Europea.⁵⁸⁸

De este modo, quien presenta la demanda debe justificar si ha acudido antes a mediación o ha intentado otros medios de solución de la controversia con la parte contraria, y esto determinará cuando menos que estos sistemas se utilicen previamente al proceso. Y de esa imposición generalizada se estiman dos consecuencias, en primer lugar la normalización en la utilización de estos sistemas para los abogados y seguidamente la reducción de conflictos que llegarán a los Tribunales ya que habrán sido resueltos o desactivado previamente. Si además esa actuación previa se sujeta a un efectivo control de los Tribunales podrá evitarse que se constituya en un mero trámite.

Respecto a las características generales de la mediación en Derecho francés, es posible recurrir a la mediación en todos los ámbitos, siempre que la mediación no atente contra lo que se denomina «el orden público de dirección». Por ejemplo, no es posible celebrar una mediación para eludir las normas imperativas del matrimonio o el divorcio. La mediación se ejerce sobre todo en los asuntos de familia y en los litigios de menor cuantía (procedimientos ante un juez de proximidad o un juez de un juzgado de primera instancia e instrucción, por mediación del conciliador).

⁵⁸⁸ «Rebooting» the mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, *op.cit.*

El proceso de mediación puede nacer por iniciativa consensuada de las partes en forma completamente ajena a un procedimiento judicial, - mediación convencional- o puede producirse en el marco de un proceso -mediación judicial-. No obstante, presentada una demanda ante un tribunal, «el juez que conoce del asunto, tras recabar el acuerdo de las partes, puede designar a un tercero para que las escuche y coteje sus puntos de vista con objeto de que puedan encontrar una solución al conflicto que las enfrenta».⁵⁸⁹

El juez también puede ordenar a las partes, sólo en el marco de la determinación del ejercicio de la patria potestad o de las medidas provisionales en materia de divorcio, que asistan a una reunión de información sobre la mediación, que es gratuita para las partes y no puede ser objeto de ninguna sanción particular.⁵⁹⁰

Respecto a los mediadores y su profesionalización, en Francia no existe una autoridad central o gubernamental responsable de regular la profesión de mediador, sin embargo existen algunas organizaciones no gubernamentales que desarrollan su actividad en diversos ámbitos, cabe citar la Asociación para la Mediación Familiar (APMF) que, en 2012, contaba con setecientos miembros, en su mayoría mediadores familiares,⁵⁹¹ la Federación Nacional de Asociaciones de Mediación Familiar (FENAMEF) que ofrece una lista de servicios de mediación,⁵⁹² la Federación de Mediadores y Asesores Liberales (FMCML) que agrupa a un centenar de peritos en diversos ámbitos (construcción, propiedad inmobiliaria, industria, servicios, comercio, asuntos sociales y fiscales, informática, medio ambiente, medicina y medicinas alternativas) y cuya actividad de mediación completa su labor de peritaje en diversos campos.⁵⁹³

La Federación Nacional de Centros de Mediación (FNCM) que, en 2012, agrupa a 79 centros de mediación de los colegios de abogados, distribuidos por regiones. Compuesta mayoritariamente por abogados, la FNCM cuenta con el apoyo del Consejo Nacional de Colegios

⁵⁸⁹ Artículo 131-1 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁹⁰ Artículos 255 y 373-2-10 del Código Civil.

⁵⁹¹ *Association pour la Médiation familiale*, dispone de un anuario de mediadores. puede consultarse en <http://www.apmf.fr/> Según datos del portal europeo de justicia.

⁵⁹² *Fédération Nationale de la Médiation et des Espaces familiaux*, Según datos del Portal Europeo de Justicia, en 2012, tenía más de 480 centros de mediación familiar. Pude visitarse en <http://www.mediation-familiale.org/> [Fecha de consulta: 05/08/2015].

⁵⁹³ Puede consultarse en :<http://www.mediateur.net/> [Fecha de consulta: 05/08/2015].

de Abogados (CNB) y tiene numerosos contactos en el mundo judicial. Su página web incluye un anuario.⁵⁹⁴ También es destacable el Instituto de Peritaje, Arbitraje y Mediación (IEAM) con profesionales del peritaje amistoso o judicial en diversos ámbitos.

Respecto a la regulación de la mediación, no existe un «código deontológico» de los mediadores a escala nacional. La Cámara de Comercio e Industria de París ha elaborado un código de buena conducta y se ocupa de su propia regulación.

El mediador familiar ejerce desde diversas estructuras: las asociaciones de carácter social o familiar, asociaciones familiares, servicios públicos o semi-públicos y como profesión liberal,⁵⁹⁵ los mediadores familiares se guían, por adhesión personal o por la del organismo que los emplea, por los códigos o cartas deontológicos de las dos asociaciones federadoras de los organismos de mediación familiar, la APMF Asociación para la Mediación Familiar y la FENAMEF Federación Nacional de Asociaciones de Mediación Familiar Estos códigos o cartas recogen las «normas deontológicas de la mediación familiar» adoptadas el 22 de abril de 2003 por el CNCMF. Así, tal como se indica en su página web, «la APMF promulga el Código deontológico de la profesión, que establece las normas éticas de la práctica profesional y las condiciones de ejercicio de la mediación familiar en Francia. El Código es vinculante para todos los profesionales». La Federación Nacional de Centros de Mediación FNCM adoptó, en marzo de 2008, un «código deontológico», basado en el «Código de conducta europeo para los mediadores».

En la actualidad, el Derecho positivo francés no exige ninguna formación especial para ejercer la mediación, salvo en materia familiar,⁵⁹⁶ en cuyo caso debe ser impartida por centros autorizados por la Dirección Regional de Sanidad y Asuntos Sociales (DRASS), con una formación de 560 horas lectivas distribuidas en tres años, con al menos 70 horas de prácticas, a cuyo término deben superar un examen.⁵⁹⁷

Respecto al coste, todas las mediaciones son retribuidas, pero en referencia a la mediación judicial la remuneración del mediador puede estar incluida en la asistencia jurídica gratuita. En

⁵⁹⁴ *Federation Nationale des centres de Mediation*. Dispone de unos Estatutos que pueden consultarse en <http://cnb.avocat.fr/Mediation/>. [Fecha de consulta: 05/08/2015].

⁵⁹⁵ *Diplôme d'état de médiateur familia* <http://vae.asp-public.fr/index.php?id=fr124> [Fecha de consulta: 05/08/2015].

⁵⁹⁶ Se creó un diploma de mediador familiar mediante Decreto de 2 de diciembre de 2003 y Ordenanza de 12 de febrero de 2004.

⁵⁹⁷ *Diplôme d'état de médiateur familial*, Para información adicional visítase <http://vae.asp-public.fr/index.php?id=fr128> [Fecha de consulta: 05/08/2015].

todos los casos, compete al juez fijar esa remuneración una vez concluida la mediación y previa presentación de una memoria o nota de gastos, determinando la provisión de fondos necesaria y la remuneración (artículos 131-6 y 131-3 del Código de Procedimiento Civil).⁵⁹⁸ A falta de una determinación precisa de las tarifas aplicables, el coste unitario de las prestaciones de mediación familiar es variable.

Por último cabe referirse a la fuerza ejecutiva del acuerdo alcanzado en una mediación. El artículo 111-3 1 del Código de Procedimientos Civiles de Ejecución dispone que tendrán carácter de título ejecutivo los acuerdos alcanzados en una mediación judicial o extrajudicial a los que los órganos jurisdiccionales civiles o administrativos confieran fuerza ejecutiva. En Francia, por ejemplo, el artículo 1441 del Código de procedimiento civil prevé que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez que el acuerdo sometido resulte ejecutivo. Entre la doctrina se discute si el acuerdo que es sometido a un juez para su “confirmación” adquiere el mismo valor que una homologación judicial y una sentencia.

En los casos de mediación extrajudicial, el artículo 1565 del Código de Procedimiento Civil prevé que al objeto de conferir fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado por las partes este puede ser sometido a homologación por el juez competente para conocer del litigio.

Cuando la mediación se produce en el marco de un proceso judicial, el artículo 131-12 del Código de Procedimiento Civil prevé que, a petición de las partes, el juez del litigio homologará el acuerdo que estas le sometan.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ Artículo 131-6 (Introducido por el art. 2 del Decreto nº 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996). “La resolución por la que se decreta la mediación hará referencia al acuerdo de las partes, designará al mediador y la duración inicial de su encargo e indicará la fecha en que el asunto habrá de ser retomado por el tribunal. En ella se fijará el importe de la provisión para hacer frente a la remuneración del mediador de la manera lo más ajustada posible a la que resulte previsible, y se designará a la parte o partes que habrán de consignar dicha provisión dentro del plazo que se fije; en caso de que se designara a varias partes, la resolución indicará la proporción en que habrá de proceder cada una a la consignación. En caso de no producirse la consignación, dicha resolución quedará sin efecto y el proceso proseguirá.

Artículo 131-3 (Introducido por el art. 2 del Decreto nº 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996) La duración inicial de la mediación no podrá ser superior a los tres meses. El encargo podrá ser prorrogado en una sola ocasión, por la misma duración, a solicitud del mediador.

⁵⁹⁹ Artículo 131-12 (Introducido por el art. 2 del Decreto nº 96-652 de 22 de julio de 1996, Boletín Oficial de 23 de julio de 1996) A petición de las partes, el tribunal homologará el acuerdo que éstas le sometan. Esta homologación tendrá la consideración de un acto de jurisdicción voluntaria.

https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1975/13787/version/3/.../Code_45.pdf [Fecha de consulta: 05/08/2015].

Para Casaux-Labrunée,⁶⁰⁰ «el rol de los jueces es crucial en la propagación de la cultura del reglamento de métodos alternativos de resolución de conflictos». Afirma que los “jueces y magistrados están convencidos de las ventajas que revisten los métodos alternativos para la resolución de conflictos y comparten la necesidad de impulsar la cultura profesional en materia de conciliación y mediación». Casaux-Labrunée ofrece datos obtenidos en un juzgado de Toulouse. En cinco años, de los 2.052 nuevos expedientes, se han podido tramitar 926, de los cuales se han realizado 187 procesos de mediación (un 20% de los tramitados). De ellos, 73 han llegado a un acuerdo, 90 no han llegado a un acuerdo, 14 están en proceso y 10 han caducado, lo que supone un 45% de éxito en las mediaciones.

Entre los obstáculos a superar, Casaux-Labrunée destacó la ausencia de continuidad de métodos alternativos de resolución de conflictos, las reticencias de determinados profesionales (abogados, jueces y magistrados), la falta de información de los justiciables y resistencias culturales. Para mejorar en este ámbito, puntualizó que deberíamos «informar a los justiciables, formar a los profesionales, formar y profesionalizar a los mediadores y realizar una lista de mediadores antes de 2018».⁶⁰¹

13. Grecia

La transposición de la Directiva 2008/52/CE fue realizada en Grecia mediante la Ley 3898/2010,⁶⁰² tanto para la regulación de los litigios transfronterizos como internos. En virtud de dicha Ley, las diferencias en el ámbito del Derecho privado, siempre que se trate de materias de libre disposición, pueden someterse a mediación con el acuerdo de las partes antes o después de un proceso judicial. Igualmente el tribunal que conoce de un asunto, teniendo presentes todas las circunstancias, puede solicitar a las partes que recurran a la mediación; en este caso, sí están de acuerdo, el tribunal debe aplazar la vista entre tres y seis meses. También se contempla que un tribunal de otro Estado miembro ordena la mediación, o la ley exige que haya mediación.⁶⁰³

⁶⁰⁰ Según explica CASAUX-LABRUNÉE, L.: *Jornada sobre mediación mercantil intrajudicial* en ESADE Law School, Abogacía Española, disponible en <http://www.abogacia.es/2017/01/25/jornada-sobre-mediacion-mercantil-intrajudicial-en-esade-law-school/> 25.1.17 [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶⁰¹ *Ibid.*...*op.cit.*

⁶⁰² Boletín Oficial, Serie A, nº 211, de 16.12.2010.

⁶⁰³ Datos del Portal Europeo de Justicia. [Fecha de consulta: 20/02/2017].

Con anterioridad a la Directiva 2008/52/Ce existían procedimientos de conciliación intra y extrajudicial, regulada por el Código de Enjuiciamiento Civil, aunque con utilización bastante escasa.

De conformidad con la Ley 3898/2010 el mediador debe ser un abogado que haya obtenido un certificado como mediador, otorgado por la Comisión de Certificación de Mediadores creada por la misma Ley, y supervisada por el Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos. El Departamento de abogados y procuradores de la Dirección General de Administración de Justicia del Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos es responsable de certificar a los mediadores y de adoptar los instrumentos administrativos necesarios al efecto.⁶⁰⁴ Esta certificación se expide al término de un proceso de examen ante una junta examinadora de la que forman parte dos miembros de la Comisión de Certificación de Mediadores y un funcionario judicial. El mismo Departamento se encarga de elaborar las listas de las entidades autorizadas para formar mediadores y de distribuir las a los tribunales. Las listas de mediadores certificados pueden consultarse en la página web del Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos.

La mediación está prevista en el ámbito del Derecho civil y mercantil, laboral y en el de la resolución de litigios de los consumidores, en los casos en que hay víctimas de violencia.

La Orden 109088 del Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos determina los requisitos específicos para la acreditación de los mediadores, así como el procedimiento para el reconocimiento de los certificados expedidos en otros Estados miembros de la Unión Europea.⁶⁰⁵ Establece el código deontológico al que deben atenerse los mediadores acreditados, así como los requisitos específicos para la imposición de sanciones por su infracción. La imposición de sanciones debe ser previamente aprobada por la Comisión, y consiste en la retirada provisional o definitiva del certificado.

En el procedimiento de mediación, todas las partes o su representante legal si se trata de una persona jurídica, deben comparecer con su abogado. El mediador es designado por las partes o por una tercera persona de su elección. El procedimiento de mediación se determina por el mediador de acuerdo con las partes, que pueden ponerle fin cuando lo consideren oportuno. Es un

⁶⁰⁴ Véase en general ORFANO, M.: “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2011, www.riedpa.com.

⁶⁰⁵ Para que se efectúe este reconocimiento, así como para la retirada provisional o definitiva del certificado, se exige el consentimiento previo de la Comisión de Certificación de Mediadores.

procedimiento confidencial que no queda registrado. El mediador puede comunicarse y entrevistarse en el marco de la mediación con cualquiera de las partes. La información que obtenga a través de estos contactos con una de las partes (caucus) no se notificará a la otra parte sin el consentimiento de la primera.

El mediador no está obligado a aceptar su nombramiento y, durante la mediación, únicamente se le puede hacer responsable de intención dolosa.

El ordenamiento jurídico griego destaca por su favorable posición respecto al *enforcement* de los acuerdos de mediación. En este sentido, el art. 9 de la Ley 3898/2010 dispone que en el caso de que las partes alcancen un acuerdo de mediación el mediador debe redactar un acta en la que debe figurar necesariamente: (i) el nombre completo del mediador, (ii) el lugar y la hora en la cual se llevó a cabo el acuerdo de mediación, (iii) los nombres completos de las partes, (iv) el acuerdo previo en que se basó la mediación y (v) el acuerdo de mediación. Tras la finalización del acuerdo de mediación, éste es firmado por el mediador, las partes y sus abogados. A solicitud de cualquiera de las partes el mediador debe asegurarse de que el original de este documento se deposite en la secretaría del juzgado de primera instancia de la región en la que se llevara a cabo la mediación⁶⁰⁶. Desde el depósito y siempre que las partes hayan alcanzado un acuerdo el acta de mediación tiene carácter ejecutivo de conformidad con el artículo 904, apartado 2, párrafo tercero, del Código procesal civil.

Por el contrario si la mediación ha resultado fallida, el acta puede ser únicamente firmada por el mediador.⁶⁰⁷

El recurso a la mediación conforme a lo dispuesto en la legislación interrumpe la prescripción y el plazo de caducidad para la ejecución de los derechos, mientras dura el proceso de mediación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 261 y siguientes del Código Civil, los plazos de prescripción y de caducidad interrumpidos empiezan a contarse de nuevo a partir del momento en que se redacta el acta en la que consta que su intento ha sido fallido, bien por abandono de alguna o todas las partes, por retirada del mediador o por cualquier otra causa de suspensión.

⁶⁰⁶ El depósito exige el pago de una tasa, cuyo importe y ajustes determinan de común acuerdo el Ministerio de Economía y el Ministerio de Justicia, Transparencia y Derechos Humanos.

⁶⁰⁷ Datos del Portal europeo de justicia. [Fecha de consulta: 20/03/2017].

Los mediadores reciben unos honorarios por hora hasta un máximo de 24 horas, incluido el tiempo que necesitan para prepararse antes de iniciar el procedimiento. Las partes y el mediador pueden convenir otras modalidades de retribución, que en cualquier caso se reparten equitativamente entre las partes, salvo pacto en contrario. Cada uno de ellos se encarga de la remuneración de su abogado.

Respecto a instituciones de mediación, destacan el Centro Griego de Mediación y de Arbitraje,⁶⁰⁸ fundado en 2006 y la Asociación Griega de Mediadores⁶⁰⁹ que desde 2009 intenta reunir las personas activas en el ámbito de la mediación en Grecia.

14. Holanda

Holanda, es uno de los países que más ha desarrollado la mediación. La mediación y el arbitraje se introdujeron y potenciaron en el ámbito privado debido a la influencia del comercio y de los negocios internacionales, y viene funcionando bajo el sistema contractualista privado, es decir, las partes pactan el propio proceso en cada caso.

Ante la expansión de la mediación en diferentes ámbitos y conflictos, un grupo de abogados y profesores de Universidad decidió crear, en 1993, el denominado *Nederlands Mediation Instituut*, (en adelante NMI).⁶¹⁰ Este organismo independiente, que tiene como objetivo el fomento de la mediación en los Países bajos y mejorar la calidad de los servicios de los mediadores, se convirtió rápidamente en el epicentro de la mediación en Holanda y es la fundación de mayor prestigio en el ámbito de la resolución de conflictos extrajudicial. En la actualidad se denomina *Mediators Federatie Nederland* (NMF).⁶¹¹

La Ley que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles es de noviembre de 2012,⁶¹² si bien la misma solo se aplica a los conflictos internacionales. Esta norma se completa con algunas normas específicas, como los artículos 900-906 del Código Civil, en los que se regulan

⁶⁰⁸ Puede consultarse en: www.hellenic-mediation.gr [Fecha de consulta: 20/03/2017].

⁶⁰⁹ Puede consultarse en: www.diamesolavisi.com [Fecha de consulta: 20/03/2017].

⁶¹⁰ *Netjerlands Mediation Instituut*, Instituto Neerlandés de Mediación, colaboró con el gobierno holandés para fomentar la mediación.

⁶¹¹ Puede visitarse en <https://mfregister.nl/>

⁶¹² *Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken)*, *Staatsblad* (Official Journal) n. 570, de 20.12.2012.

los acuerdos (*vaststellingsovereenkomst*), en el Libro 7, Título 15,⁶¹³ así como los artículos 815 a 818 del Código Procesal, que se refieren al proceso de divorcio, así como en los supuestos de las acciones colectivas reguladas en los artículos 1013-1018.⁶¹⁴

El NMF gestiona un Registro nacional de mediadores, es administrado y mantenido por la Fundación para Mediadores de Calidad (SKM), en el que solo figuran los mediadores cualificados.⁶¹⁵ Estos mediadores deben haber realizado una formación básica de mediación que satisfagan los requisitos de calidad del SKM y reconocida por el NMF, debiendo aprobar un examen teórico y una evaluación. Los mediadores inscritos en el NMF tienen la obligación de actualizar sus conocimientos y cualificaciones, cada tres años. Registro de mediadores pluridisciplinar (solo un 12% de abogados y el resto procedentes de diversas profesiones, con un perfil de edad alto, entre 45 y 55 años, en la que figura la experiencia, profesionalidad y características del mediador y en la que solo pueden inscribirse profesionales debidamente formados (necesaria la acreditación de 9 co-mediaciones) y en la que es necesario la actualización y revisión por pares cada tres años.⁶¹⁶

No existía legislación previa a la Directiva 52/2008/CE, de tal modo que se permitía una autorregulación de los profesionales, al mismo tiempo que los jueces disponían de una considerable agilidad y podían fijar los plazos consultando con los mediadores. Se impartían cursos de formación a los jueces para que estos estuviesen capacitados e informados de la viabilidad de los asuntos mediables para, posteriormente, derivar a mediación.

En Holanda la mediación siempre se permite y se utiliza ante todo en materia de Derecho civil y Derecho público, pudiéndose destacar dos diferentes vías: la de la mediación privada y la de la mediación derivada por el tribunal.

Ha tenido un gran desarrollo la «evaluación neutral de experto», que es similar al arbitraje no vinculante que se conoce en EE.UU. En este sistema las partes acuerdan someter a un perito

⁶¹³ *Burgerlijk Wetboek*, disponible en <http://wetten.overheid.nl/zoeken/> [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶¹⁴ *Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, disponible en <http://wetten.overheid.nl/zoeken/> [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶¹⁵ El Registro (NMF), antiguo NMI, recoge información independiente sobre la mediación, mediadores y su ámbito de actuación de los Países Bajos, de modo que los interesados realicen sus búsquedas utilizando los criterios que más se ajusten a sus necesidades. El registro puede consultarse en <https://mfregister.nl/> [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶¹⁶ Para más información véase <https://mfregister.nl/>. En el mismo sentido ÁLVAREZ TORRES. M., GIL VALLEJO, B. MORCILLO JIMÉNEZ. J.J.: “*Mediación civil...*”, *op.cit.*, pp.23.

experto sus diferencias pero, al mismo tiempo, pactan que si la opinión que finalmente exprese no es aceptada voluntariamente por las dos partes el peritaje se tendrá por no realizado, como si nunca hubiera existido, por lo que no podrán en ningún caso hacerlo valer, ni proponer al perito como testigo en el ulterior proceso contencioso.

En el ámbito de los tribunales de justicia el proyecto nacional de mediación en los tribunales se puso en marcha en el año 2000. El 1 de octubre de 2005 se publicó la ley que creó la «Oficina Nacional de Mediación Judicial» por el Parlamento, y desde el 1 de abril de 2007 está plenamente operativa en todos los tribunales.⁶¹⁷

Los Países Bajos también han puesto en marcha una iniciativa de mediación judicial, denominada *Mediation naast rechtspraak*. Esto implica que el juzgado de distrito o el tribunal de apelación que entienda de su asunto le comunicará la posibilidad de optar por la mediación.⁶¹⁸ Puede hacerlo por escrito, en cuyo caso ambas partes recibirán una carta con un folleto informativo, la autoevaluación para la mediación y un formulario de respuesta. O bien, el juez puede indicar en la vista que su asunto puede ser objeto de mediación y proponer esta opción a ambas partes. Los interesados pueden igualmente acudir al funcionario de mediación por su propia iniciativa. Todos los juzgados de distrito y tribunales de apelación cuentan con un funcionario de este tipo que puede responder a sus preguntas, presentar su propuesta de mediación a la otra parte, ayudar a las partes a encontrar el mediador adecuado y concertar la primera reunión.⁶¹⁹

En el ámbito civil los costes de la mediación son pagados por las partes, aun cuando tienen una subvención de 200 euros para quienes carezcan de recursos. El juez juega un papel importante, pues evalúa el caso y es él mismo el que propone a las partes que vayan a un proceso de mediación, explicándoles las ventajas que en su caso podrían obtener. Por esta razón es esencial que los jueces

⁶¹⁷ Se destaca que el sistema holandés de justicia ha experimentado desde 2002 un enorme cambio. Es el que está mejor valorado por los ciudadanos y por los profesionales del derecho en la Europa continental, con un 9 sobre 10. Los jueces son reclutados de diversas formas pero, como denominador común, lo son después de que acrediten sus conocimientos legales y su experiencia profesional como juristas por un periodo mínimo de seis años, e ingresan con la condición de «jueces en formación», realizando funciones de apoyo durante otros seis años Según datos en ORTUÑO MUÑOZ, P.: “Panorama de los medios alternativos...”, *op.cit.* ...pp. 33-43 [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶¹⁸ CONDE CARREÑO, S., BUSTILLO GUZMAN, J., y LARA NAJAR, D.: “La mediación en el ámbito del conflicto empresarial (*Business Dispute Resolution Through Mediation*)”, *Working Paper IE Law School* AJ8-206 03-10-2013, pp.16, disponible en:

<http://catedracervello.ie.edu/wp-content/uploads/sites/124/2013/11/AJ8-206.pdf>

⁶¹⁹ Puede consultarse en Portal Europeo de e- Justicia, [Fecha de consulta: 25/03/2017]:

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-nl-es.do?member=1

confíen en la calidad de los mediadores, y son los tribunales quienes certifican su capacitación, aun cuando son las partes quienes los eligen según su perfil, su disponibilidad, su experiencia, sus afinidades, el origen y recorrido profesional y su edad y sexo.

Es obligatorio que cada parte tenga su propio abogado durante el proceso de mediación.

Los datos publicados reflejan que en 2015 se han conseguido el 68% de acuerdos en procesos civiles, el 52% en familia, el 69% en conflictos laborales, el 59% en conflictos societarios, el 65% en procesos contra la administración pública y el 79% en procesos de carácter fiscal y tributario.⁶²⁰

15. Hungría

Ley LV de 2002 sobre la mediación (*a közvetítői tevékenységről szóló 2002. évi LV. törvény*), a Ley LV de 2002 sobre mediación cubre los procedimientos civiles y excluye la mediación en procesos de injurias, procedimientos contencioso-administrativos, procedimientos de custodia, procedimientos de anulación de la patria potestad, procedimientos de ejecución, procedimientos de determinación de la paternidad o la ascendencia y recursos constitucionales.

El Ministerio de Justicia y Fuerzas de Seguridad (*Igazságügyi és Rendészeti Minisztérium*) mantener el registro de mediadores y de las entidades que facilitan mediadores. Se puede acceder a un registro de mediadores y entidades jurídicas que ofrecen servicios de mediación en el sitio web del Ministerio de Administración Pública y Justicia.⁶²¹

El recurso a la mediación es voluntario, aunque presenta algunas ventajas previstas en la Ley de tasas (*az illetékekről szóló törvény*) y en el Código de procedimiento civil (*polgári perrendtartás*). Si las partes recurren a la mediación después de la primera vista oral y el juez que preside el tribunal ratifica el acuerdo alcanzado, sólo se deberá pagar la mitad de las costas procesales. De ese importe pueden deducirse parte de los honorarios del mediador, y la única limitación es que la cuantía final de las costas no puede ser inferior al 30 % del importe original. Esta reducción no es aplicable a los asuntos en que las leyes no autoricen la mediación.

⁶²⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P.: "Panorama de los medios alternativos...*op.cit.*p.44.

⁶²¹ Puede consultarse en: <https://inyr.im.gov.hu/kozvetitok> [Fecha de consulta: 07/05/2017].

Si las partes se someten a mediación antes de entablar un procedimiento civil, los honorarios del mediador, IVA incluido, con un límite de 50 000 HUF, se deducen del importe de las tasas judiciales que deben pagarse, no pudiendo en ningún caso situarse las tasas judiciales abonadas por debajo del 50 % del importe original.⁶²² La reducción no ha lugar si la ley no permite la mediación en el caso en concreto o si las partes acuden a los tribunales a pesar de haberse llegado a una solución tras la mediación (excepto para dar cumplimiento a la resolución en ausencia de cumplimiento voluntario).

No existe un código deontológico nacional en este ámbito, pero la mayor parte de las asociaciones de mediadores se rigen por el Código de Conducta Europeo para los mediadores (*közvetítők európai magatartási kódexe*). Existe un código de conducta específico para los conflictos laborales, elaborado por el Servicio de Conciliación y Mediación Laboral (*Munkaiügyi Közvetítői és Döntőbírói Szolgálat*).

Algunos tribunales ofrecen mediación de manera gratuita a las partes para procedimientos ya en curso.⁶²³

Las partes podrán solicitar que se otorgue carácter ejecutivo al contenido del acuerdo que hayan alcanzado a través de la mediación. Podrán solicitar al tribunal o a un notario que incluya el acuerdo en una resolución aprobada por el tribunal o en un documento notarial, que tendrán carácter ejecutivo.

16. Irlanda

La Ley sobre responsabilidad civil y órganos jurisdiccionales (*Civil Liability and Courts Act*) de 2004 la regula en sus artículos 15 y 16. El artículo 15 introduce el concepto de reunión de mediación. El órgano jurisdiccional puede instruir a las partes en un juicio por lesiones para que examinen la posibilidad de lograr un arreglo extrajudicial. Si una de las partes no respeta dichas instrucciones, el órgano jurisdiccional puede condenarle a pagar las costas derivadas.

⁶²² Puede consultarse en, [Fecha de consulta: 07/05/2017]:

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-hu-es.do?member=1

⁶²³ Las normas detalladas y el listado de tribunales están disponibles en el sitio web central del poder judicial de Hungría. Disponible en, [Fecha de consulta: 18/04/2017]:

http://birosag.hu/engine.aspx?page=Birosag_showcontent&content=Birosagi_kozvetites

Con arreglo a la Orden 63A, por la que se aprueba el Reglamento de los tribunales superiores (procesos en materia mercantil) de 2004, en estas causas el juez puede disponer, por propia iniciativa o a instancia de cualquiera de las partes, «el aplazamiento de las actuaciones judiciales por el período de tiempo que considere apropiado, hasta un máximo de 28 días, para que las partes puedan valorar la procedencia de someter la demanda o controversia a un procedimiento de mediación, conciliación o arbitraje y, en caso de que las partes decidan aceptarlo, la prórroga del plazo concedido a las mismas para cumplir lo dispuesto en las presentes normas o en cualquier resolución judicial».

En Irlanda, se aplican sanciones por una negativa injustificada a considerar la mediación.

La formación de los mediadores no tiene regulación estatal, aunque la Agencia de Asesoramiento Familiar imparte formación en mediación familiar. Para acceder a ésta, deberán pasar un curso general de 60 horas de duración y someterse a un proceso de selección riguroso.

17. Italia

El Parlamento italiano ha intentado regular la mediación durante décadas. La mediación fue mencionada por primera vez en el Código Civil italiano en 1865. En 1931, se utilizó la mediación en el contexto de las disposiciones de seguridad pública. Luego, en 1940, la mediación se añadió al Código de Procedimiento Civil como un procedimiento interno llevado a cabo por los jueces en los tribunales. Italia más tarde comenzó a utilizar la mediación en los conflictos laborales durante los años 1960. En 1973, de conformidad con la Ley N ° 533, mediación y conciliación se establecieron en el Código de Procedimiento Civil. En diciembre de 1993, las Cámaras de Comercio establecieron comisiones de mediación y arbitraje con el fin de resolver los conflictos entre empresas y entre las empresas y sus clientes.

La trasposición de la normativa europea en Italia se realizó mediante el Decreto Legislativo n° 28, adoptado el 4 de marzo de 2010, de ejecución del artículo 60 de la Ley n° 69, de 18 de junio de 2009, sobre la mediación para la conciliación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante Decreto Legislativo n° 28/2010).⁶²⁴ Su implementación fue muy temprana y presentó inicialmente unas peculiares y singulares características que conviene comentar brevemente.

⁶²⁴ (*Gazzetta Ufficiale*, 5.3.2010, núm. 53) (GURI n°53 de 5 de marzo de 2010) Decreto Legislativo 28/2010 de 4 de marzo de 2010 (modificado por el Decreto 21 de junio de 2013, n. 69 9 de agosto de 2013, convertido en Ley núm. 98, seguido por el Decreto Legislativo 12 de septiembre de 2014 n. 132,

A diferencia de otros Estados, entre ellos España, Italia fue uno de los primeros países que cumplió el plazo de transposición de la Directiva. El legislador italiano, con el ánimo de impulsar la mediación y la finalidad de reducir el número de expedientes judiciales,⁶²⁵ apostó inicialmente por la "mediación obligatoria" para un determinado tipo de controversias, que no podrían someterse ante los tribunales hasta que las partes hubieran intentado resolverlas, previamente, a través de una mediación. De este modo, conflictos en materia de derechos reales, divisiones, sucesiones, alquiler y comodato, alquiler de una empresa, pactos de familia, responsabilidad médica, difamación por medio de la prensa y contratos de seguro, bancarios y financieros, tenían que ser sometidas a un intento preliminar de mediación.⁶²⁶ En su defecto, cualquier parte y, de oficio el juez, podían alegar la excepción de inadmisibilidad de la demanda. Lógicamente, las partes, una vez iniciada la mediación, podían continuar o desistir en el procedimiento.⁶²⁷

La normativa, introducida por el gobierno de Berlusconi y con el decidido apoyo del entonces ministro de Justicia, Angelino Alfano, había encontrado una fuerte oposición en el mundo de la abogacía. La decisión de optar por una obligatoriedad de la mediación como requisito de procedibilidad tuvo diversas respuestas en la sociedad italiana, advirtiéndose el riesgo que implicaba que la mediación fuera percibida como un obstáculo para acceder a la jurisdicción, similar al existente con la conciliación en las controversias laborales.

En este sentido, conviene recordar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013, en el asunto C-492/11, que tiene por objeto una cuestión prejudicial presentada por el *Giudice di Pace di Mercato San Severino* (Italia) el 26 de

convertido, con modificaciones, por la Ley 10 noviembre de 2014, n. 162 y el Decreto Legislativo n° 6. agosto de 2015, n. 130) y por el Decreto Ministerial 180/2010, regulador de las condiciones para registro de centros de mediación y para capacitación de los mediadores (*Decreto Ministero Giustizia di 18.10.2010*, n. 180. Nótese que la legislación italiana se adelanta más de dos años a la Ley española de mediación.

⁶²⁵ Italia tradicionalmente ha sido uno de los países europeos con mayor colapso judicial, siendo de media la duración de un litigio en la vía civil unos 9 años.

⁶²⁶ Artículo 5.1 Decreto Legislativo 28/2010 de 4 de marzo de 2010. "*Condizione di procedibilita' e rapporti con il processo*" disponible en <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2010/53/1.htm> [Fecha de consulta: 05/02/2017].

⁶²⁷ Véase TROCKER, N. y DE LUCA, A.: "La Direttiva CE 2008/52 in materia de mediazione", en *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE...*, Firenze University Press, 2011, cit., págs. 160-162. En el mismo sentido, vid. DOMÍNGUEZ RUIZ, L., "La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2012, págs. 139-157.

septiembre de 2011, relativa al caso *Ciro Di Donna v. Società imballaggi metallici Salerno Srl* (SIMSA).⁶²⁸

En ella, el TJUE fue llamado a manifestarse, entre otros aspectos, precisamente, sobre la legitimidad del modelo de obligatoriedad italiano. Con relación a este caso, la Comisión Europea fijó de manera muy clara los límites del principio de voluntariedad en la mediación. De las observaciones de la Comisión se desprende que dicho principio es flexible, si bien exclusivamente respecto al inicio del procedimiento y no en relación con el resto de sus fases. Por lo que las partes tienen la libertad de las partes de abandonar el proceso en cualquier momento o de alcanzar o no un acuerdo de mediación.

No obstante, las Conclusiones de la Abogada General *Juliane Kokott* pusieron de relieve la innecesidad, en aquel momento, de que el TJUE resolviera la cuestión prejudicial ya que los preceptos afectados habían sido declarados inconstitucionales a raíz de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 5, apartado 1, del Decreto Legislativo nº 28/2010, por lo que la incoación previa del procedimiento de mediación en Italia había dejado de ser un requisito para la admisibilidad de la demanda judicial y las partes ya no tenían la obligación de recurrir al procedimiento de mediación.

En efecto, este régimen jurídico fue modificado a causa de la sentencia del Tribunal Constitucional Italiano de 23 de octubre de 2012 considerando que el Gobierno italiano se había extralimitado en el ejercicio de la potestad legislativa delegada y con ello declaró inconstitucional el artículo 5.1 del Decreto Legislativo 28/2010 en lo relativo a la obligatoriedad, aunque sólo por motivos formales, ya que no había respetado la Ley de delegación legislativa 69/2009.⁶²⁹ Hay que

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013 (Caso C-492/11, DOUE C 347 [26.11.2011]). *Caso Ciro Di Donna vs. Società imballaggi metallici Salerno Srl* (SIMSA).

⁶²⁹ Sentencia de la *Corte Costituzionale* 272/2012, de 6 de diciembre (Gazzetta Ufficiale, 12.12.2012. ("El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional, por el exceso de la delegación legislativa del decreto legislativo 04 de marzo 2010, 28 en la medida en que prevé la obligatoriedad de la mediación"). El artículo 5, apartado 1, de dicho Decreto establece: «Quien desee ejercitar en juicio una acción relativa a una controversia en materia de copropiedad, derechos reales, proindivisos, sucesión hereditaria, pactos de familia, arrendamiento, comodato, arrendamiento de empresa, indemnización por daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, por responsabilidad médica y por difamación a través de la prensa u otro medio de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros estará obligado, con carácter preliminar, a interponer un procedimiento de mediación de conformidad con lo dispuesto en este Decreto [...]. El intento de mediación constituye un requisito para la admisibilidad de la demanda judicial. La excepción de inadmisibilidad debe proponerse por la parte demandada, so pena de caducidad, o ser invocada de oficio por el juez, no después de la primera vista. Si el juez advirtiere que la mediación se ha iniciado pero no concluido, fijará la fecha para la siguiente vista después de transcurrido

aclarar que el Tribunal no declaró inconstitucional la mediación civil obligatoria porque estuviese vulnerando con el principio de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución)⁶³⁰ sino porque la solución favorable a la obligatoriedad no estaba prevista en la Ley de Bases que sirvió de delegación para el texto articulado final.⁶³¹

Sin embargo el Decreto-Ley de 21 de junio de 2013, n.º 69 (conocido como «Decreto *del Fare*», convertido en Ley n.º 98 de 9 de agosto 2013)⁶³² con el objetivo de mejorar la justicia civil y disminuir el número de procesos judiciales, reinstauró el proceso de mediación como condición de admisibilidad de la demanda respecto de las cuestiones enumeradas en el artículo 5, apartado 1, del Decreto Legislativo 28/2010,⁶³³ concernientes a la obligatoriedad de la mediación para determinados conflictos civiles, excluyendo -a petición del colectivo de los abogados- las controversias relativas a daños derivados de accidentes de circulación.⁶³⁴ No obstante, esta obligatoriedad del intento previo ha sido concebida como un proyecto, con fecha de caducidad, ya que tiene una duración temporal de cuatro años desde la entrada en vigor de la ley, para después convertirse en voluntaria.⁶³⁵ Se entiende que se realizara un análisis o balance posterior del

el plazo señalado en el artículo 6. Deberá proceder de igual modo cuando no se haya intentado la mediación, concediendo a las partes un plazo de quince días para que presenten la solicitud de mediación.

⁶³⁰ Constitución de la República italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947 y en vigor desde el 1 de enero de 1948. Puede consultarse en, [Fecha de consulta: 16/03/2017]:

http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf

⁶³¹ GARCIA VILLALUENGA, L.: “La mediación civil...”, *op.cit.*, pag. 92.

⁶³² OCHIPINTI, E.: *La mediazione civile e commerciale riformata*”. Disponible en https://www.liderlab.sssup.it/lider/dbfiles/allegati/Occhipinti_Mediazione_e_responsabilit%C3%A0_sanitaria_RIML.pdf

⁶³³ *Decreto-Legge* núm. 69, de 21.6.2013, unas *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, entre las que reforma el Decreto Legislativo 2010, núm. 28, en materia de mediación reinstaurando, entre otras, las previsiones de los arts. 5, 11 y 13. Las disposiciones en materia de mediación se aplican desde el 20 de septiembre de 2013. El Gobierno aprobó un decreto de medidas urgentes para el crecimiento, entre las que se encontraba esta. Reconocía el deplorable estado de la justicia civil italiana, como uno de los factores exógenos de desventaja competitiva para las empresas italianas y afirmando (...) «Estamos en el lugar 158 en el mundo en el índice debido a los largos plazos de entrega (...) y los 1.210 días de eficiencia de recuperación de crédito es la duración media de los procedimientos civiles para el cobro de deudas. (puesto 158 en el ranking de eficiencia en el sistema de justicia civil, estimando, por ejemplo, que el tiempo medio para los procedimientos de recuperación de créditos es de 1.210 días, ascendiendo el costo de recuperación al 29% de la deuda reclamada). También es alarmante el número de condenas reportadas por el Estado por incumplimiento del plazo de la duración razonable de los ensayos». Puede consultarse el comunicado de prensa del Consejo de Ministros de 17/6/2013 en <http://www.altalex.com/documents/news/2013/06/17/consiglio-dei-ministri-il-decreto-del-fare> [Fecha de consulta: 16/04/2017].

⁶³⁴ GINEBRA, M.E y TARABAL, J.: “La obligatoriedad de la mediación...”, *op.cit.*, pp.8.

⁶³⁵ El plazo de cuatro años se considera suficiente por el legislador italiano para que la cultura y operativa de la mediación se inserte en la sociedad. OCHIPINTI, E. *La mediazione civile...op.cit.*p.10.

resultado para evaluar los problemas o soluciones suscitadas, y en consideración adoptar las medidas oportunas.

El modelo de mediación que se sigue en Italia es evaluativo, que faculta expresamente al mediador para proponer un acuerdo.

En cuanto a la eficacia como título ejecutivo del acuerdo de mediación, la norma italiana exige que el procedimiento de mediación se realice en una institución inscrita en un Registro específico del Ministerio de Justicia italiano y por un mediador formado con arreglo a ciertos criterios, previa homologación por parte del Tribunal donde resida la institución a la que se ha encomendado la mediación (Art. 12). El juez se limita a un control formal del acuerdo, aunque podrá rechazar la homologación del título en caso de que el acuerdo sea contrario al orden público italiano o a las normas de *ius cogens*. La solicitud la podrá realizar cualquiera de las partes sin el consentimiento explícito de las demás.

18. Letonia

En Letonia, la transposición de la Directiva sobre mediación se retrasó considerablemente, concluyendo en 2014. La Ley de Mediación entró en vigor en 2014⁶³⁶ junto con Enmiendas a la Ley de Procedimiento Civil.⁶³⁷ Con anterioridad a esta fecha, la legislación letona ya contenía normas relativas a la resolución de conflictos civiles y procedimientos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo no existía ningún tipo de especificación legislativa en lo referente a la formalización de los acuerdos de mediación. No obstante Letonia consideró que la Directiva había sido parcialmente transpuesta y notificó algunas normas a la Comisión Europea. Al notificar estas medidas a la Comisión, Letonia ya había previsto la adopción de diversas reglas adicionales, que fueron definitivamente adoptadas en 2014.

No existe ningún organismo estatal encargado de la formación. La Asociación de Mediadores Certificados creada en 2007, realiza exámenes para acreditar a los profesionales que se forman en esta entidad.

⁶³⁶*The Mediation Law*, OP: "LV", 108 (5168), 04.06.2014, disponible en: <http://likumi.lv/doc.php?id=266615>. [Fecha de consulta: 28/03/2017].

⁶³⁷*Amendments to the Civil Procedure Law*, OP: "LV"108 (5168), 04.06.2014, disponible en <http://likumi.lv/ta/id/266611-grozijumi-civilprocesa-likuma>. [Fecha de consulta: 28/03/2017].

El Consejo de la Mediación (*Mediācijas padome*) es una asociación, fundada el 25 de julio de 2011, que reúne a varias asociaciones registradas en Letonia que ejercen actividades de mediación. Tiene por objeto elaborar normas comunes de formación de los mediadores e introducir la certificación de los programas de formación, redactar y adoptar un código de conducta de los mediadores certificados y representar a estos últimos, expresar su parecer a las autoridades nacionales y locales, otras autoridades y funcionarios, y emitir dictámenes sobre la legislación y la práctica jurídica en materia de mediación.

La mediación es admisible en muchos ámbitos. Se utiliza especialmente en los litigios civiles relacionados con el Derecho de familia y el Derecho mercantil. Los servicios en mediaciones civiles no son gratuitos y el coste de la mediación depende de factores como la cualificación y experiencia del mediador, la complejidad del litigio o el número de sesiones de mediación requeridas.⁶³⁸

Sin embargo, en asuntos que conciernen a los intereses y derechos del menor, el Consejo de asuntos exteriores y conciliación del Tribunal de familia de Riga (*Rīgas Bāriņtiesas Ārlietu un samierināšanas pārvalde*) presta un servicio gratuito a los residentes en esta ciudad. Los litigios suelen estar relacionados con la pensión de alimentos, el lugar de residencia, los derechos de visita y la custodia y educación del menor.

19. Lituania

La mediación está regulada por la Ley de mediación y conciliación en materia civil (*Civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymas*)⁶³⁹. En este marco, el recurso a la mediación es completamente voluntario. No existe una normativa específica ni código deontológico para los mediadores. Del mismo modo, no existe ningún organismo que regule la formación. Sin embargo, el Ministerio de Justicia y algunas instituciones privadas ofrecen formación, aunque no están sujetas a ninguna reglamentación.

En Lituania no existe un organismo centralizado o de carácter oficial responsable de la mediación (*tarpininkavimas*). De acuerdo con la Ley de mediación y conciliación en materia civil, los servicios de mediación pueden ser remunerados o bien en forma gratuita. Cuando sean

⁶³⁸ Puede obtenerse información adicional en <http://www.mediacija.lv/>

⁶³⁹ La ley de mediación en Lituania. Ley sobre mediación conciliatoria en conflictos civiles, *The Law on Conciliatory Mediation in Civil Disputes*, fue aprobada por el Parlamento en 2008.

remunerados, el procedimiento sólo puede iniciarse después de que el mediador haya convenido con ambas partes el precio y la forma de pago de sus servicios.

La Ley de mediación y conciliación en materia civil dispone que los litigantes pueden elegir el órgano jurisdiccional competente, pudiendo ser el tribunal del distrito donde una de las partes tenga su domicilio o sede social.

La ley fue acogida con entusiasmo, pero su desarrollo social no ha sido todo lo rápido que se esperaba.⁶⁴⁰ En 2015 comenzó a elaborarse una nueva Ley de Mediación, teniendo en cuenta la experiencia de otros países como Francia, Croacia y Polonia. Esta ley se presentó al Parlamento para su aprobación el 26 de mayo de 2016, pero aún no ha sido aprobada.

En referencia a este proyecto de ley dispone que una persona sólo puede ser mediador si está inscrito en la lista de mediadores lituanos, cumpliendo determinados requisitos.⁶⁴¹ Se permite que un mediador acreditado en cualquier otra EEMM pueda ejercer la mediación en Lituania, siempre que informe de ellos a las respectivas instituciones estatales.⁶⁴²

El proyecto de ley prevé la mediación obligatoria en determinados tipos de controversias. Las disputas familiares o relativas a pequeñas cuantías deben intentarse previamente a través de una mediación. Para otros tipos de controversias el juez que juzga el caso también tendrá derecho a enviar partes a la mediación si cree que existe una alta posibilidad de reconciliación. La mediación obligatoria será pagada por el Estado.

20. Luxemburgo

La Ley de 24 de febrero de 2012, *-Loi du 24 février 2012 de médiation en matière civile et commerciale-*, transpuso la Directiva europea, e introdujo la mediación en materia civil y mercantil, tanto para los litigios transfronterizos como nacionales, en el Código Procesal Civil luxemburgués.

⁶⁴⁰ El número de mediaciones ha ido aumentando paulatinamente, aunque continua siendo muy escaso. Según estadísticas de mediación judicial, sólo hubo 17 procedimientos de mediación en 2012 y 95 procedimientos en 2015. Puede consultarse en: <http://kluwermediationblog.com/2017/01/23/mediation-reform-in-lithuani> .

⁶⁴¹ Tener un título universitario y completar al menos 40 horas de formación en mediación no antes de los cinco años anteriores a la solicitud.

⁶⁴² Esto imposibilita, por ejemplo la elección por las partes de un mediador canadiense o estadounidense, que no podrá aceptar el nombramiento porque no le permitirían prestar sus servicios de mediación en Lituania. Esta norma no parece un acierto si se trata de motivar e incentivar a las partes a utilizar la mediación.

La Ley se completa con el Reglamento Granducal, de 25 de junio de 2012, por el que se establece el procedimiento de habilitación para las funciones de mediador judicial y familiar, el programa de formación específica en mediación y la celebración de una reunión informativa gratuita.

En la mediación extrajudicial convencional, una parte puede proponer a la otra/s, con independencia del procedimiento judicial o arbitral, recurrir a la mediación en cualquier fase del procedimiento judicial. Por el contrario, en la mediación iniciada en el seno de un proceso judicial, denominada «mediación judicial», el juez, una vez que conoce de un litigio en materia civil, mercantil o familiar, puede proponer en todo momento una mediación, siempre que el asunto no esté en fase de deliberación, no se haya sometido al Tribunal de Casación y siempre que ambas estén de acuerdo. En los litigios determinados y tasados relacionados con el Derecho de familia, el juez puede proponer a las partes una mediación y ordenar una reunión informativa gratuita para explicar los principios, el procedimiento y los efectos de la mediación.

El Ministerio de Justicia es la autoridad competente para habilitar a los mediadores, que se concede indefinidamente. En materia civil y mercantil, los mediadores no necesitan habilitación para realizar la mediación convencional. Cualquier persona física puede solicitar la habilitación si cumple las condiciones previstas en la Ley de 24 de febrero de 2012, y en el Reglamento Granducal de 25 de junio de 2012.⁶⁴³

En la mediación convencional, los honorarios de los mediadores se fijan libremente. Los gastos y honorarios corren a cargo a partes iguales de ambas partes en conflicto, salvo pacto en contrario. En la mediación judicial y la mediación familiar, los honorarios se fijan con arreglo al Reglamento Granducal. Cabe igualmente la mediación gratuita.

Los acuerdos resultantes de la mediación civil y mercantil pueden ser homologados judicialmente. El régimen jurídico se recoge en el artículo 1521-22 del Código Procesal luxemburgués, el cual dispone que en aras de obtener la ejecución de un acuerdo de mediación concluido en Luxemburgo, las partes o una de ellas –sin consentimiento de las demás– podrá requerir al Tribunal del distrito (*Tribunal d'arrondissement*) la homologación del acuerdo de

⁶⁴³ Se permite que los mediadores acreditados en cualquier país de la UE puedan prestar sus servicios en Luxemburgo sin necesidad de acreditarse o habilitarse, tal y como dispone la Directiva 2008/52/CE y el artículo 1251-3, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley de 24 de febrero de 2012 sobre la mediación.

mediación, dicho Tribunal otorgará la homologación salvo si el acuerdo fuera contrario al orden público o si tratara de una controversia que no puede ser resuelta por la mediación.⁶⁴⁴

Es importante destacar que lo anterior se circunscribe únicamente a los acuerdos alcanzados en Luxemburgo, cuando ambas partes están domiciliadas o residen habitualmente en dicho país. En el supuesto de tratarse de un litigio transfronterizo, la parte que solicite la homologación necesitará contar con el consentimiento de las demás partes.

21. Malta

Se regula por el capítulo 474 de la *Mediation Act, 2004* (Ley de Mediación de 2004),⁶⁴⁵ modificada por la Ley IX de 2010, principalmente para la transposición a la legislación las disposiciones de la Directiva 2008/52/CE. En virtud de lo dispuesto en *Mediation Act, 2004* se creó el Centro de Mediación -*Malta Mediation Centre*- (MJCL)⁶⁴⁶ órgano de la Administración responsable de la mediación al que pueden acudir las partes para resolver su litigio con la ayuda de un mediador. El MJCL facilita a las partes una relación de los mediadores debidamente acreditados por esta institución para que puedan seleccionar el que estimen más conveniente.

La mediación es admisible en los litigios sobre asuntos civiles, de familia, sociales, mercantiles y laborales. Es un proceso voluntario al que se accede extrajudicialmente por acuerdo de las partes o por cumplimiento de lo dispuesto en una cláusula contractual. Igualmente, si el tribunal considera apropiado que la controversia pueda resolverse mediante la asistencia de un mediador, podrá, por propia iniciativa, remitir la controversia a mediación.

No obstante, las partes en cualquier proceso pueden solicitar conjuntamente al tribunal que suspenda la tramitación mientras tratan de resolver su litigio a través de la mediación. Además, el tribunal puede proceder a tal suspensión por iniciativa propia durante el proceso y orientar a las partes para que intenten resolver el litigio a través de este mecanismo. Cabe señalar en cualquier caso que la mediación es obligatoria en los asuntos de familia, en particular en los relacionados con

⁶⁴⁴ NAVAS GLEMBOTZKY. J.R.: “El *enforcement* del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones”, Revista para el análisis del derecho, InDret, 2014, disponible en http://www.indret.com/pdf/1054__es.pdf

⁶⁴⁵ *The Malta Government Gazzete*, n. 18165, of 2.7.2010. *Chapter 474 Mediation Act*, fue reformada en 2010. Puede consultarse en, [Fecha de consulta: 30/04/2017]:

<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8940&l=1>

⁶⁴⁶ Creado el 7 de julio de 2005. Puede consultarse en <https://mjcl.gov.mt/> [Fecha de consulta: 30/04/2017]

separaciones personales, derechos de visita a los hijos, cuidado y custodia de estos, y alimentos en favor de los hijos o los cónyuges.⁶⁴⁷

Rige el principio de confidencialidad, aunque el mediador puede revelar al órgano jurisdiccional cualquier información obtenida durante el proceso de mediación siempre que todas las partes en la mediación otorguen su consentimiento por escrito. Por otra parte, también se permite la revelación del contenido del acuerdo resultante de la mediación cuando sea necesario para garantizar la protección del interés superior de los niños, o para prevenir daños a la integridad física o psicológica de una persona, o cuando su divulgación sea necesaria para implementar o hacer cumplir el acuerdo.⁶⁴⁸

El Centro de Mediación de Malta dispone de un Código deontológico, que los mediadores están obligados a observar en sus procedimientos y en el que figuran normas de obligado cumplimiento. Se establece, por ejemplo, que la *Board of Governors* (Junta de Rectores) del Centro está facultada para adoptar medidas disciplinarias contra cualquier mediador cuya conducta no se atenga, en todo o en parte, a la requerida con arreglo a los principios del propio Código, y que todo mediador del que se determine que ha contravenido cualquiera de sus disposiciones, o que se ha comportado de modo impropio, será suprimido de la lista de mediadores durante el período que la Junta considere pertinente,

El Centro de Mediación de Malta organiza cursos de formación de forma esporádica, de distintas temáticas. Aun así, no está regulado por el Estado.

22. Polonia

Se regula en la Ley de 10/09/2015 (D.O. de 13/10/2015) que modifica la Ley de 17/11/1964 del Código de Procedimiento Civil.

Durante los últimos años, el Ministerio de Justicia polaco *Ministerstwo Sprawiedliwości* viene prestando particular atención a cuestiones relacionadas con el desarrollo y la popularización

⁶⁴⁷ Puede consultarse en, [Fecha de consulta: 27/04/2017]:

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-mt-es.do?member=1

⁶⁴⁸ Datos obtenidos de *Malta Mediation Centre*, disponible en <https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Pages/FAQs.aspx> [Fecha de consulta: 27/04/2017].

de la mediación y otras formas de resolución alternativa de conflictos (RAC) y la mejora de la eficacia del sistema judicial y su accesibilidad a los ciudadanos.⁶⁴⁹

La administración pública no organiza formación específica para mediadores. Es el Centro Nacional de Formación de Personal, el que forma sólo a jueces y fiscales. Los mediadores pueden elegir entre la oferta de los diversos centros privados, cuyos programas difieren. La cualificación de la persona mediadora se obtiene como resultado de la formación teórica y práctica de al menos cuarenta horas con certificado de finalización.

La formación de mediación abarca los siguientes temas: principios básicos y elementos del procedimiento de mediación, mecanismos psicológicos de la formación y la resolución de conflictos, formación de habilidades prácticas de la mediación, y conocimiento de los aspectos legales y organizativos del funcionamiento de los procedimientos de mediación. En lo relativo a los requisitos exigidos a los mediadores, deben de tener los conocimientos y habilidades propias de la mediación, tener mínimo 26 años de edad, hablar el idioma polaco y no haber sido condenado por un delito doloso o un delito fiscal. Los mediadores se rigen por un código de conducta «*codul de etică al mediatorilor poloni*».⁶⁵⁰

Respecto a su ámbito de actuación, la mediación cabe en materias civiles, mercantiles, laborales, y penales, no obstante su mayor desarrollo se encuentra en los asuntos familiares y mercantiles. La mediación es voluntaria y se accede bien previo acuerdo entre las partes o por una resolución del tribunal que remite a la mediación. Respecto al coste, en las causas penales y los asuntos en que están implicados menores las partes no pagan los costes de la mediación sino que se sufragan con fondos del Tesoro. En otros tipos de asuntos, mayormente civiles y mercantiles, la retribución queda supeditada, por regla general, al acuerdo entre el mediador y las partes. Normalmente se sufragan los costes dividiéndose a partes iguales, salvo pacto en contrario.

⁶⁴⁹ En 2010 y a iniciativa del Ministerio se designó una red de coordinadores de mediación. En la actualidad hay 120 coordinadores (jueces, oficiales probatorios y mediadores), en ocho tribunales de apelación, todos los tribunales regionales y en seis zonas de los tribunales de distrito. El Ministerio de Justicia trabaja con el Consejo Social en materia de resolución Alternativa de Litigios y Conflictos (*Spoleczną Radą ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów*) (el «Consejo RAC»), que desempeña una función importante a la hora de fomentar la idea de la mediación y la comunicación entre la Administración central, el sistema judicial y el entorno de los mediadores. Disponible en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-pl-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 05/04/2017].

⁶⁵⁰ Accesible desde <http://www.cmediere.ro/page/1452/legislatie-europeana-in-domeniul-medierii> [Fecha de consulta: 01/05/2017].

En el caso de mediación extrajudicial, es el centro de mediación el que calcula la retribución del mediador y el reembolso de sus gastos o bien son las partes las que pactan con el mediador antes de que comience la mediación. Las partes no pueden quedar exentas de sufragar los costes del mediador aunque lo estén de abonar las costas judiciales. En ambos tipos de mediación (judicial y extrajudicial) el mediador puede renunciar a su retribución. Existen incentivos fiscales sí como resultado de la mediación se alcanza un acuerdo ya que se reembolsa el 75 % de las costas judiciales, porcentaje que aumenta al 100% en asuntos de divorcio y separación.

En asuntos civiles, el acuerdo adoptado se adjunta a un acta.⁶⁵¹ El mediador debe informar a las partes de que, al firmar el acuerdo, acceden a presentarlo ante el tribunal para que dé su aprobación. El mediador remite el acta con el acuerdo al tribunal y entrega una copia de la misma a las partes. El tribunal iniciará el procedimiento para aprobar y dictar una declaración de fuerza ejecutiva salvo si fuera contrario a la ley, a las buenas costumbres, pretende eludir la aplicación de la ley, es confuso o contiene contradicciones. Los acuerdos de mediación que hayan sido aprobados por los tribunales y declarados ejecutables tienen la validez legal de un acuerdo judicial y pueden ser ejecutados.

23. Portugal

En este país el conocimiento de la mediación tanto a nivel jurídico como social ha sido bastante escaso. Comienza a aparecer en la década de los años noventa a través de instituciones privadas, siendo la primera experiencia de mediación a nivel gubernamental en 1997 con la implementación de un Gabinete de Mediación familiar, dependiente del Ministerio de Justicia, con competencia para conflictos familiares relativos a la paternidad, y circunscritos únicamente a Lisboa. Su ámbito material y territorial eran bastante limitados, motivo por el que se creó un Sistema de Mediación familiar en 2007 con competencias nivel nacional.⁶⁵²

En el ordenamiento jurídico portugués, la mediación se inserta en los sistemas públicos de mediación especializada y en los sistemas públicos de mediación en los Juzgados de Paz. Estos

⁶⁵¹ En causas penales y asuntos en los que estén implicados los menores, los acuerdos alcanzados durante la mediación no sustituyen a una resolución judicial y no son vinculantes para el tribunal.

⁶⁵² Servicio público de resolución extrajudicial de conflictos familiares. En 2006 se crea el Sistema de Mediación Laboral, permitiendo a trabajadores y empleadores la resolución de ciertos litigios emergentes en materia de contrato individual de trabajo. Por su parte, la mediación penal es expresamente introducida en el ordenamiento jurídico portugués en 2007, a través de la Ley nº21/2007, de 12 de junio. Se creó el Sistema de Mediación Penal, en cumplimiento de la Decisión Cuadro nº 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, que determina que los Estados-Miembros deben esforzarse por promover la mediación en el ámbito de procesos de naturaleza criminal. Los tres servicios públicos con escasa utilización.

sistemas son creados y gestionados por entidades públicas, con el objetivo de proporcionar formas rápidas de resolución alternativa de litigios. La Ley nº 78/2001, de 13 de julio, creó los *Julgados de Paz*, Juzgados de Paz, previstos por el artículo 209º, nº2 de la Constitución Portuguesa.⁶⁵³ Fueron inspirados en los Tribunales «multi-puertas», ideados por Frank Sander, caracterizados por ofrecer un sistema múltiple de opciones para resolver los litigios. Esto significa que un proceso en el Juzgado de Paz puede resolverse mediante una conciliación, una mediación, o por o un procedimiento judicial. Practican, así, una justicia alternativa, próxima al ciudadano y orientada a que las partes encuentren un acuerdo que les beneficie. En Portugal existen veinticinco Juzgados de Paz funcionando en sesenta y un municipios.⁶⁵⁴ Tienen competencia para conocer asuntos de naturaleza civil -excluyendo materias de Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho del Trabajo- de valor no superior a 15.000 €-, de forma rápida, simplificada y con costes reducidos.⁶⁵⁵ Se parte del entendimiento de que las partes deben ser quienes resuelvan sus problemas, sin perjuicio de que el Juez de Paz, caso de no conseguir alcanzar un acuerdo por sí mismos, decida sobre el conflicto mediante una sentencia. En estos tribunales el acuerdo puede obtenerse bien por mediación extrajudicial, realizada por un mediador, escogido por las partes o indicado por los servicios del Juzgado de Paz, o por conciliación judicial intentada al inicio del juicio por el juez.⁶⁵⁶

En los Juzgados de Paz también se puede realizar una mediación sobre asuntos que quedan fuera de la competencia de estos órganos judiciales y que se denomina comúnmente «mediación extracompetencial» (*mediações extracompetência*). Sin embargo, dicho tipo de mediación no sigue las fases procesales habituales de las materias competencia de los juzgados de paz, puesto que en caso de que no se alcance un acuerdo, el proceso no puede proseguir su curso en el juzgado, como puede suceder en el caso de las mediaciones civiles y mercantiles, en las que los juzgados de paz son competentes.

⁶⁵³ Artículo 209º, nº 2 de la Constitución de la República Portuguesa.

⁶⁵⁴ PACHECO, D.: “La perspectiva portuguesa de la institucionalización de la mediación” pp. 61 Revista de Mediación ADR, Análisis y Resolución de Conflictos, Volumen 7 Nº 2 vol. 7, No. 2, pp. 58-65, 2014, disponible en:

<https://revistademediacion.com/articulos/la-perspectiva-portuguesa-de-la-institucionalizacion-de-la-mediacion/Conselho dos julgados de Paz> La lista actualizada puede ser consultada en: <http://bit.ly/1AVL6gX> [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶⁵⁵ Ley de los Juzgados de Paz– Ley nº 54/2013, de 31 de junio, (artículo 8º), ha instaurado Juzgados de Paz ubicados en las grandes ciudades y barrios, a los que ha atribuido la gestión de la mediación (como trámite previo) en reclamaciones económicas inferiores a 15.000 €, aun cuando excluye de la obligatoriedad los conflictos laborales y de familia.

⁶⁵⁶ PACHECO, D.: “La perspectiva portuguesa...”, *op.cit.* pp. 61.

La Directiva 2008/52/CE fue transpuesta al ordenamiento jurídico portugués mediante el Decreto-Ley 29/2009 de 29 de junio⁶⁵⁷, que introdujo en el Código Procesal Civil(CPC) los artículos 249º A, B, C y el artículo 279.ºA.

El recurso a la mediación es totalmente voluntario, admitiéndose en diversos ámbitos jurídicos, mercantil, laboral, asuntos penales, civiles y de familia, cada uno de ellos con su propio marco legal.⁶⁵⁸ Se asienta en la premisa de que las partes son las «dueñas del litigio», y encontrarán la solución adecuada. Poseen el dominio del proceso, dependiendo de ellas el inicio, el desarrollo y el final de la mediación, pudiendo salir cuando quieran, ya que nada las obliga a alcanzar un acuerdo.⁶⁵⁹ Pero dado que el cambio de paradigma necesario para la aceptación de la mediación aún no tuvo lugar en la esfera de los abogados portugueses, se verifica que, en Portugal, este medio alternativo de resolución de conflictos sólo tiene lugar, precisamente, en los Juzgados de Paz. La mayoría de los abogados continúa subyugado a la forma tradicional de litigación judicial, por lo que fácilmente se concluye que los Juzgados de Paz son una opción poco considerada.

La Ley Nº 29/2013 de 19 de abril establece el marco legal para la mediación civil y comercial⁶⁶⁰ y los principios generales aplicables a la mediación privada, del sistema público de mediación de los Juzgados de Paz y de todos los sistemas públicos de mediación especializada (familiar, laboral y penal) celebrada en Portugal (artículos 3º a 9.º) regulando igualmente la situación jurídica de los mediadores (artículo 23 y ss) y marco legal de los sistemas de mediación públicos (artículo 30 y ss).⁶⁶¹ Se aplica a controversias de carácter patrimonial. Lo interesante es el

⁶⁵⁷*Diário da República (Official Journal)*, 123 Serie I, of 29.6.2009.

⁶⁵⁸ La mediación penal, comenzó a surgir en Portugal a partir de una iniciativa promovida por la Facultad de Derecho de la Universidad de Porto (2004), aunque fue expresamente introducida en el ordenamiento jurídico portugués en 2007, a través de la Ley nº21/2007, de 12 de junio. Se creó el Sistema de Mediación Penal, en cumplimiento de la Decisión Cuadro nº 2001/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, que determina que los Estados-Miembros deben esforzarse por promover la mediación en el ámbito de procesos de naturaleza criminal. Para más información vid. <http://bit.ly/1vAOYi6> [Fecha consulta 30/04/2017].

⁶⁵⁹ PACHECO, D.: “La perspectiva portuguesa...”, *op.cit.* pp. 61.

⁶⁶⁰ Lei nº. 29/2013 de 19 de abril que “estabelece os principios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública”. Puede consultarse en:

http://imap.pt/imapwp/wp-content/uploads/2013/04/lei_n_o_29_2013_mediacao_conflitos_mediador_procedimento.pdf

⁶⁶¹ Ley Nº 29/2013 de 19 de abril (en vigor desde el 19 de mayo de 2013) y Reglamento de desarrollo: Portarías nº 344/2013, de 27 de noviembre y nº 345/2013, de 27 de noviembre. Establece, detalladamente, el procedimiento aplicable a la mediación civil y comercial, esto es, inicio, finalización, duración y suspensión del procedimiento (artículos 10 y siguientes). Igualmente regula la presencia de partes, abogados y otros técnicos en las sesiones de mediación, así como el régimen jurídico de los mediadores, (artículo 23 y ss), el acceso a la actividad, su formación, derechos, deberes, impedimentos, remuneración

establecimiento de novedosos criterios para los acuerdos de mediación, que podrán ser ejecutivos sin aprobación judicial siempre que se cumplan determinados requisitos: (i) el acuerdo debe respetar que el objeto de la mediación sea disponible y que no se exija homologación judicial, (ii) las partes deben ser capaces de celebrar acuerdo, (iii) la disposición debe ser obtenido a través de la mediación llevada a cabo de conformidad fijadas por la ley, (iv) el contenido del acuerdo no puede violar el orden público; y (v) el acuerdo se haya obtenido con la intervención de un mediador que está inscrito en la lista de mediadores del Ministerio de Justicia.

No existe un código de conducta nacional para los mediadores, quienes actúan con arreglo al Código de Conducta Europeo para los Mediadores, siendo su actuación supervisada por un sistema público de mediación, un comité supervisor, que depende del área de actuación. Aun con todo ello, Portugal no dispone de un organismo público para la formación de mediadores, siendo estos formados por organismos privados, cuya certificación está garantizada por la Dirección General de Política de Justicia (*Direção-Geral da Política de Justiça*, (DGPJ)) órgano administrativo centralizado encargado de la regulación de las actividades de mediación pública, a través de su Oficina de Resolución Alternativa de Disputas (GRAL).⁶⁶² Las entidades privadas que imparten formación a mediadores con vistas a su inclusión en las listas de la DGPJ deben cumplir los criterios de formación que garanticen la capacidad y la idoneidad profesional para resolver conflictos mercantiles, civiles, familiares, laborales y penales.

Respecto al coste, en los casos en que el juez decide recurrir a la mediación cuando se trata de conflictos familiares con arreglo al artículo 147-C de la Organización Tutelar de Menores (*Organização Tutelar de Menores*) no se requiere pago alguno, al igual que en mediación penal, si ha sido propuesta por el Ministerio Público o sido solicitada por alguna de las partes. Las restantes situaciones, excepto las de asistencia jurídica gratuita, están sujetas a una tasa. Si se realiza a iniciativa de las partes, el coste de cada una de ellas depende de la materia objeto del litigio, así los costes varían desde 25 euros, cada parte, en mediaciones de tipo mercantil o civil, a 50 euros para mediaciones familiares o en materia laboral. Si los interesados tienen dificultades económicas, pueden solicitar la exención al organismo competente, el Instituto de la Seguridad Social (*Instituto*

y su relación con las respectivas entidades formadoras (organismos privados, con acreditación conferida por el Ministerio de la Justicia portugués).

⁶⁶² Decreto N° 345/2013 de 27 de noviembre. El DGPJ no informa sobre cómo encontrar un mediador, aunque dispone de una lista de mediadores.

de *Segurança Social*).⁶⁶³ Los costos privados de mediación se definen por el mediador elegido por las partes.

No obstante y pese a los esfuerzos legislativos la mediación continúa siendo una realidad utópica en Portugal.⁶⁶⁴ El número de mediaciones es reducido y en general existe un escaso conocimiento de su metodología, incluso en la comunidad jurídica. Esta falta de sensibilidad obedece, según Pacheco, a la idea subyacente en la cultura portuguesa de que «los terceros no deben entrometerse en la vida de los demás». La forma tradicional de resolver los conflictos continua siendo la judicial.

24. Reino Unido

Reino Unido ha sido un referente por su larga trayectoria en ADR, unido a su sistema de Common Law, aunque históricamente no han existido leyes específicas de mediación, siendo regulada en las *Civil Procedure Rules* de 1998⁶⁶⁵ (en adelante CPR). Con ocasión de la Directiva 2008/52/CE y con el ánimo de su transposición, se introdujeron enmiendas en las CPR, conocida como reforma Woolf,⁶⁶⁶ cuyo objetivo *-overriding objective-* iba dirigido a la obligación para las partes, en la medida de lo posible, de llegar a un acuerdo sin hacer uso de los juzgados y tribunales.⁶⁶⁷

⁶⁶³ Información disponible en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-pt-es.do?member=1 [Fecha de última consulta: 30/04/2017].

⁶⁶⁴ PACHECO, D.: “La perspectiva portuguesa...”, *op.cit.* pp. 59.

⁶⁶⁵ Reino Unido reformó su norma procesal civil el 26 de abril de 1999, con la entrada en vigor de las denominadas “*Civil Procedures Rules 1998*”, o Reglas de Procedimiento Civil. Las *normas* CPR rigen la práctica y el procedimiento que debe seguir la Salas de lo Civil del Tribunal de Apelación, el Tribunal Superior y los Juzgados de Condado.

⁶⁶⁶ El juez *Harry K. Woolf* ocupó el cargo de “*Lord Chief in Justice* de la *Appeal Court* de UK” hasta 2005, y promovió una profunda reforma del proceso para acercarse al modo de enjuiciar del derecho continental europeo. Al mismo tiempo se le reconoce como impulsor de la mediación en Reino Unido y, junto con *Guy Canivet*, presidente de la Corte de Casación de Francia hasta 2008, constituye una de las figuras más importantes de la mediación en el entorno de los tribunales en Europa. *vid.* ORTUÑO MUÑOZ, P.: “*Panorama de los medios alternativos...*”, *op.cit.* p.39. [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶⁶⁷ SALINAS ADELANTADO, C. y MONSALVE, A.: “*La Ley de Mediación a la luz de la experiencia inglesa*”, Expansión, 2012, Disponible en:

<http://www.expansion.com/2012/03/22/juridico/opinion/1332419353.html>

[Fecha de consulta: 25/11/2015]. Así en Inglaterra y Gales la Directiva fue transpuesta mediante la introducción de enmiendas a las Reglas de Procedimiento Civil (CPR).

En el ámbito transfronterizo se realizó mediante la promulgación de una norma específica “*The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations*” 2011,⁶⁶⁸ pero actualmente continua sin existir una ley específica que regule el procedimiento y la práctica de este mecanismo.

También en Inglaterra, la *Family Law Act* de 1996 prevé la mediación en disputas matrimoniales y se exige a las partes que consideren la posibilidad de resolver su disputa a través de la mediación.

Es de destacar que en este mismo sentido la influencia de la experiencia inglesa en la Directiva 52/2008/CE, que en su art. 5.2 recoge la posibilidad de que la legislación, consecuente con la trasposición al derecho interno, prevea la imposición de sanciones, con el único límite de que no se impida el acceso al sistema judicial. De hecho una buena parte de los EE.MM. han previsto en mayor o menor grado esta sanción que va desde la obligación de pagar los gastos que haya generado la mediación frustrada a la declaración de mala fe o temeridad a efectos de costas en el ulterior proceso contradictorio ante el tribunal.⁶⁶⁹

La doctrina jurisprudencial de la *Court of Appeal* ha servido igualmente de estímulo en el ámbito europeo, debiendo destacar los precedentes de los casos *Dunnet vs Railtrack plc*, de 22-2-2002, - en el que la parte actora había rehusado participar en un proceso de mediación al que había sido invitada por el propio tribunal- y *Halsey vs Milton Keynes General NH Trust*, de 30-3-2004¹⁰ - la actora había sido invitada por la parte demandada con carácter previo al juicio-. En ambos casos la *Court of Appeal* impuso una especial condena al pago de parte de las costas a las partes que, en definitiva, ganaron el juicio, por cuanto no habían sido diligentes y habían rehusado de manera no razonable intentar un acuerdo amistoso.

A causa de tales precedentes los abogados ingleses procuran que quede claro y debidamente probado que antes de acudir a la jurisdicción han intentado negociaciones, y las han acometido con sujeción a los principios de la buena fe.⁶⁷⁰ La referida «*Hasley Decision*» clarificó

⁶⁶⁸ Véase *The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations, Statutory Instruments* 2011 No. 1133 Disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/1133/pdfs/uksi_20111133_en.pdf [Fecha de consulta: 25/03/2017]. En Escocia: *The Cross-Border Mediation (Scotland) Regulations* 2011 Disponible en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/uk-cross-border-mediation-scotland-2011.pdf>

⁶⁶⁹ Vid ORTUÑO MUÑOZ, P.: “Panorama de los...”, *op.cit.* p. 40.

⁶⁷⁰ En este sentido señalar que en Inglaterra, es imprescindible que los abogados remitan a sus clientes a un mediador inscrito en el Registro estatal, a fin de tener una reunión preliminar informativa, antes de que puedan obtener la asistencia jurídica gratuita. Vid GARCÍA VILLALUENGA, L.: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley...”, *op.cit.* p. 720.

los factores por los que un tribunal inglés puede considerar que el rechazo a una medida ADR es razonable, debiéndose tener en cuenta: la naturaleza de la disputa, las circunstancias del caso, el fracaso previo de otro tipo de medidas similares, si el coste del ADR es desproporcionado o excesivamente alto, o si la posibilidad de acudir al ADR implica para una de las partes un perjuicio, y por último, si es razonable imaginar que no será posible obtener una decisión consensuada. Cuando el coste previsto para el ADR sea excesivamente alto y/o desproporcionado.⁶⁷¹

En el Reino Unido, existen dos tipos de mediación: la del sector público (que trabaja conjuntamente, con los tribunales, y previa al juicio) y la del sector privado.⁶⁷²

No existe ningún organismo de formación nacional de mediadores civiles en Inglaterra y Gales. Obtienen su capacitación en el sector privado, cuya prestación no se encuentra regulada. La profesión se autorregula y se ocupa de la formación de sus miembros. Así, la gran mayoría de los mediadores e instituciones de mediación son miembros del Consejo de Mediación en Asuntos Civiles -*Civil Mediation Council*- (en adelante CMC),⁶⁷³ que los representa. El CMC ha colaborado con las autoridades para adoptar un sistema de capacitación y acreditación de los mediadores y garantizar la calidad de la mediación, incluida la propuesta por los órganos jurisdiccionales quienes remiten determinadas causas civiles únicamente a prestadores de servicios de mediación acreditados por el CMC.⁶⁷⁴ Una vez acreditados, deben de seguir el Código de Conducta Europeo para mediadores, a falta de uno específico a nivel nacional.

En cuanto a Irlanda del Norte, los abogados que integran el Grupo de Resolución de Controversias son los que reciben la formación del propio colegio y están acreditados por el propio Colegio de Abogados. En Escocia la Red Escocesa de Mediación gestiona el registro de mediadores. El propio registro garantiza la calidad de la mediación al exigir una serie de requisitos para estar en él. Su inclusión permite al mediador utilizar la leyenda “Mediador inscrito en el Registro Escocés”. La formación la realizan centros acreditados por la Red Escocesa de Mediación. También hay programas de formación continua para mediadores de una duración mínima de 30 horas.

⁶⁷¹ ORTUÑO MUÑOZ, P.: “Panorama de los... *op.cit.* p.40.

⁶⁷² PEREZ GONZALEZ, B. Mediación familiar: Las distancias de la mediación en Europa, Universidad de Cádiz. Facultad de Ciencias de la Educación, 2006, pp.146.

⁶⁷³ El registro conlleva el pago de una matrícula anual y la cualidad de miembro. *Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS)*, es otra institución relevante, especializada en pleitos en el ámbito laboral.

⁶⁷⁴ Excluidos los de índole familiar en Inglaterra y Gales.

Tampoco existe un registro central de Mediadores. Cada organización privada dispone de registros propios en los que los mediadores se registran pagando una matrícula anual. Destaca igualmente *Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) Civil Mediation Council* y en el ámbito del derecho de familia *Family Mediation Council (FMC)* y *Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS)*, especializada en el ámbito laboral.⁶⁷⁵

La mediación no constituye un requisito de procedibilidad previo al proceso judicial. Sin embargo, en los casos civiles las partes están obligadas a considerarla seria y detenidamente antes de acudir al juez. El CPR tiene un código de procedimiento, cuyo objetivo primordial es ayudar a los tribunales a tratar los casos de manera justa. Parte de ese objetivo primordial requiere que el tribunal administre activamente los casos, lo que incluye alentar a las partes involucradas a utilizar un procedimiento alternativo de solución de controversias si el tribunal lo considera apropiado y facilita el uso de dicho procedimiento.⁶⁷⁶ Por tanto este las anima, aunque en cualquier caso la mediación es voluntaria, pero el juez puede valorar la predisposición y los esfuerzos realizados por las partes para resolver el conflicto, como fase previa al litigio, y puede tenerlo en cuenta para decidir la cuantía de las costas. Esto significa que si una parte gana el pleito pero ha rechazado una oferta de mediación aceptable, posiblemente el juez podrá determinar que a la parte perdedora no se le exija el pago de las costas asumidas por aquella.⁶⁷⁷

Asimismo, los jueces disponen de la capacidad de suspender un caso para que las partes puedan recurrir a la mediación, en aplicación del apartado 4 del artículo 26, y del apartado 5 del artículo 44 de la Ley de Enjuiciamiento civil de Inglaterra y el País de Gales, que entraron en vigor el 26 de abril de 1999.⁶⁷⁸

La reducción de los costes es otro de los incentivos interesantes que las partes tienen en cuenta. Los elevados costes de un juicio en comparación con la mediación cumplen un papel disuasorio, promoviendo el uso de la mediación sobre el juicio convencional. Asimismo, los

⁶⁷⁵ FMC garantiza que sus miembros se atienen al Código de conducta de la UE.

⁶⁷⁶ «*overriding objective*». Esto es, la obligación para las partes, en la medida de lo posible, de llegar a un acuerdo sin hacer uso de los juzgados y tribunales. SALINAS ADELANTADO, C. y MONSALVE, A. Madrid, (artículo en línea) *op.cit.*

⁶⁷⁷ Según datos del Portal Europeo de Justicia, consulta 8/3/17 disponible en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-EW-es.do?clang=en [Fecha de consulta: 25/01/2017].

⁶⁷⁸ GARCÍA VILLALUENGA L.: “La mediación a través de sus principios...”, *op.cit.* p.720.

Juzgados, cuando lo consideren apropiado en temas comerciales, pueden persuadir a las partes a acudir a mediación para evitar dichos costes.⁶⁷⁹

El Servicio Nacional de Asistencia en Línea para la Mediación (*National Mediation Helpline*) ofrece información sobre mediación, servicios y precios.⁶⁸⁰

Una vez que las partes en la mediación llegan a un acuerdo verbal, el mediador prepara un acuerdo escrito ya sea presentando un resumen “*Heads of Agreement*” para que los abogados de las partes puedan preparar un acuerdo formal o, si el mediador está capacitado como ejerciente del derecho, puede preparar el acuerdo formal en sí para su cotejo y aprobación por parte de los representantes legales de los intervinientes.⁶⁸¹

En cuanto a la ejecutividad de los acuerdos de mediación, tanto en Inglaterra como en Gales, el acuerdo de mediación tiene naturaleza de contrato privado, por tanto, su incumplimiento equivale a un incumplimiento contractual. El acuerdo de mediación puede contener una estipulación que contemple que cualquier diferencia se solucione con otro proceso de mediación, arbitraje o proceso judicial, por ello, en caso de incumplimiento por una de las partes, la otra parte puede proceder a iniciar una demanda. No es demasiado habitual ya que los pactos contenidos en tales acuerdos se han dilucidado de forma consensual entre las partes, observando los principios fundamentales de “confidencialidad” y “voluntariedad”.

No obstante y en aplicación de las *Civil Procedures Rules* (CPR), un Tribunal británico podrá dotar de fuerza ejecutiva un acuerdo de mediación -previa solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento explícito de las demás-. Así, una vez que el Tribunal dicte una resolución que homologue y dote al acuerdo de carácter ejecutivo (*Mediation settlementen*

⁶⁷⁹JOHNSON, A.M.: “*La Mediación en Inglaterra y Gales*”, Ponencia en Mediación: Nuevos enfoques de la justicia, celebrada el 20 y 21 de octubre El Puerto de Santa María (Cádiz), 2011, disponible en http://www.fundacionmediara.es/docs/i-jornadas-mediacion/andrew_jonson_c.pdf [Fecha de consulta: 25/03/2017]. Este autor ofrece datos del coste de una mediación mercantil en Londres que involucre un día entero de preparación, incluyendo el estudio de documentos y argumentos, y un día para su celebración, el coste de los honorarios se estimaría en 2.000 libras más gastos, que serían compartidos entre las partes. El mismo asunto en un proceso judicial, alcanzaría un coste entre 50.000 y 70.000 Libras.

⁶⁸⁰ Sitio web patrocinado por la Administración, propiedad del Ministerio de Justicia aunque actualmente su administración se ha externalizado.

⁶⁸¹ JOHNSON, A.M.: “La mediacion en...”, *op.cit.*

forcement order), se entiende que éste podrá ser reconocido y ejecutado en todos los EEMM de la Unión Europea.⁶⁸²

De este modo se deduce que un acuerdo de mediación adoptado en España, y que carezca de fuerza ejecutiva, para tener eficacia en Reino Unido deberá declararse como tal por un tribunal inglés.⁶⁸³

25. República Checa

Con anterioridad a la Directiva 2008/52/CE, la mediación no era conocida en este país, únicamente existía escasa tradición con la conciliación. La Ley que introdujo la mediación es *Act on Mediation and Change of Some Laws* No. 202/2012⁶⁸⁴, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2012. La mediación es admisible en todos los ámbitos del Derecho, civil, mercantil, laboral, y administrativo. De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, el juez del proceso puede, siempre que sea posible y adecuado, ordenar que las partes comparezcan en una reunión inicial de tres horas con un mediador. En este caso, el proceso puede quedar en suspenso durante un período máximo de tres meses.⁶⁸⁵

Respecto a la mediación en asuntos de derecho civil, el tribunal puede suspender un procedimiento civil e imponer a las partes la comparecencia a una reunión con un mediador. En estos supuestos, las tres primeras horas de dicha reunión son pagadas de acuerdo con un baremo establecido (400 CZK por cada fracción de una hora), y este importe se distribuye entre las dos partes a partes iguales, aunque sí las partes están exentas del pago de costas judiciales, este importe es abonado directamente por el Estado. Si el período de mediación se prolonga más de tres horas,

⁶⁸² En general NAVAS GLEMBOTZKY. J.R.: “El *enforcement del acuerdo ...*”, *op.cit.*

⁶⁸³ Véase *Civil Procedure Rules*, R.78.24 CPR, disponible en <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part78#IDAVK1HC> [Fecha de consulta: 25/0/2017].

⁶⁸⁴ Puede consultarse en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/czech-republic-mediation-act-2012.pdf> [Fecha de consulta: 25/0/2017].

⁶⁸⁵ En el ámbito del procedimiento penal, la mediación se rige por la ley 257/2000 relativa al Servicio de Mediación de la República Checa. El Ministerio de Justicia es el responsable del «Servicio de presentación de pruebas y de mediación de la República Checa», organismo centralizado responsable de la mediación como medio de abordar las consecuencias de un delito entre el delincuente y la víctima en los procedimientos penales. Los mediadores que ejerzan sus funciones en el marco del Servicio de presentación de pruebas y de mediación de conformidad con la Ley 257/2000, deberá realizar un examen de cualificación. La mediación que presta el Servicio de presentación de pruebas y de mediación es gratuita y su coste es sufragado por el Estado.

los costes adicionales serán distribuidos entre las dos partes, a partes iguales, hasta el importe acordado entre el mediador y las partes en la mediación

Los mediadores que desarrollen su actividad de conformidad con la Ley 202/2012, deberán estar registrados en el Ministerio de Justicia y realizar un examen profesional ante una comisión nombrada por el referido Ministerio. Existen varias asociaciones privadas que prestan servicios de mediación.⁶⁸⁶

La mediación es voluntaria aunque el juez puede proponer la asistencia a sesiones informativas. Si la mediación se acepta, se firma un contrato entre las partes y el mediador, que da comienzo legalmente al procedimiento.

Respecto a los acuerdos de mediación, deberán contener las firmas de las partes y del mediador y la fecha en que se adopta. No son directamente un título ejecutivo, pero podrá remitirse al tribunal para su aprobación, o bien solicitar su incorporación a un acta notarial.

26. República Eslovaca

El funcionamiento de la mediación se rige por lo dispuesto en la Ley nº 420/2004 de mediación que regula la práctica de la mediación, los principios básicos de la mediación, la organización del procedimiento y sus efectos.⁶⁸⁷

Dicha Ley se aplica en litigios en relaciones reguladas por el Derecho Civil, el Derecho de familia, los contratos comerciales y el Derecho de Trabajo.⁶⁸⁸ El Ministerio de Justicia mantiene varios listados de centros de mediación e instituciones educativas y mediadores.

⁶⁸⁶ Puede encontrarse una lista de mediadores, por ejemplo, en la Asociación de mediadores checos, de la Asociación de abogados checos y de la Unión para los procedimientos de arbitrio y mediación de la República checa. La Asociación de Mediadores de la República Checa ha creado un Código de Ética mediador. Puede visitarse <http://www.amcr.cz/co-je-to-mediace/> [Fecha de consulta: 05/05/2017].

⁶⁸⁷ *Zákon č. 420/2004 Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov, Zbierka zákonov SR* (Official Journal), n.179, 4.7.2004, modificada por la Ley 141/2010 de 9 Marzo 2010.

⁶⁸⁸ Puede consultarse información en el Ministerio de Justicia de la República de Eslovaquia en:

<http://www.justice.gov.sk> y

<http://www.justice.gov.sk/Stranky/Nase-sluzby/Civilne-pravo/Mediatori/Uvod.aspx>

En Eslovaquia, la mediación es un procedimiento informal, voluntario y confidencial es sin costes prefijados ya que los honorarios del mediador se fijan en cada caso concreto y normalmente se basan en una tarifa por hora o en una tarifa plana.

Se ofrecen incentivos financieros a la mediación mediante la reducción o el reembolso total de las tasas y costes de los procesos judiciales si se alcanza un acuerdo durante procesos judiciales suspendidos.

El acuerdo resultante de un procedimiento de mediación debe fijarse por escrito, siendo vinculante para ellas. Puede ser homologado judicialmente, o redactarse como acta notarial, en cuyo caso adquiere eficacia ejecutiva y podrá solicitarse su ejecución forzosa.

Estando pendiente un proceso ante los tribunales, si no se alcanza acuerdo en la mediación, el asunto puede proseguir su curso judicial.

27. Rumania

El marco legislativo para la introducción de la mediación es la Ley no. 192/2006 sobre mediación y regulación de la profesión de mediador,⁶⁸⁹ que fue modificada por Ley no. 370/200986 y por la Orden gubernativa No. 12/201087 de trasposición de la Directiva de Servicios, así como por la Ley No. 115/2012, de 4 Julio 2012 (No. 462, of 9.7.2012), y por la Orden de emergencia no. 90/2012. Además, deben tenerse en cuenta: disposiciones en materia de asistencia judicial pública en asuntos civiles (*Government Emergency Ordinance no. 51/2008*); modificaciones del Código Procesal Civil rumano por la Ley no. 202/2010, así como las reglas establecidas por el Consejo Superior de la Magistratura no. 504/2011, que alteran la regulación interna de la actividad de los tribunales de justicia rumanos.⁶⁹⁰

El artículo 2 de la Ley 192/2006 permite a las partes solicitar la mediación en los conflictos civiles, penales y de familia y otros campos del derecho, con sujeción a las disposiciones legales. Los conflictos de consumo y otros conflictos relativos a derechos susceptibles de renuncia

⁶⁸⁹ Lege 192/2006 *privind medierea și organizarea profesiei de mediator*, *Monitorul Oficial al României* 441, publicada el 22.5.2006.

⁶⁹⁰ *Vid.* BARONA VILAR, S. “Integración de la mediación...”, *op.cit.*, p.18.

pueden resolverse también mediante la mediación, no así las cuestiones relativas a los derechos personales o no renunciables.⁶⁹¹

La mediación es una alternativa voluntaria. Las partes no están obligadas a iniciarla y pueden abandonar esta vía en cualquier momento para acudir al procedimiento judicial o al arbitraje. Las partes interesadas pueden ponerse en contacto con un mediador antes de acudir a los tribunales o durante el proceso judicial.

No obstante, varias disposiciones legales nacionales en materia de mediación obligan a los jueces, en ciertos casos, a informar a las partes de la posibilidad y las ventajas de la mediación. En otros casos, se ofrecen diversos incentivos económicos a las partes que optan por la mediación u otro medio alternativo de resolución de conflictos.

El 17 de febrero de 2007, el Consejo de Mediación elaboró el Código ético y deontológico de la mediación, vinculante para todos los profesionales incluidos en el Listado de mediadores.⁶⁹²

La Ley 192/2006, de mediación, creó el Consejo de mediación⁶⁹³, órgano supervisor en este campo y organismo autónomo que actúa en interés público con sede en Bucarest. Sus miembros son elegidos por los mediadores y aprobados por el Ministerio de Justicia⁶⁹⁴. Entre sus principales funciones destacan (i) establecer los criterios de formación en mediación con arreglo a las buenas prácticas internacionales y supervisar su cumplimiento por los profesionales, (ii) habilitar a los mediadores y mantener una Lista de mediadores actualizada, (iii) aprobar el currículo de formación de los mediadores, (iv) elaborar el Código ético y deontológico de los mediadores autorizados, así como las normas de responsabilidad disciplinaria. (v) regular la organización y el funcionamiento del Consejo de Mediación, (vi) formular propuestas de modificación o corrección de la normativa sobre la mediación. El Consejo de Mediación ha creado el Registro Nacional de

⁶⁹¹ Puede consultarse en: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ro-es.do?member=1 [Fecha de consulta: 25/03/2017].

⁶⁹² Igualmente existe un Estatuto profesional de la mediación, *-Statutul profesiei de mediator* – adoptado por el Consejo el 18.07.2015

⁶⁹³ *Consiliul de Mediere*, disponible en <http://www.cmediere.ro/> [Fecha de consulta: 15/03/2017].

⁶⁹⁴ Puede consultarse en: <http://www.just.ro/> [Fecha de consulta: 15/03/2017].

Asociaciones Profesionales de Mediadores en el que figuran las organizaciones privadas que promueven la mediación y representan los intereses profesionales de los mediadores.⁶⁹⁵

El Consejo de Mediación se encarga de la supervisión de todo lo relacionado con la mediación. La formación es privada, pero el Consejo es el órgano encargado de autorizar a los centros de que los programas responden a los mismos criterios. Hay una formación inicial de 80 horas.

28. Suecia

Suecia aplicó la Directiva mediante la promulgación de una nueva Ley y varias enmiendas a otras normas de procedimiento. Destacan en este país tres normas: por un lado, la Ley de mediación en algunos supuestos de conflictos civiles (2011:860),⁶⁹⁶ el Código Procesal, capítulo 42,⁶⁹⁷ y la Ley de arrendamientos.⁶⁹⁸

La mediación se admite en múltiples ámbitos, aunque es más frecuente en los asuntos de Derecho civil. Existe la posibilidad de recurrir a la intervención de un mediador en el transcurso del procedimiento judicial.

No existe un organismo central encargado de regular la profesión de mediador. Para solicitar información sobre la mediación es necesario contactar con la Agencia Nacional Sueca de la Judicatura,⁶⁹⁹ *Domstolsverket*. Esta institución ha elaborado una lista con las personas que se han mostrado dispuestas a desempeñar tales funciones.

⁶⁹⁵ Entre otros la siguiente lista de las asociaciones profesionales de servicios de mediación: Asociación de Mediadores de Bucarest (*Asociația Mediatorilor București*) <mailto:asociatia@mediatoribucuresti.ro>, Centro de Mediación de Craiova (*Centrul de Mediere Craiova*), *Constanta Mediation Centre* (*Centrul de Mediere Constanta*), Centro de Mediación de Timisoara (*Centrul de Mediere Timisoara*) <http://www.cmediere.ro/> [Fecha de consulta: 15/03/2017].

⁶⁹⁶ Ley de Mediación de 22 de junio de 2011. Lag (2011:860) om medling i vissa privaträttsliga tvister, Svensk författningssamling, disponible en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/sweden-mediation-act-2011-swedish.pdf> [Fecha de consulta: 07/05/2017].

⁶⁹⁷ *Rättegångsbalk* 1942:740, kapitel 42.

⁶⁹⁸ *Burgerlijk Wetboek*, disponible en <http://wetten.overheid.nl/zoeken/> [Fecha de consulta: 07/05/2017].

⁶⁹⁹ Puede consultarse en <http://www.domstol.se/> [Fecha de consulta: 07/05/2017].

En asuntos mercantiles, la Cámara de Comercio de Estocolmo⁷⁰⁰ y la Cámara de Comercio e Industria de Suecia Occidental⁷⁰¹ disponen de servicios dedicados a la mediación. Por otra parte, no hay normas específicas, tales como códigos de conducta para los mediadores.

El recurso a la mediación es totalmente voluntario. Las mediaciones no son gratuitas, teniéndose que acordar entre el mediador privado y las partes en conflicto el importe de los honorarios y cuyo coste se reparte equitativamente entre las partes. En asuntos penales, la mediación es gratuita tanto para las víctimas como para los infractores.

VI. ACUERDOS DE MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZOS. RÉGIMEN JURÍDICO

En virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) la libertad de circulación permite un espacio sin fronteras, contexto en el que los posibles obstáculos a las resoluciones o actos no hacen sino dificultar el ejercicio de las libertades amparadas por la Unión. Por ello, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantiles del todo necesaria para el buen funcionamiento del Mercado interior. En este sentido, resultaba necesario que las instituciones europeas propiciaran el reconocimiento, y ejecutividad de todos aquellos títulos con fuerza ejecutiva, judiciales o extrajudiciales, en el territorio de la UE y en conjunción con ello eliminar igualmente las posibles actuaciones intermedias para la ejecución, esto es, el *exequatur*. De este modo, la posibilidad de que una decisión judicial o, en general, un título ejecutivo, pudiera ser directamente aplicado en toda la Unión garantizaría los derechos subjetivos en todo el ámbito europeo.⁷⁰²

Así el Consejo Europeo de Tampere de 1999 estableció como una prioridad la eliminación de todas las medidas que obstaculizasen la eficacia intra-europea de las sentencias, proclamándose el denominado «principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil». El Programa adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, en su primera fase,

⁷⁰⁰The *Stockholm Chamber of Commerce*. Puede consultarse en <https://www.chamber.se/> [Fecha de consulta: 07/05/2017].

⁷⁰¹ Ofrece servicios de arbitraje y mediación y dispone de un reglamento de actuación y cláusulas modelo. Contiene un listado de mediadores acreditado por CEDR. Puede consultarse la información relativa a los servicios que prestan en <https://www.vastsvenskahandelskammaren.se/Start/> [Fecha de consulta: 07/05/2017].

⁷⁰² MÁRQUEZ CHAMIZO.E y PANSARD ANAYA.A.: “La ejecutividad de los acuerdos...”, *op.cit.*, p.42. [Fecha de consulta 24/03/2017].

incluía la supresión del *exequatur*.⁷⁰³ Hay que señalar que el *exequatur* ha sido concebido tradicionalmente como un mecanismo destinado a convertir una resolución extranjera en título ejecutivo para que así pudiera ejecutarse en el Estado requerido. De este modo, y como presupuesto necesario para su ejecución, ninguna resolución extranjera podría ejecutarse en otro Estado sin haber superado este trámite. Debemos esclarecer que en el marco europeo, la regulación de este procedimiento ha ido paulatinamente simplificándose en los distintos instrumentos jurídicos.⁷⁰⁴

A consecuencia de ello, el Reglamento (CE) 805/2004, de 21 de abril de 2004, creó un título ejecutivo europeo para los créditos no impugnados (en adelante RTEE),⁷⁰⁵ con la finalidad de

⁷⁰³ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 (Boletín de la Unión Europea, núm.10, 1999, pp. 7 ss). La supresión del *exequatur* ha sido uno de los principios de Derecho europeo tal y como establece los artículos 67.4 y 81.1 del TFUE. El artículo 67.4 TFUE dispone que «la Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil», mientras que el artículo 81.1 TFUE establece que «la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (...)»

⁷⁰⁴ De igual modo, en materia familiar, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II bis) (DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003; corr. de errores DOUE L 82, de 22 de marzo de 2013); y el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7, de 10 de enero de 2009; corr. de errores DOUE L 131, de 18 de mayo de 2011; DOUE L 8, de 12 de enero de 2013 y DOUE L 28, de 23 de octubre de 2013). Y en el ámbito patrimonial el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE L 143, de 30 de abril de 2004 y DOUE L 300, de 17 de noviembre de 2005); el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006); y el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 199, de 31 de julio de 2007). Ya en el Reglamento (CE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil entre Estados miembros (en adelante Bruselas I) («DOUE» núm. 12, de 16 de enero de 2001), la concesión del *exequátur* se distinguió por ser casi-automática, ya que en una primera fase el tribunal requerido se limitaba a realizar un mero control formal de los documentos exigidos, sin que pudiera comprobar ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento. Una vez dictada la resolución sobre la solicitud de *exequátur* cualquiera de las partes podía interponer un recurso, en cuyo caso el tribunal competente para conocer de dicho recurso, desestimaba el *exequátur* por la concurrencia de alguno de los motivos de denegación del reconocimiento.

⁷⁰⁵«DOUE» núm. 143, de 30 de abril de 2004. Véanse los Considerandos 3 y 4 del Reglamento (CE) 805/2004, de 21 de abril de 2004. Es la primera norma que prescinde en el marco europeo del *exequatur*. El Reglamento se aplica exclusivamente a las resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con fuerza ejecutiva que tengan por objeto los créditos que reúnan los requisitos que resultan de los artículos 2, 3 y 4 del RTEE. El crédito que pretenda certificarse como título ejecutivo debe ser un crédito líquido y exigible, entendiéndose por tal la «reclamación referida al pago de un importe determinado de dinero que sea exigible o cuya fecha de exigibilidad se indique en la resolución, transacción o documento público con fuerza ejecutiva» (artículo 3.1, en relación con artículo 4.2 RTEE). Debe de provenir de obligaciones civiles o mercantiles, con expresa exclusión de aquéllos que nazcan en

permitir el reconocimiento y la ejecución directa en todos los Estados miembros -con excepción de Dinamarca-⁷⁰⁶ de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin necesidad de procedimiento intermedio alguno en el Estado miembro de ejecución, esto es, prescindiendo del *exequatur*.⁷⁰⁷ De este modo, la tradicional exigencia de homologación judicial para la efectividad de un título ejecutivo, se sustituía por un principio de confianza en los órganos jurisdiccionales del EEMM.⁷⁰⁸

En el ámbito de la resolución extrajudicial de los conflictos y con el ánimo de lograr su implementación y armonización, se hacía del todo necesario algún tipo de mecanismo para garantizar que, en los asuntos transfronterizos, las soluciones alcanzadas pudieran ser eficaces en todos los EEMM evitando la necesidad de homologación en el resto del territorio de la Unión. El aumento de conflictos transnacionales tanto en el ámbito del comercio internacional como en el de las relaciones familiares, propiciaba, en orden a sus inherentes ventajas, la utilidad de los mecanismos ADR. De este modo se estableció como objetivo dotar de eficacia transfronteriza a los acuerdos suscritos entre las partes, para que resultasen ejecutables en todas las jurisdicciones, y así, fomentar su utilización.

Como resultado de este planteamiento, la Directiva 2008/52/CE insta a los Estados miembros para que aseguren la eficacia ejecutiva de los acuerdos,⁷⁰⁹ considerando que la mediación es una alternativa al procedimiento judicial que en ningún caso debe minusvalorarse por el hecho de que su cumplimiento derive de la voluntad de las partes. Así, establece que el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un

los ámbitos materiales que se indican en los dos primeros apartados del artículo 2 del RTEE. Debe de tratarse de “crédito no impugnado” (artículo 3 RTEE). La certificación como título ejecutivo de los documentos públicos con fuerza ejecutiva del artículo 4.3 es sencilla, ya que el crédito que se contiene en ellos ha sido expresamente admitido por el deudor. La certificación se obtendrá si el documento cumple los requisitos generales anteriormente expuestos, por lo que una vez cumplidos la solicitud de certificación de la transacción judicial, o del documento público con fuerza ejecutiva se cursará ante la autoridad o el órgano jurisdiccional competente (artículos 25.1 y 24.1 RTEE), cumplimentando los formularios normalizados que figuran en los Anexos II y III del Reglamento respectivamente.

⁷⁰⁶ Artículo 2.3 RTEE.

⁷⁰⁷ Artículos 1, 5, 24.2 y 25.2 RTEE.

⁷⁰⁸ MÁRQUEZ CHAMIZO, E. y PANSARD ANAYA, A.: “*Laejecutividad de los acuerdos...*”, *op.cit.* pp.43. Para una mayor comprensión del tema véase GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J.: *El título ejecutivo europeo, Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 47, 2009. GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J.: “La supresión del exequatur en Europa: el Título Ejecutivo Europeo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004, pp. 1619-1629. GASCON INCHAUSTI, F.: *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, 2005.

⁷⁰⁹ Salvo cuando sea contrario a la legislación, o cuando ésta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo por la índole del mismo. Considerando 19 Directiva 2008/52/CE.

Estado miembro «*debe ser reconocido y declarado ejecutivo*» en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación europea o nacional aplicable.⁷¹⁰ En la ley española se contemplan dos posibles situaciones ya distinguidas en el Capítulo II, epígrafe VII, apartado 4, la homologación judicial y la protocolización notarial.

Llegados a este punto, abordamos la cuestión del acuerdo de mediación transfronterizo por su especial transcendencia, no solo por ser el resultado del proceso al que se han sometido las partes, sino por las implicaciones que posteriormente puede llegar a tener. Quizás en el ámbito de las mediaciones transfronterizas cobra aún mayor interés por las dificultades que puede conllevar su ejecución en un país distinto a aquel donde ha sido adoptado, y los requisitos que pueden exigirse para su consideración como título ejecutivo.

La Directiva 2008/52/CE aún estableciendo los principios básicos aplicables a toda mediación con el objetivo de garantizar su interrelación con el proceso judicial, y la posterior ejecución del acuerdo resultante, sin embargo, en relación al ámbito internacional privatista, no tiene en cuenta aspectos sustanciales de gran relevancia. En este sentido, cuestiones relativas a la determinación de la ley aplicable a los diferentes contratos internacionales que se sustancian en una mediación, o los tribunales internacionalmente competentes ante los que se puede acudir para exigir el cumplimiento de los acuerdos, no son en absoluto objeto de su regulación.⁷¹¹

Por su parte, la LMACM, pese a referirse a la mediación transfronteriza, obvia cualquier referencia a estas cuestiones tan trascendentales no incorporando regulación alguna en referencia a la cláusula o pacto para mediar que establecen las partes, ni el régimen aplicable entre las partes o entre estas y el mediador, ni establece el marco del reconocimiento de la condición de mediador obtenido fuera de España o del ejercicio de sus funciones.⁷¹² En consecuencia, para resolver todos estos problemas conflictuales escasamente abordados por ambas normas, habrá que acudir al sistema general de Derecho internacional privado (en adelante Dipr).⁷¹³

⁷¹⁰ Considerando 20 Directiva 2008/52/CE.

⁷¹¹ La Directiva 2008/52/CE hace referencia a estas cuestiones en los Considerandos 19, 20 y 21, remitiéndose siempre al Derecho Internacional Privado de la Unión.

⁷¹² ESPLUGUES MOTA C.: "*Derecho del Comercio Internacional*", Tirant Lo Blanch, Ed. 7º, 2016, pp.426.

⁷¹³ En este sentido PALAO MORENO, G.: "El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, núm. 2, 2012, pp.315 a 320.

Por tal motivo, se hace necesario un análisis de las especificidades de la mediación transfronteriza y de las cuestiones relativas al acuerdo de mediación adoptado en un Estado de la Unión Europea, sus efectos vinculantes, su posible reconocimiento automático o mediante la técnica del *exequatur*, el procedimiento a seguir o la eficacia de los acuerdos alcanzados que posibiliten su ejecución forzosa en un Estado distinto de aquel en el que fueron adoptados.

1. Distinción entre los contratos existentes en una mediación.

Tal y como se puede extraer de la lectura de los capítulos anteriores, en el contexto de una mediación se generan diversos tipos de contratos. A falta de una homogeneidad en sus denominaciones y dado que la terminología utilizada es muy similar, conviene clarificar al máximo cada uno de ellos con el objetivo de evitar confusiones. Con este propósito, distinguimos en primer lugar entre el contrato celebrado entre las partes para someterse a mediación, comúnmente denominado cláusula o pacto de mediación, cuya naturaleza y características han sido expuestas en el Capítulo II, Epígrafe III, apartado 2. Seguidamente comentaremos el contrato que vincula a las partes con el mediador, para finalmente referirnos al contrato resultante de la mediación, aquel al que llegan las partes y que finaliza el procedimiento.

1.1. Contrato celebrado entre las partes: cláusula de mediación

Respecto al contrato celebrado entre las partes en el que se comprometen a acudir a mediación con la finalidad de encontrar una solución consensuada a su conflicto, esto es, la cláusula o pacto para mediar, normalmente vendrá incorporado como una estipulación en un contrato, sobretodo en el ámbito mercantil o comercial, aunque no olvidemos que es también posible redactar un compromiso posterior.

A diferencia de las cláusulas relativas a la sumisión jurisdiccional o cláusulas de elección de foro y al convenio arbitral, la estipulación que recoge el pacto de sometimiento a mediación carece de una regulación específica en el DIPr de la Unión Europea.⁷¹⁴ De igual modo, la LMACM no contiene precepto alguno en relación el acuerdo de sometimiento a mediación en caso de litigio

⁷¹⁴ Para los acuerdos de elección de foro véase el Reglamento Bruselas I (refundido) (artículos 25 y 26) y en relación a los convenios arbitrales, *vid.* el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961 (artículos 1 y 5) (en adelante CG 1961). De la misma manera, en los instrumentos internacionales hay que tener en consideración las normas del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (en adelante CNY 1958) (artículo II).

transnacional. En consecuencia, ante el hipotético caso de plantearse alguna cuestión en relación a tal cláusula, y dado que ni la Directiva 2008/52/CE ni la LMACM se pronuncian al respecto, es necesario acudir a las normas de DIPr.

En este sentido, la determinación del tipo contractual es una cuestión un tanto complicada porque no puede calificarse como una prestación de servicios, teniendo que recibir su propia calificación. ¿Y cómo se califica a la cláusula de mediación?

La cuestión referente a su naturaleza jurídica es muy discutida. Hemos tenido la ocasión de analizarlo en el Capítulo II, examinando los distintos argumentos en relación a la naturaleza contractual o extracontractual del pacto entre las partes para mediar. En el ámbito de las mediaciones internacionales su conceptualización cobra mayor importancia ya que en función de la naturaleza otorgada, la determinación de la ley aplicable al mismo reside en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Roma I o RRI)⁷¹⁵ o en el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante Roma II).⁷¹⁶

Si articulamos tal pacto sobre el principio de la voluntad de las partes como inspirador de la mediación,⁷¹⁷ nos permitiría apoyarnos en la tesis de que se trata de un pacto contractual, con independencia del grado de exigibilidad que pueda recibir en las distintas legislaciones internas europeas.⁷¹⁸ El Reglamento Roma I se aplica a todas las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, que impliquen un conflicto de leyes,⁷¹⁹ sin olvidar que la categoría o el

⁷¹⁵ «DOUE» núm. 177, de 4 de julio de 2008. La ley aplicable a los contratos internacionales firmados a partir del 17 de diciembre de 2009 (inclusive) se determina en la UE con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento Roma I. Sus disposiciones sustituyen al antiguo Convenio de Roma de 1980 (en adelante CR) (DO C 027 de 26.01.1998), europeizándolo y transformándolo en un Reglamento de la UE, introduciendo algunos cambios relevantes. Obliga a todos los EEMM salvo Dinamarca. Reino Unido ejercita su facultad de *opting in* para convertirse en Estado miembro del Reglamento (Decisión 2009/26/CE de la Comisión de 22 de diciembre de 2008 sobre la petición de Reino Unido de aceptar el Reglamento Roma I).

⁷¹⁶ «DOUE» núm. 199, de 31 de julio de 2007.

⁷¹⁷ Sobre la autonomía de la voluntad de las partes véase HERRERA DE LAS HERAS, R.: “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”. *Revista de Derecho*, Vol. XXV, núm. 1, 2012, pp. 175-193. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100008> [Fecha de consulta: 14/03/2017].

⁷¹⁸ A este respecto se pronuncia ESPLUGUES MOTA, C y AZCARRAGA MONZONIS, C.: “Mediación en conflictos transfronterizos” en *Comentarios a la Ley 5/2012...op.cit.*, pp.53.

⁷¹⁹ *Vid.* Artículo 1 RRI. Entre otros, ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G. *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp.576 y ss. CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional...op.cit.* Vol. II, p.765 y

concepto de obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, debe interpretarse de un modo autónomo, atendiendo a lo manifestado por el TJUE. En consecuencia, es aplicable a las obligaciones derivadas de contratos civiles, mercantiles, de trabajo, onerosos, gratuitos, lucrativos, típicos, atípicos, orales y escritos, sometidos al Derecho privado y nacidas de un «compromiso libremente asumido por una parte frente a otra». Esto permite afirmar que existiendo este tipo de compromiso u obligación, aunque ésta sea indeterminada, o una de las partes no haya intervenido en el acuerdo e incluso aunque no exista un contrato, pacto o compromiso, podemos hablar de materia contractual siguiendo la doctrina del TJUE.⁷²⁰

Siendo así, es decir, suficiente con que una persona se obligue voluntariamente frente a otras, el contrato o cláusula para mediar estaría dentro de esta categoría, ya que realmente cada una de ellas se está obligando a “intentar la mediación” y esto ya es en sí mismo una obligación. Habría de este modo, y siguiendo la línea jurisprudencial del TJUE, materia contractual.

Esta tesis parece igualmente favorecida por la redacción de la LMACM. El artículo 6.2 se refiere al «pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir». Se entendería así como un negocio jurídico basado en la voluntad libre de las partes y dotado de carácter contractual. Igualmente el artículo 10 en su párrafo segundo viene a señalar que «el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de estas impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle esta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

Por tanto, calificado el pacto para mediar de naturaleza contractual, en los conflictos transfronterizos relativos a la existencia, validez, eficacia e interpretación del pacto de sometimiento a mediación, sería de aplicación lo dispuesto en el Reglamento Roma I.

Cabe destacar que el referido Reglamento, como hemos apuntado anteriormente, excluye de su ámbito de aplicación todo lo relativo a los convenios arbitrales y cláusulas de elección de foro, pero sin embargo, no se pronuncia al respecto de los pactos o cláusulas de sometimiento a mediación, por lo que entendemos, que ante el silencio, sería factible su aplicación tanto para los

siguientes. RODRIGUEZ BENOT, A. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 2016, pp.241-249. ABARCA JUNCO, A. P.; GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M; MIRALLES SANGRO, P.P; PÉREZ VERA, E; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *Derecho Internacional Privado*, UNED, 2016.

⁷²⁰*Ibid.* STJUE 14 de marzo de 2013 as.C-19/11 *Ceska sporitelna a.s.vs.Gerald Feicher*, FD 47. En consecuencia, existiría materia contractual en el reconocimiento de deuda, en las promesas de pago y en las ofertas hechas al público.

pactos previos o posteriores al conflicto, como para las mediaciones intrajudiciales y extrajudiciales.⁷²¹

Explicado lo anterior, y en atención al carácter contractual de la cláusula de mediación, es preciso diferenciar los distintos aspectos que afectan su validez.

En primer lugar, la ley aplicable al fondo del pacto vendrá determinada por el artículo 3 del Reglamento, o en su defecto, por lo dispuesto en el artículo 4.⁷²² A pesar de lo anterior, aunque se considere que el pacto existe según la ley rectora del contrato, cualquiera de las partes tiene la capacidad para alegar que conforme a la ley del país de su residencia habitual, los actos que desarrolló no implican su consentimiento.⁷²³

En lo que respecta a la forma de la cláusula o pacto de mediación, el artículo 11.1 RRI establece que el contrato «entre personas o sus representantes que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración, será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o por la Ley del país donde se haya celebrado» y en un mismo orden de ideas, el art. 11.2 RRI establece que «el contrato entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países en el momento de su celebración, será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo, en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento».

Respecto a la determinación de la ley aplicable a la capacidad de las partes para acordar el pacto de sometimiento a mediación, dado que está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento⁷²⁴ se regirá por la ley nacional de los contratantes.⁷²⁵ No obstante, hay que tener en

⁷²¹ Es de la misma opinión ESPLUGUES MOTA, C y AZCARRAGA MONZONIS, C.: “Mediación en conflictos transfronterizos” en *Comentarios...*, *op.cit.* pp.54. E igualmente PALAO MORENO, G.: “Autonomía de la voluntad y mediación...”, *op.cit.* pp.12.

⁷²² Dado que no existe, en principio, una prestación característica, serían de aplicación los artículos 4.3 y 4.4 RRI.

⁷²³ Artículo 10.2 RRI. Véase LÓPEZ VALLÉS, S. y LÓPEZ CÁRDENAS, M.: “Aproximación a la regulación de la mediación en el Derecho internacional privado y el Derecho europeo”, *Universidad de los Andes, Facultad de Derecho Revista de Derecho Privado*, núm. 51, Enero - Junio de 2014, pp.18-19.

⁷²⁴ Artículo 1.2.a) Reglamento Roma I, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13.

⁷²⁵ Artículo 9.1 Cc.

consideración lo expuesto por el artículo 13 del Reglamento que dispone que en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país sí, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad, o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte. Esto implica que a pesar de que la capacidad para acordar el sometimiento a mediación se regule por las respectivas leyes nacionales de los contratantes, cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 13, la capacidad quedará regida por la ley del país donde las partes se encuentran localizadas geográficamente y hayan celebrado el contrato. De este modo se protege a la parte que actuó de buena fe frente a aquella que no lo hizo y que, conforme a su ley personal, era incapaz para suscribir el pacto.

Establecida su naturaleza contractual, podemos preguntarnos qué ocurriría en caso de incumplimiento, básicamente si alguna de las partes hace caso omiso del compromiso establecido en el pacto, y en vez de intentar la mediación, presenta una demanda por la vía judicial. Hemos analizado que dicha posibilidad tiene, en nuestro país, un mecanismo que paraliza esta actuación e impide la continuación del proceso judicial a través de la presentación de la declinatoria internacional. En cualquier caso y aunque esto sucediese, la parte que ha sufrido el perjuicio podría presentar una demanda de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, en cuyo caso sería necesario determinar los órganos jurisdiccionales competentes.

En el ámbito de la competencia judicial internacional, entendemos que podría aplicarse el Reglamento Bruselas I (refundido), ya que se trata de una obligación en materia contractual que no se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Reglamento,⁷²⁶ siendo de aplicación los foros de los artículos 4, 25 y 26.

Sin embargo en relación a este comportamiento y a las posibles cuestiones o consecuencias derivadas, no se contemplan por las distintas legislaciones nacionales de un modo homogéneo. Acerca de la efectividad de la cláusula o pacto para someterse a mediación, conviene comentar que en algunos ordenamientos jurídicos puede plantear problemas.

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

⁷²⁶ Recordemos que el artículo 1 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento el arbitraje, pero no se pronuncia en relación a ningún aspecto referente a las mediaciones transfronterizas.

parte de los contratantes.⁷²⁷ También en Alemania la determinación del carácter ejecutivo de la cláusula de mediación parece plantear algún problema, ya que la Suprema Corte Federal rechaza temporalmente las reclamaciones que contengan esta clase de estipulaciones. Una línea jurisprudencial interesante es la seguida por la Corte de Casación francesa, por la cual considera que cuando la redacción de la cláusula es clara, se debe dar eficacia a la mediación, inadmitiendo temporalmente la reclamación judicial,⁷²⁸ por tanto, para evitar que la incertidumbre en la voluntad emitida por las partes suponga un límite a la eficacia de la cláusula de mediación, resulta imprescindible una redacción clara y precisa de su contenido.⁷²⁹ En Suiza solo tienen eficacia aquellas cláusulas que señalan expresamente que la mediación es un procedimiento obligatorio para poder acudir a la jurisdicción. Por su parte, los tribunales australianos mantienen una postura intermedia ya que basan la posible efectividad de lo dispuesto por las partes en base al modo en que la cláusula ha sido redactada y en función de ello, le otorgan una efectividad total o parcial.

1.2. Contrato internacional entre el mediador y las partes

Se trata de un contrato plurilateral,⁷³⁰ consensual y oneroso suscrito entre las partes en conflicto, y el mediador o la institución de la mediación. Mediante el mismo, el mediador se compromete a prestar unos servicios determinados y específicos consistentes en proporcionar la

⁷²⁷Vid. LOPEZ VALLES S. y LOPEZ CARDENAS C.M.: “Aproximación a la regulación...”, *op.cit.*, pp.18-19. TOCHTERMANN, P. “Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution”, en *Uniform Law Review*. Agosto, 2008. t. 13, núm. 3, p. 687. Rev. dr. unif. 2008, pp 685-712. www.unidroit.org/english/.../review/.../2008-3-tochtermann-e.pdf.

⁷²⁸ A este respecto resulta interesante la sentencia de la *Cour de cassation*, April 08, 2009 (*case Cour de cassation, civile, Chambrecivile 1*, 8 avril 2009, 08-10.866) que estima que la mediación se convierte en obligatoria por contemplarse en una cláusula contractual. Así dispone que la mediación prevista en un contrato para dirimir controversias sobre las diferencias de interpretación resulta obligatoria una vez aceptado el contrato. Esta obligatoriedad de la cláusula significa que no se puede acudir directamente a la jurisdicción sin intentar previamente la mediación. «Una parte no puede, de antemano, negarse a un procedimiento de mediación que todavía no ha sido puesto en marcha si la cláusula de mediación, prevista en el contrato, establece la subsidiariedad del tribunal sólo para el caso de fracaso o de negativa ante una mediación ya iniciada».

⁷²⁹LOPEZ VALLES S. y LOPEZ CARDENAS C.M.: “Aproximación a la regulación...*op.cit.*p18. Argumentan estos autores que sería deseable una armonización normativa que resolviera la cuestión de la validez de la cláusula de mediación, lo que permitiría «impulsar definitivamente el empleo de cláusulas o pactos de sometimiento a mediación como un estándar de procedimiento a nivel internacional para resolver de manera adecuada y eficiente cualquier conflicto».

⁷³⁰ Se trata de un negocio jurídico bilateral, aunque su carácter plurilateral deriva de que las partes en conflicto siempre serán como mínimo dos, e igualmente es posible que existan varios mediadores. Así se pronuncia igualmente, entre otros LOPEZ VALLES S. y LOPEZ CARDENAS C.M.: “Aproximación a la regulación...”, *op.cit.* pp.20.

información precisa, orientación, dirección, y asistencia, durante todo el procedimiento, destacando la inexistencia de facultades decisorias en la concreción del posible acuerdo final, y recibiendo como contraprestación unos honorarios.

Esta es una obligación de medios y no de resultados, ya que el mediador ha de dirigir y organizar el procedimiento de mediación, sin que en ningún caso pueda preverse si finalmente conseguirá que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin a su conflicto o consigan transformar este. La calificación jurídica de su naturaleza deviene esencial en orden a los problemas que pueden suscitarse en torno al mismo.

A) Competencia judicial internacional

En caso de surgir problemas en relación al referido contrato y en el ámbito internacional, surgirá el problema de la determinación del tribunal competente. Este aspecto, no es contemplado ni en la Directiva 2008/52/CE, ni en la LMACM, por lo que es necesario acudir a los instrumentos del DIPr. Concretamente, habría que acudir al Reglamento Bruselas I (refundido). La calificación realizada en torno al contrato es esencial, ya que a la hora de determinar la competencia judicial internacional, el Reglamento establece diferentes criterios de atribución de competencia, en función del tipo contractual de que se trate. Considerándose una relación jurídica contractual que podemos calificar como contrato de prestación de servicios, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I (refundido),⁷³¹ por lo que sería competente el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, esto es, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios de mediación, salvo pacto en contrario de las partes.

También es posible que las partes y el mediador hayan elegido el arbitraje como vía para resolver cualquier controversia que se produzca en la ejecución o interpretación del contrato, en cuyo caso, habrá que estar a lo pactado por ellos en el convenio arbitral, distinguiendo se según se trate de un arbitraje institucional, ad hoc, de derecho o de equidad, y entendiéndose que, en caso de conflicto, el árbitro tendrá mayor libertad para laudar que los órganos jurisdiccionales, bien con arreglo a la ley pactada por las partes, o incluso de acuerdo a la *Lex Mercatoria* y a los usos y costumbres del sector.

⁷³¹ Sin olvidar los foros de la autonomía de la voluntad (artículos 25 y 26) y el foro general del domicilio del demandado (artículo 4).

B) Ley aplicable al contrato entre el mediador y las partes

Al igual que en el supuesto precedente, la Directiva 2008/52/CE no se refiere a esta relación contractual de un modo expreso, aunque es cierto que de modo indirecto alude a la misma a través del artículo 9, refiriéndose a los mediadores y organismos «*que presten servicios de mediación*». ⁷³² En cuanto a la posible valoración otorgada por la LMACM, tampoco determina expresamente la naturaleza de este vínculo, pero el artículo 14 y en relación a la responsabilidad de los mediadores, dispone que estos deben de «*cumplir fielmente el encargo*», ⁷³³ por lo que, al igual que lo anterior, podemos deducir el carácter contractual de la misma. El mediador en el cumplimiento de su labor y una vez aceptado el mandato, se compromete a prestar sus servicios por cuenta y encargo de las partes.

En las mediaciones internacionales se hace del todo necesario y recomendable la redacción de un documento contractual entre todas las partes implicadas que contenga las reglas básicas de la mediación y un convenio de confidencialidad, siendo firmado por las partes intervinientes y el mediador. El mediador deberá acreditar que la ley aplicable a los derechos y obligaciones objeto de mediación son disponibles por las partes. La determinación de la ley aplicable a la disponibilidad de la mediación, se realizará mediante la aplicación de las normas de conflicto, según el objeto sobre el que verse la mediación.

En lo relativo a la determinación de la ley aplicable al fondo del contrato entre las partes y el mediador, igualmente adquiere relevancia la calificación que se realice del contrato, puesto que el Reglamento Roma I también establece distintas soluciones en función del tipo de contrato de que se trate. Dado que hemos convenido que es un contrato de prestación de servicios, el fondo del mismo se regirá en primer lugar por la ley elegida por las partes, según lo establecido en el artículo 3 y en defecto de elección de parte, por la ley del país de residencia habitual del prestador de servicios, es decir, del mediador. ⁷³⁴ Podría aplicarse igualmente la cláusula de excepción del

⁷³² Artículo 9 Directiva 2008/52/CE: “Los Estados miembros fomentarán, por los medios que consideren oportunos, el acceso del público en general, en particular vía Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación. A este respecto se pronuncian *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C y AZCARRAGA MONZONIS, C.: “Mediación en conflictos transfronterizos” en *Comentarios a la Ley 5/2012, ..., op.cit.* pp.55.

⁷³³ Artículo 14 LMACM: “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben.

⁷³⁴ Artículo 4.1.b) RRI. Cabe recordar que el Reglamento Roma I utiliza conceptos propios y autónomos del Dpr de la UE, debiéndose interpretar de un modo muy amplio, no solo como contrato de arrendamiento

artículo 4.3 del Reglamento Roma I, en el supuesto hipotético que el mediador hubiera cambiado de sede a otro país, y por tanto, la conexión con el ordenamiento jurídico anterior se hubiera tornado realmente anecdótica y el contrato no presentase vínculos suficientes.

En cualquier caso, conviene tener presente lo dispuesto en el artículo 3 con objeto de evitar maniobras fraudulentas en la elección de ley aplicable al contrato. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, modificación que no impedirá la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros. No obstante, cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados, en el momento de la elección, en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

Para el segundo supuesto, establece que será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales en cualquiera de las siguientes leyes: la ley que rige el fondo, la ley de cualquiera de los países en que se encuentren cualquiera de las partes en el momento de la celebración del contrato o la ley del país de residencia habitual de cualquiera de ellas (artículo 1.2).

En lo que respecta a las formalidades necesarias para la validez del contrato, será aplicable, el artículo 11 del Reglamento Roma I. Distingue entre contratos celebrados entre personas que se hallen en un mismo o en distintos países en el momento de la celebración del contrato. En el primero de los casos, será válido en cuanto a la forma si se ajusta a la ley que rige el fondo o a la ley del país donde se haya celebrado.⁷³⁵

En lo tocante a la ley aplicable a la capacidad de las partes para obligarse, al igual que en el supuesto anterior, es necesario acudir a las normas de conflicto del artículo 9.1 Cc, determinándose por su nacionalidad, es decir, por su ley personal.

de servicios, sino comprendiendo tanto obligaciones de medios como de resultado, y aquellas que generan obligaciones de hacer, de no hacer, las que comportan la obligación de poner a disposición una cosa. Vid. A este respecto y en relación a los múltiples y variados contratos incluidos. Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “*Derecho Internacional...*”, *op.cit.* Vol. II, pp.819 y ss. En el mismo sentido véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “*The law applicable to international Mediation contracts*”, pp.37, Simposio Tribunales y mediación, nuevos caminos para la justicia. Comunicaciones. Organizado por GEMME, Barcelona, 18-19 junio 2009.

⁷³⁵ Ambas conexiones son alternativas y permiten potenciar la validez formal del contrato.

En cuanto a la determinación de las posibles responsabilidades que la actuación del mediador pudiera derivar, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo II (*supra* Capítulo II. epígrafe V, apartado 3).

Lo esencial será que las partes en el momento de la celebración del contrato elijan cual es la ley aplicable al mismo para evitar dificultades posteriores.

1.3. Contrato resultante de la mediación

Una vez todo lo anterior, y sin restar importancia a los anteriores tipos contractuales, conviene detenerse en el acuerdo resultante de la mediación.

Los acuerdos de mediación se adoptan en el marco de la autonomía de la voluntad, teniendo como único límite la disponibilidad de los derechos, por ello una vez que las partes han encontrado la solución a su conflicto, la plasmación por escrito de las distintas obligaciones y derechos que se devengan para cada uno de ellos deviene esencial ya que una vez firmado se convierte en un documento vinculante fruto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esta autonomía de la voluntad encuentra ciertos límites provenientes de la disponibilidad de los derechos sujetos a mediación internacional, y de la ley aplicable a las posibilidades de acuerdo de las partes.

A pesar de todo, conviene tener claro que los acuerdos resultantes de un procedimiento de mediación, no pueden asimilarse a las decisiones judiciales aunque hayan tenido lugar durante el transcurso de un procedimiento judicial y, en consecuencia, hayan sido homologados por un tribunal. Con anterioridad hemos constatado como la doctrina ha utilizado diferentes denominaciones para el acuerdo resultante de una mediación, y como la calificación jurídica del acuerdo alcanzado en mediación es esencial para determinar su eficacia. Su calificación depende de lo considerado en cada Estado miembro, ya que podría ser calificado como acuerdo transaccional, acta de conciliación o sencillamente un mero acuerdo.⁷³⁶ En definitiva se trata de negocios jurídicos

⁷³⁶ MORENO CORDERO, G.: “La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”. *Revista de la Corte Española de Arbitraje, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España*, 2009, pp. 99.

mediados⁷³⁷ entre particulares, que nacen del acuerdo voluntario entre ellos, y que tienen una especial tipología.⁷³⁸

Lo cierto es que una vez adoptado y en caso de inobservancia de su contenido, la parte que efectivamente ha cumplido con sus obligaciones dispone de varias posibilidades, dependiendo de la naturaleza que haya adoptado el acuerdo resultante de mediación, ya que las alternativas van a variar según haya adquirido fuerza ejecutiva o se encuentre contenido en un documento puramente contractual.

En primer lugar y en el caso de que el acuerdo de mediación estuviese contenido en un documento puro y únicamente contractual, puede intentar la celebración de una nueva mediación (por si logra un acuerdo con la parte incumplidora), salvo que una norma interna lo impida, o recurrir a la vía judicial mediante un procedimiento declarativo para dar cumplimiento a lo pactado en el acuerdo⁷³⁹, o plantear *ex novo* el asunto ante los tribunales, haciendo caso omiso del acuerdo y con el objeto de conseguir una sentencia obligatoria emanada de un órgano jurisdiccional aunque, posiblemente, tenga contenido distinto al acuerdo.

En este sentido y dado que la Directiva 2008/52/CE no regula la naturaleza del acuerdo de mediación, los Estados miembros disponen de plena libertad para aplicar normas diferentes en lo que se refiere a la calificación del acuerdo resultante de mediación. La mayoría de ellos consideran que se trata de un documento contractual no ejecutivo, necesitándose un acto de una autoridad para su apreciación como ejecutivo.⁷⁴⁰ En otros casos, como Austria, los acuerdos de mediación se consideran títulos ejecutables. En Letonia, la legislación de transposición regula la aplicabilidad de los acuerdos alcanzados a través de la mediación judicial. Cuando las partes han llegado a un acuerdo mediante mediación extrajudicial, que normalmente se lleva a cabo por mediadores no

⁷³⁷ GARCIA VILLALUENGA, L.: “*Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*”. Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 493. Afirma que se trata de un negocio jurídico mediado, lícito, nacido como consecuencia de la labor mediadora, constituido por varias declaraciones de voluntad, y tutelado por el derecho que le atribuye determinados efectos jurídicos.

⁷³⁸ IGLESIAS BUIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R “Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos” en “*Comentarios a la Ley 5/2012...*”, cit., pp.276

⁷³⁹ Recordemos que en el acuerdo de mediación las partes asumen verdaderas obligaciones que son exigibles desde su firma. Si alguna parte se negara a cumplir las suyas, y la otra estuviera dispuesta a respetar el acuerdo, ésta siempre dispondría de la acción ordinaria de cumplimiento de contrato, ejercitable a través del oportuno procedimiento declarativo, y siendo resuelta en una sentencia que podría ser ejecutada como corresponde a cualquier título ejecutivo judicial.

⁷⁴⁰ En Bulgaria el acuerdo es vinculante, incluso si únicamente es verbal. Alemania (sólo si es por escrito), España, Países Bajos y Eslovenia.

certificados, los acuerdos podrían hacerse ejecutables mediante escritura notarial.⁷⁴¹ En consonancia con la Directiva, los Estados miembros ofrecen medios para hacer cumplir los acuerdos de mediación. Los procedimientos nacionales varían considerablemente e incluyen la aprobación de notarios, abogados, organizaciones de mediación y tribunales.

No obstante la eficacia extraterritorial de los acuerdos será extensamente comentada en el epígrafe siguiente.

A) Competencia judicial internacional para conocer de acuerdos transfronterizos de mediación

Respecto al tribunal competente para solicitar la ejecución en España de un acuerdo de mediación adoptado en el extranjero, la LMACM determina cual es el tribunal español competente para la ejecución de los acuerdos de mediación, pero se trata de una norma de competencia interna, no de competencia judicial internacional. Dispone así, que la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo, y si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación. No obstante, no aporta solución alguna para los supuestos en los que los acuerdos hayan sido bien homologados o adoptados en el extranjero, y pretendan ser ejecutados en España. Se hace necesario la aplicación de las normas de DIPr en lo referente a la competencia judicial internacional, así como las normas de distinta fuente aplicables en función de la materia objeto de mediación.

B) Ley aplicable al acuerdo resultante de mediación

La LMACM no dispone nada relativo a la ley aplicable a los acuerdos resultantes o adoptados en el marco de una de la mediación, ni a la ley aplicable al procedimiento de mediación con elementos de extranjería. El artículo 2.1 LMACM señala que «es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable», por lo que son las partes quienes expresa o tácitamente señalan su aplicación. En un litigio transfronterizo, esto supone una deslocalización que otorga a las partes el derecho a fijar el régimen jurídico si se realiza en España y al menos una de las partes tiene su

⁷⁴¹ Artículo 107.1, Ley Notarial.

domicilio en España.⁷⁴² Así según el artículo 2.1 LMACM sería la ley española la reguladora de una mediación celebrada en España siempre que afecte a derechos disponibles, incluidos los conflictos transfronterizos.

En cuanto a la disponibilidad por las partes del objeto del conflicto, observamos que la LMACM al igual que la Directiva 2008/52/CE se refiere a los derechos o materias disponibles. Esta cuestión es importante ya que es posible que existan diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, lo que implica que en mediaciones transfronterizas la concurrencia de dos ordenamientos jurídicos distintos con disposiciones opuestas suponga un peligro para la futura ejecución del acuerdo, si por ejemplo, uno de ellos no reconoce la disponibilidad de las materias objeto de su contenido.

El artículo 2.1 LMACM se refiere a legislación aplicable. En un conflicto doméstico, esta ley lógicamente es la española, pero en un conflicto transfronterizo deberíamos estar a las normas de DIPr. La Directiva únicamente se refiere a que se aplicará la «*legislación pertinente*»⁷⁴³ expresión un tanto vaga, interpretado por la doctrina⁷⁴⁴ en el sentido de que habrán de entrar en juego las normas de DIPr que regulen la materia concreta de que se trate, siendo la legislación pertinente aquella que determinen las correspondientes normas de conflicto de leyes.

Al tratarse de un contrato, cuando sea de aplicación el DIPr de la Unión Europea, habrá que acudir también al Reglamento Roma I, que es el que determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales.⁷⁴⁵

Conviene recordar que las funciones que desempeñan la ley aplicable al contrato, en virtud de las normas de conflicto, son fundamentalmente tres. Por un lado, confieren fuerza vinculante al acuerdo y fijan las condiciones de su existencia, de otro establece el marco imperativo del contrato en el que opera la autonomía de los contratantes y finalmente fija el marco supletorio para todo lo que las partes no han previsto. El poder vinculante del contrato lo fija un concreto ordenamiento

⁷⁴² ESPLUGUES MOTA, C.: “*El régimen jurídico de la mediación...*”, *op.cit.* pp.189.

⁷⁴³ Véase el Considerando 10 de la Directiva.

⁷⁴⁴ Véase al respecto el análisis de DIAGO DIAGO, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. “*La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*”, Colex, 2008, pp. 265 a 298.

⁷⁴⁵ A este respecto conviene tener en cuenta las exclusiones del Reglamento previstas en su ámbito de aplicación material (artículo 1 RRI) y el carácter universal del texto, permitiendo que la ley designada se aplique aunque sea la de un Estado no miembro (artículo 2 RRI).

jurídico a partir de un planteamiento básico como es el *pacta sunt servanda*.⁷⁴⁶ De este modo, la ley del contrato rige los elementos esenciales y los accidentales.⁷⁴⁷

Cuando el acuerdo es transfronterizo, está sujeto en cuanto a su validez formal y de fondo a una ley determinada por el sistema de normas de conflicto del ordenamiento jurídico donde se ha formalizado. En España al igual que en el resto de los países de la Unión el sistema de las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales se establece en el Reglamento Roma I, salvo los supuestos expresamente excluidos del artículo 1.2. Si el objeto del acuerdo de mediación versa sobre alguno de los excluidos, habrá que estar a lo dispuesto por las norma de conflicto que de distinta fuente resulte aplicable".

En el supuesto de que el acuerdo de mediación internacional verse sobre obligaciones contractuales en materia civil y mercantil será de aplicación el Reglamento Roma I. Como ya hemos analizado el art. 3.1 RRI recoge el principio base de la contratación internacional según el cual las partes son libres de elegir la ley aplicable al fondo del acuerdo de mediación. Esta elección del derecho regulador del contrato aporta seguridad jurídica a las partes al convenir la ley que regirá los aspectos de su relación contractual. Ahora bien, se exigen unos condicionantes que deben observarse ya que esta elección debe ser clara, a favor de una ley estatal⁷⁴⁸ y objeto de un negocio jurídico. En cuanto a la forma de manifestar esa voluntad, el art. 3.1 RRI contempla estas posibilidades: la elección de ley aplicable puede ser *expresa* o resultar *inequívoca* de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (art. 3.1 RRI).⁷⁴⁹ Cuando la elección no sea expresa, el

⁷⁴⁶ En España nos referimos a los artículos 1091, 1254, 1255 y 1278 Cc. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "*Derecho de los negocios internacionales*"..., *op.cit.* pp.259.

⁷⁴⁷ Regula la existencia y validez del contrato, su fuerza obligatoria, los sujetos obligados, la licitud de las cláusulas pactadas por las partes, la interpretación, el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, modos de extinción, y las consecuencias derivadas de su nulidad. (Artículo 12 RRI).

⁷⁴⁸ La elección de ley debe referirse a una ley estatal de un concreto ordenamiento jurídico. No cabe únicamente elegir *Lex Mercatoria*, o un Principio *Unidroit*, ya que no se considera *lex contractus*, sino determinados pactos interpartes incorporados al contrato. Habrá que tener igualmente en cuenta las condiciones recogidas en el artículo 3, incluyendo las reglas tendentes a evitar las prácticas fraudulentas. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J. "*Derecho Internacional Privado...*", *cit.* Vol. II, pp. 777 y ss. CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRIGUEZ NEBOT, A., RODRIGUEZ VAZQUEZ, M^oA., YBARRA BORES, A. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 244 y ss. ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G. *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp.578 y ss.

⁷⁴⁹ Se establecen ciertas exigencias para esta consideración referidas a una elección inequívoca, cierta (no presunta), debe manifestarse expresamente, constar en el contrato, o en otro documento escrito, evitando la forma oral por lo difícil de su prueba. Se admite la elección implícita de la ley, esto es, aquella realizada por las partes sin que conste de modo explícito esa elección de ley. Se establecen ciertos requisitos tales como la exigencia de certeza total, y que resulte inequívocamente de los términos de contrato o de las circunstancias del caso. En definitiva, todo esto implica que el juez debe quedar absolutamente

legislador exige que resulte “inequívoca”, esto es, que pueda deducirse de manera indudable de los términos del contrato o bien de las circunstancias del caso.⁷⁵⁰ No se exige ningún vínculo objetivo entre los elementos del contrato y la ley elegida la ley escogida puede ser la de cualquier país, presente alguna relación con el contrato o no; esto es, no se introducen límites a las posibilidades de opción por las partes que podrán escoger la ley de cualquier Estado. En la elección de ley las posibilidades de las partes son muy amplias, pudiendo elegir varias leyes aplicables a distintas partes del mismo contrato, o elegir solo una para una parte del contrato,⁷⁵¹ elegir una ley antes, durante o tras la conclusión del contrato e incluso variar la elección ya realizada.

En defecto de pacto, la ley aplicable debe determinarse con arreglo al artículo 4 RRI, según las normas específicas de cada tipo particular de contrato. En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (artículo 4.2 RRI). El artículo 4.2 RRI es meramente subsidiario y se aplica de modo residual, solo opera en defecto del Artículo 3 RRI.⁷⁵² A este respecto, cabe destacar que en ocasiones la determinación de la prestación más característica

convencido, que las partes eligieron esa ley. Si existe la más mínima duda, la elección no será admitida por el juez. Así, la elección de ley queda clara examinando los términos del contrato y las circunstancias del caso. No obstante, en los considerandos del Reglamento se establece que, el acuerdo por el que las partes deciden conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competencia para resolver los litigios derivados de un contrato, será uno de los factores que deban tenerse en cuenta para determinar si existe una elección tácita de ley (Considerando 12).

⁷⁵⁰ Por ejemplo, si el contrato se remite reiteradamente a una ley estatal en su clausulado, ello puede ser expresión de una posible elección de ley aplicable a favor de la misma; también las circunstancias que rodean la operación son elementos a tener en cuenta a la hora de valorar una eventual elección tácita de la ley aplicable. En cualquier caso, la consideración del conjunto de los elementos presentes debe poner de manifiesto con claridad que la voluntad de las partes de elegir una determinada ley existió (es decir, acordaron una ley aunque no hicieron constar de manera expresa su elección). Lo que implica que el juez no puede proceder a designar la ley aplicable que, según su criterio, las partes hubieran elegido si lo hubieran pensado. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional...cit.* Vol. II, pp. 779. En general ABARCA JUNCO, A. P.; GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M; MIRALLES SANGRO, P.P; PÉREZ VERA, E; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *Derecho Internacional ...op.cit.*

⁷⁵¹ El artículo 3.1 RRI se refiere a un principio que se justifica en la autonomía de la voluntad, esto es, al fraccionamiento de ley o *Depeçage*. Se trata de una elección múltiple o parcial de ley del contrato, pudiendo ser leyes de distintos Estados, elegidas por los contratantes para aplicar a distintas partes del contrato. Puede ser parcial o completo, según se aplique a una sola parte del contrato o se eligen expresa o tácitamente varias leyes estatales aplicables a diferentes partes del contrato. Realmente si por analogía las partes pueden elegir una ley aplicable a parte de su contrato, también pueden elegir la ley reguladora de varias partes del mismo. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional..., cop.cit.* pp.794. ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G. *Derecho Internacional...op.cit.*

⁷⁵² Comprende tres grupos de contratos: los no recogidos en el Artículo 4.1, aquellos con los que el Art. 4.1 no puede operar por motivos técnicos y los contratos complejos.

resultará sencillo, sin embargo habrá circunstancias en las que se tornará complicado porque posiblemente ambos realicen prestaciones similares. La única solución implica analizar cada contrato y sus particularidades para determinar, en función de la gravedad de la prestación, cual es la más compleja y complicada y la que conlleva más riesgos, ya que se considerará la más característica.

En los restantes supuestos, o cuando el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país, se aplicará la ley de este último (artículos 4.3 y 4.4.). Este es un precepto excepcional que requiere que la vinculación se desprenda claramente y responde a un principio de proximidad. Con todo, una mediación en condiciones normales suele presentar vínculos muy estrechos con el país cuya ley rige la relación jurídica a la que se refiere la mediación. Si estos vínculos no fueran suficientes, también es posible que esté vinculada con el país donde tengan la sede común los contratantes. En defecto de estos vínculos se valorarían otros datos como el país donde deba surtir efecto y donde deba tener lugar la mediación, el país de celebración del acuerdo o negociación, el idioma de acuerdo o la nacionalidad de las partes.⁷⁵³

Por último, en cuanto a la forma, será aplicable, el artículo 11 del Reglamento Roma I, el cual establece, como ya se ha señalado, la ley aplicable a la validez formal. Al igual que en el punto anterior, la capacidad de las partes para obligarse vendrá determinada por su nacionalidad según el artículo 9.1 Cc.

El Reglamento Roma I impone la aplicación de las normas de policía del foro y permite la aplicación de las de aquellos países en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, siempre que de no observarse la ejecución del contrato devenga ilegal.⁷⁵⁴

Conviene recordar la posibilidad de inaplicación de tal ley si es manifiestamente contraria o incompatible al orden público internacional del foro.⁷⁵⁵ El juez español no aplicará ese derecho y

⁷⁵³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional...*, op.cit. pp.880.

⁷⁵⁴ En cualquier caso, e intentando solventar los problemas de identificación que esta categoría normativa había suscitado, el Reglamento define las normas de policía como aquellas disposiciones cuya observancia es esencial para la salvaguardia de los intereses públicos de un país, tales como su organización política, social o económica.

⁷⁵⁵ Así, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico no sería admisible un acuerdo de mediación regido por una ley que permitiese una total exoneración de responsabilidad de una de las partes, o leyes que establecen acciones imprescriptibles, o que restringen la competencia.

buscará otra ley más vinculada con el asunto, localizando otro punto de conexión subsidiario, si es que la norma de conflicto lo tiene, y en su defecto aplicando la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos, que operaría como cláusula de cierre. Como último recurso siempre le queda la posibilidad de aplicar la *lex fori*.⁷⁵⁶

El artículo 6 de la Directiva, permite que los acuerdos suscritos en mediación tengan fuerza ejecutiva siempre que a alguna de las partes así le interese. Si las partes no instan al órgano competente la homologación del acuerdo mediante su acción conjunta o con el consentimiento explícito de las demás, la atribución de fuerza ejecutiva deviene imposible. Esto implica la imposibilidad de que la mediación pueda desplegar el efecto pretendido.

2. Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación.

Una vez claros los supuestos que califican la internacionalidad del conflicto y de la mediación, es necesario establecer los posibles mecanismos para dotar a los pactos resultantes de la mediación de la suficiente fuerza para que puedan traspasar fronteras. La tutela judicial para ser efectiva requiere que las sentencias y otras resoluciones judiciales se cumplan en sus propios términos. Así, una resolución judicial o un laudo arbitral dictado en España despliegan aquí sus efectos, pero si ha sido dictado en un Estado extranjero, no producirán efectos por sí mismos, siendo necesario, en principio, un acto de reconocimiento por el juez español.

Con los acuerdos de mediación, cabe aplicar el mismo principio. En las controversias con elementos de extranjería las partes pueden estar legítimamente interesadas en que el futuro pacto alcanzado sea reconocido, y en su caso, ejecutado en otro/s de un modo sencillo y efectivo. Si esto no fuera posible, el éxito de la mediación estaría menoscabado y el esfuerzo realizado habría sido mermado e ineficaz. Es necesario por ello crear un marco jurídico seguro, que permita sin trabas la eficacia extraterritorial de los acuerdos resultantes de la mediación.

⁷⁵⁶ Es muy común en los contratos internacionales que las partes no puedan probar el derecho que han designado como ley aplicable. Y finalmente se acaba aplicando la *lex fori*. Lo cierto es que lo más lógico sería que si el derecho no se puede probar, se desestime la pretensión, pero no siempre es así.

En el ámbito europeo, la mediación ha supuesto cierta armonización para que los acuerdos que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro sean igualmente reconocidos y declarados ejecutivos en el resto de los EEMM.⁷⁵⁷

Sin embargo, tal y como analizaremos, la armonización legislativa no es absoluta, y fuera del territorio de la UE, prácticamente inexistente lo que implica que cada Estado aplique sus normas internas previstas para el reconocimiento y ejecución, siendo unánime la exigencia de que el acuerdo de mediación no sea contrario al derecho del Estado en el que se solicita la ejecución, y junto con ello, la legislación de dicho Estado debe prever con carácter expreso el carácter ejecutivo del contenido del acuerdo. Así, y como hemos visto, lo más habitual es que no cuente con eficacia por sí mismo, sino que la intervención de una autoridad pública es la que le otorga tal carácter y le convierte en documento público con fuerza ejecutiva.

En el capítulo anterior hemos profundizado en la falta de homogeneidad existente y en el modo en que cada Estado decide el sistema para que los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo. Conviene detenernos ahora con más exactitud, ya que afecta directamente a su circulación internacional.

En este orden de ideas, la eficacia extraterritorial de las resoluciones y documentos públicos extranjeros tradicionalmente ha estado sometida a un reconocimiento previo por parte del Estado requerido y una declaración de ejecutividad, conocida como *exequatur*. Esto significa que para que un acuerdo de mediación despliegue sus efectos más allá del territorio en el que ha sido adoptado, en principio es necesario someter dicho acuerdo a un previo reconocimiento y, en caso necesario, a una declaración de ejecutividad. Convertido el acuerdo de mediación adoptado en el extranjero en título ejecutivo, ya es posible ejercitar el proceso de ejecución.

No obstante, con carácter previo, es necesario distinguir entre reconocimiento y declaración de ejecutividad.

La distinción fundamental, radica en que son actos procesales independientes con distintas funciones y de los que se derivan efectos diversos. La obtención del reconocimiento de un acuerdo de mediación despliega una serie de efectos jurídicos, como puede ser el efecto de cosa juzgada material. Desde la perspectiva del Derecho procesal civil español, se aplica la teoría de la extensión

⁷⁵⁷ Considerando 20. El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro, debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable.

de los efectos, la cual considera que el ordenamiento jurídico del Estado de origen (esto es, el Estado en el que radica el órgano jurisdiccional que ha adoptado la resolución que pretende ser reconocida y declarada ejecutiva en España) es el que determinará los efectos que desplegará la resolución, extendiéndose éstos al Estado requerido en virtud del reconocimiento.⁷⁵⁸

Aplicando este principio a los acuerdos de mediación dictados en el extranjero, su reconocimiento permitirá desplegar en España los efectos que el ordenamiento jurídico del Estado de origen haya otorgado a dicho acuerdo. En este sentido, en nuestro país se entiende que el acuerdo de mediación y la transacción participan de una misma naturaleza jurídica, por lo que la doctrina hace extensible la eficacia del acuerdo transaccional –novatoria y excluyente–, muy próxima a la eficacia de cosa juzgada de las sentencias firmes, aunque no idéntica.⁷⁵⁹ Por otro lado, la declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación concede a éste el efecto ejecutivo, esto es, lo convierte en título ejecutivo necesario para ejercitar el proceso de ejecución. Dicha conversión puede llevarse a cabo bien a través de un procedimiento jurisdiccional específico (*exequatur*), o bien de forma automática, según su procedencia territorial. En ambos casos, el acuerdo de mediación deberá cumplir con una serie de condiciones fijadas por la normativa aplicable en materia de declaración de ejecutividad.

Así, los acuerdos de mediación con pronunciamientos meramente constitutivos o declarativos desplegarán sus efectos con el simple reconocimiento; mientras que los acuerdos con pronunciamientos ejecutivos, esto es, con pronunciamientos de condena, van a requerir el reconocimiento y de una declaración de ejecutividad. Y por último, los documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales precisan de la declaración de ejecutividad.

Siendo así, resulta imprescindible conocer la naturaleza del acuerdo de mediación que pretenda ser ejecutado en un país distinto a aquel en el que fue alcanzado. En caso de que el contenido del acuerdo resultante de la mediación haya adquirido su carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, debe someterse al reconocimiento y declaración de ejecutividad. Sin embargo, si consta en un documento público con

⁷⁵⁸ Para un estudio más detallado véanse GARAU SOBRINO, F. F.: “Artículo 42.Procedimiento de exequatur”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil* (Dir. MENDEZ GONZALEZ F.P y PALAO MORENO, G.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017. pp. 453 y del mismo autor GARAU SOBRINO, F. F.: “*Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*”, Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008, pp. 119.

⁷⁵⁹ Véase SENÉS MOTILLA, C.: “*El acuerdo de mediación y su ejecución*”, en LOPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coord.), *op. cit.* pp. 30 y ss.

fuerza ejecutiva, como pueda ser una escritura pública, sólo es necesaria la declaración de ejecutividad y no del reconocimiento.⁷⁶⁰

Procede abordar la eficacia y ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros en España, refiriéndonos en primer lugar aquellos que tengan fuerza ejecutiva y distinguiendo tanto según su procedencia territorial, como en función del documento final en el que estén insertos, para analizar posteriormente los acuerdos que carezcan de eficacia ejecutiva y el tratamiento que recibe en nuestro país.

En este sentido no debemos olvidar que el acuerdo de mediación puede estar contenido en tres documentos distintos, que implican diferentes formas para dotarlos de eficacia. En primer lugar puede ser el resultado de la solución adoptada por las partes en una mediación celebrada estando en curso un procedimiento judicial, con lo que el acuerdo resultante habrá sido homologado por el juez y se contendrá en un auto de homologación (resolución) o en su caso en una transacción judicial (lo que permitiría de un modo factible la aplicación con carácter general del Reglamento Bruselas I (refundido), o del RTEE, Reglamento 2201/2003, Reglamento 4/2009⁷⁶¹ o el

⁷⁶⁰ En el ámbito europeo, dicha teoría encuentra su reflejo en el art. 58 del Reglamento Bruselas I bis: Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva. La ejecución de un documento público solo podrá denegarse en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido parece que se refieren exclusivamente a la declaración de ejecutividad y no al reconocimiento.

⁷⁶¹ «DOUE» núm. 7, de 10 de enero de 2009. Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Considerandos (24) Las garantías que aporta la aplicación de las normas de conflicto de leyes deberían justificar que las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 sean reconocidas y gocen de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y sin que en el Estado miembro de ejecución se controle en forma alguna el fondo de la resolución. (25) El reconocimiento en un Estado miembro de una resolución en materia de obligaciones de alimentos tiene como único objeto permitir el cobro del crédito alimenticio determinado en la resolución. No implica, en cambio, que dicho Estado miembro deba reconocer las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad que sean la base de la obligación de alimentos que dio origen a la resolución. (26) Por lo que respecta a las resoluciones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, debe preverse en el presente Reglamento un procedimiento de reconocimiento y de otorgamiento de la ejecución. Dicho procedimiento debería inspirarse en el procedimiento y en los motivos de denegación de reconocimiento previstos en el Reglamento (CE) no 44/2001. A fin de acelerar el procedimiento y para que el acreedor pueda cobrar rápidamente lo que se le adeuda, conviene disponer que el órgano jurisdiccional requerido debería dictar su resolución en plazos determinados, salvo circunstancias excepcionales. El artículo 2.3 define documento público con fuerza ejecutiva como un documento en materia de obligaciones de alimentos formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto, o bien un acuerdo en materia de obligaciones de alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas del Estado miembro de origen o formalizado por ellas.

Reglamento 650/2012).⁷⁶² En segundo lugar, puede constar en un documento público, en cuyo caso también podrían aplicarse los mismos Reglamentos. Por último, recordemos que puede contenerse en un documento privado, de naturaleza contractual, que las partes no han protocolizado y que pese a su efecto vinculante para ellas, *per se*, como tal, carece de eficacia ejecutiva.⁷⁶³

En lo referente a los acuerdos de mediación que pudieran haberse logrado en el transcurso de un arbitraje, como hemos indicado anteriormente, cabe la posibilidad de lograr su ejecución a través de otro instrumento, el Convenio de Nueva York de 1958, ya que en puridad, se han convertido en un laudo por acuerdo entre las partes. En este sentido conviene retrotraerse a la situación previa a la existencia de la LMACM, momento en que los acuerdos de mediación únicamente podían aspirar a ser considerados documentos puramente contractuales sin posibilidad alguna de eficacia ejecutiva, salvo la opción de exigir su cumplimiento por la vía de un procedimiento judicial. Sin embargo, recordemos que para el supuesto en que hubiesen sido adoptados en el marco de un arbitraje, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 LA era posible que tal acuerdo pudiera hacerse constar en forma de laudo, a solicitud de las partes y si los árbitros no apreciaban motivo para oponerse.⁷⁶⁴ Esta opción, que en la actualidad, puede igualmente ser ejercitada, permitía la eficacia de un acuerdo de mediación, que de otro modo no era posible. Para lograr el reconocimiento y ejecución de este laudo fuera del país donde ha sido dictado, habrá que estar a lo dispuesto en el CNY 58.⁷⁶⁵

⁷⁶² «DOUE» núm. 201, de 27 de julio de 2012. Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁷⁶³ PALAO MORENO, G.: “Enforcement of Foreign Mediation Agreements within the European Union”, en *“Boundaries of European Private International Law, Las fronteras del Derecho Internacional Privado Europeo”*, Jean-Sylvestre Bergé, Stéphanie Francq, Miguel Gardenes Santiago, Bruylant, Ed. 1°, 2015, pp.86.

⁷⁶⁴ De este modo, el laudo adquiere eficacia juzgada y se convierte en título ejecutivo. El artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, prevé la misma situación, ya que señala que sí, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, “hará constarla transacción” en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

⁷⁶⁵ A este respecto se manifiestan igualmente, NAVAS GLEMBOTZKY, J.R.: “El *enforcement* del acuerdo...”, *op.cit.*, pp. 8.

2.1 Acuerdos con fuerza ejecutiva en otro Estado

La LMACM, regula en el párrafo primero del artículo 27, la ejecución de los acuerdos transfronterizos⁷⁶⁶. Se refiere a los acuerdos adoptados en mediaciones celebradas fuera de España y que pretendan ser eficaces en nuestro país. La redacción de este artículo, con posterioridad a la LCJIMC, señala que «sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil»⁷⁶⁷

De modo que, siguiendo lo dispuesto en dicha norma, para determinar el régimen jurídico aplicable a un acuerdo extranjero, en primer lugar debemos acudir a la normativa de la Unión, y cuando proceda a los posibles convenios multilaterales o bilaterales que sean de aplicación y en defecto de todo ello, a lo dispuesto en la LCJIMC, que tiene carácter subsidiario.

Realmente la LMACM establece exclusivamente una doble distinción según el acuerdo de mediación tenga o no carácter ejecutivo, sin realizar referencia alguna a su procedencia territorial.⁷⁶⁸ Sin embargo, el sistema que habrá que aplicar para su reconocimiento y ejecución en nuestro país será diferente en función del lugar donde aquel haya sido adoptado y del objeto mismo del acuerdo. Por lo que, a efectos de una mayor claridad y comprensión, comenzaremos por abordar la cuestión según la procedencia territorial de los acuerdos, exponiendo el procedimiento para el reconocimiento y ejecución de acuerdos originarios de países de la Unión, subdividiéndolos según su ámbito material, para después proceder al análisis de los acuerdos procedentes de países con los que exista un Convenio bilateral o multilateral cuyo ámbito de aplicación lo contemple y a continuación concluiremos con lo dispuesto el régimen interno, previsto para acuerdos provenientes de otros países. Todo lo anterior, teniendo siempre en cuenta que para todos ellos, y con independencia de su procedencia, caso de no haber adquirido la condición de título ejecutivo

⁷⁶⁶ ESPLUGUES MOTA, C.: “*El régimen jurídico de la mediación civil...*” *op.cit.*, pp.196. Considera que la rúbrica no es acertada ya que debería denominarse “extranjeros”.

⁷⁶⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil («BOE» núm. 182 de 31 julio 2015). En esta nueva versión se refiere a “reconocimiento y ejecución”, mientras que en la anterior únicamente se hacía mención a la ejecución. Véase PELLISÉ DE URQUIZA, C.: “Disposición final tercera. Modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en “*Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*” (Dir. MENDEZ GONZALEZ F.P y PALAO MORENO, G.) Tirant Lo Blanch, 2017. Critica el sintagma «sin perjuicio de lo que disponga la normativa de la UE y los convenios internacionales vigentes en España», cuando ya el artículo 2 LCJIMC señala el carácter subsidiario de la ley, considerando que es innecesario y confuso.

⁷⁶⁸ Artículo 27, párrafo 2º LMACM.

en el país de origen, el acuerdo resultante de la mediación únicamente podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

Una vez realizada esta consideración, en primer lugar conviene distinguir los acuerdos de mediación procedentes de un Estado miembro de la Unión,⁷⁶⁹ y considerando la hipótesis de que el documento público ha sido declarado ejecutivo en el país de origen, y pretende lograr su eficacia extraterritorial en otro EEMM.

2.1.1. Acuerdos procedentes de un EEMM de la Unión Europea

En este sentido y dado que no se ha establecido ni en la Directiva 2008/52/CE, ni en la Ley española que la traspone, normas especiales sobre el reconocimiento y ejecución extraterritorial de los acuerdos de mediación firmados en otro Estado distinto al de ejecución, es necesario acudir a la legislación europea aplicable. En particular y según la materia objeto del acuerdo de mediación, habrá que tener en cuenta las disposiciones de los distintos Reglamentos que contienen normas relativas al sistema de reconocimiento y ejecución de los títulos ejecutivos, advirtiendo ya de las diferencias según cada uno de los instrumentos jurídicos a los que nos vamos a referir a continuación, aunque la tendencia general en los últimos años ha sido la eliminación progresiva del *exequatur*.

Con carácter previo, conviene tener presente el concepto de documento público con fuerza ejecutiva que ha sido establecido por la jurisprudencia del TJUE, es decir, aquellos documentos que no son resoluciones judiciales, cuya fuerza ejecutiva ha sido establecida por una autoridad pública de un EEMM, u otra autoridad habilitada al efecto, que se extiende tanto a la firma como al contenido del documento y que es ejecutivo en el EEMM en que ha sido formalizado.⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ Recordemos que Dinamarca no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva.

⁷⁷⁰ A este respecto véase la STJUE de 17 de junio de 1999, asunto C-260/97, *Unibank A/S*. El Tribunal de Justicia rechazó que se atribuyera la condición de «documento público» a unos documentos extendidos por particulares sin que hubiese participado una autoridad pública o habilitada a tal fin, aunque con arreglo a su legislación de origen tuvieran fuerza ejecutiva. En la actualidad, los Reglamentos de última generación ya contienen una definición de documento público con fuerza ejecutiva, adoptada según los criterios establecidos por la Sentencia anterior; sirva como ejemplo el artículo 2.c) del Reglamento Bruselas I (refundido); artículo 1.i) del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; artículo 2.3 del Reglamento 4/2009 en materia de alimentos; artículo 1.c) del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que

En primer lugar debemos referirnos al Reglamento Bruselas I (refundido) cuyas disposiciones serán aplicables siempre que se trate de un acuerdo de mediación en materia civil y mercantil, con la excepción de las materias relativas al estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones, la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos, la seguridad social y el arbitraje.⁷⁷¹ Debe tratarse de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea y formalizado con posterioridad al 10 de enero de 2015.⁷⁷² El Reglamento es igualmente aplicable en Dinamarca en virtud del Acuerdo Unión Europea-Dinamarca.⁷⁷³

Por tanto, si el acuerdo de mediación versa sobre contenido patrimonial, la libre circulación del mismo queda sujeto a lo dispuesto en este Reglamento, sin que sea necesario *exequatur*.⁷⁷⁴ En el ámbito de lo establecido por el artículo 58.1 del Reglamento Bruselas I (refundido), los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva. Y su ejecución solo podrá denegarse en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido.⁷⁷⁵

se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales o el artículo 1.d) del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁷⁷¹ Artículo 1 del Reglamento Bruselas I (refundido).

⁷⁷² Artículo 66 en relación con el Artículo 81 del Reglamento Bruselas I (refundido). Para los acuerdos de mediación adoptados con anterioridad, habría que estar a lo dispuesto en el Reglamento 44/2001 (Bruselas I).

⁷⁷³ Mediante la Decisión 2006/325/CE del Consejo, la Comunidad celebró un acuerdo con Dinamarca por el que se establecía la aplicación de las disposiciones del Reglamento (CE) no 44/2001 en Dinamarca. DO L 120 de 5 de junio de 2006.

⁷⁷⁴ Entre otros DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, núm. 8013, 2013, Disponible en <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> [Fecha de consulta: 25/02/2017]

⁷⁷⁵ Véanse el artículo 39: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva»; el artículo 58: «Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva»; y el artículo 59: «Las transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los documentos públicos».

En el caso español, son competentes los Juzgados de Primera Instancia, cuya competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte contra la que se solicita ejecución, o por el lugar de ejecución.

El documento público presentado debe reunir los requisitos de autenticidad necesarios (exigencias de forma) para ser considerado auténtico en el Estado miembro de origen (58.2) y debe ser ejecutivo según la ley del Estado de origen, lo que se acredita con una certificación expedida por la autoridad competente o el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, a instancia de cualquier parte interesada. El certificado contiene un resumen de la obligación ejecutiva consignada en el documento público, utilizando el modelo de formulario que figura en el anexo II del Reglamento reseñado.⁷⁷⁶

No se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un Estado (art 61). Así el documento, la certificación la traducción y su certificación no requieren legalización ni formalidad alguna, quedando prohibido el control de competencia de la autoridad de origen

De otra parte, en el caso de que se tratase de un acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados en materia civil y mercantil, cabe la opción de acudir al Reglamento 805/2004 (RTEE). El Reglamento se aplica exclusivamente a las resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con fuerza ejecutiva que tengan por objeto los créditos que reúnan los requisitos que resultan de los artículos 2, 3 y 4 del RTEE.

Así, si el crédito contenido en la resolución, transacción judicial o documento público ejecutivo que se pretenda certificar como título ejecutivo (se entiende que el acuerdo de mediación estuviese contenido en alguno de estos documentos) ha de cumplir los siguientes requisitos: debe tratarse de un crédito líquido y exigible, entendiendo por tal la “reclamación referida al pago de un importe determinado de dinero que sea exigible o cuya fecha de exigibilidad se indique en la resolución, transacción o documento público con fuerza ejecutiva”⁷⁷⁷ ha de provenir de obligaciones civiles o mercantiles, con expresa exclusión de aquéllos que nazcan en los ámbitos

⁷⁷⁶ Artículo 60 Reglamento Bruselas I (refundido).

⁷⁷⁷ Artículo 3.1, en relación con artículo 4.2 RTEE.

materiales que se indican en los dos primeros apartados del artículo 2 del RTEE y debe de tratarse de “crédito no impugnado”.⁷⁷⁸

En referencia a la certificación como título ejecutivo de los documentos públicos con fuerza ejecutiva del artículo 4.3 es extraordinariamente sencilla, pues se parte de que el crédito que se contiene en ellos ha sido expresamente admitido por el deudor. La certificación se obtendrá si el documento cumple los requisitos generales que anteriormente expuestos. Cumplidos esos requisitos, la solicitud de certificación de la transacción judicial o del documento público con fuerza ejecutiva se cursará ante la autoridad o el órgano jurisdiccional competente (artículos 25.1 y 24.1), cumplimentando los formularios normalizados que figuran en los Anexos II y III del Reglamento respectivamente.⁷⁷⁹

Para el supuesto de que el acuerdo de mediación verse sobre materia matrimonial o responsabilidad parental, el reconocimiento y declaración de ejecutividad de dicho acuerdo deberá someterse a lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, (en adelante Bruselas II).⁷⁸⁰ Contempla la declaración de ejecutividad automática únicamente de resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor.

Referente a un acuerdo relativo a obligaciones de alimentos, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 4/2009 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Artículo 3 RTEE.

⁷⁷⁹ Véase ANDRÉS CIURANA. B.: “El título ejecutivo europeo: un paso hacia el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Uriá y Menéndez*, 2005 Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1382/documento/articuloUM.pdf?id=3208> [Fecha de consulta: 10/04/2017]

⁷⁸⁰ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, (en adelante Bruselas II), (DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2003), por el que se deroga el Reglamento (CE) nº1347/2000. El Reglamento Bruselas II se aplica a los acuerdos de mediación adoptados con posterioridad al 1 de marzo de 2005 en un EEMM, siempre que su contenido verse sobre materia matrimonial y de responsabilidad parental (*Vid.* artículo 1). La declaración de ejecutividad automática se limita a ciertas resoluciones Véanse arts. 40 y ss.

⁷⁸¹ DOUE L 7, de 10 de enero de 2009.

Y finalmente en el caso de que el acuerdo de mediación verse sobre materia sucesoria se aplicará lo dispuesto en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.⁷⁸²

Otro Reglamento que contiene disposiciones sobre el reconocimiento de títulos ejecutivos (resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales) es el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia.⁷⁸³

Conviene mencionar, aunque todavía no son aplicables, dos nuevos Reglamentos relativos al régimen económico matrimonial y a las relaciones patrimoniales de las uniones de hecho registradas, en los que, igualmente, se suprime el trámite del *exequatur*, puntualizando que ambos se encuadran en el ámbito de la cooperación reforzada,⁷⁸⁴ por lo que no serán de aplicación en todos los EEMM sin perjuicio de que los restantes puedan adherirse en un futuro. Se trata del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.⁷⁸⁵ Igualmente referirnos al Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el

⁷⁸² «DOUE» núm. 201, de 27 de julio de 2012.

⁷⁸³ «DOCE» L 160, de 30 de junio de 2000.

⁷⁸⁴ España, Suecia, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Croacia, Chipre, Eslovenia, Francia, Portugal, Italia, Malta, Luxemburgo, Alemania, República Checa, Países Bajos, Austria, y Finlandia.

⁷⁸⁵ «DOUE» L 183/30, de 8 de julio de 2016. Este Reglamento triple prevé la libre circulación de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, con el objetivo de lograr un reconocimiento mutuo basado en la confianza resultante de la integración de los EEMM en la Unión. Se aplicará a las acciones judiciales planteadas, a los documentos públicos formalizados, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 29 de enero de 2019. Véase comentario de CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas”, Opinión, *El Notario del Siglo XXI*, ENS XXI, núm. 69, septiembre - octubre 2016, disponible en <http://www.elnotario.es/>. Vid. PEREZ MARTIN, L.A.: “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la mediación”, en *El derecho internacional privado de familia, nuevas soluciones y ¿nuevos problemas?*, Edt. Tirant lo Blanch, (en prensa) (por cortesía del Autor).

reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.⁷⁸⁶

Volviendo a lo anterior, con carácter general, las disposiciones de ámbito europeo contemplan un sistema de reconocimiento y declaración de ejecutividad automáticos, en la línea de lo establecido en el art. 81 TFUE.⁷⁸⁷ Téngase en cuenta que no todas las normas de la UE contemplan la declaración de ejecutividad automática, aunque es cierto que la tendencia con los últimos instrumentos legislativos de la UE ha sido la supresión paulatina de obstáculos.

El reconocimiento automático supone que los acuerdos de mediación serán reconocidos en el Estado requerido sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno, si bien todo acuerdo deberá cumplir con una serie de condiciones (presupuestos del reconocimiento y motivos de denegación del reconocimiento) para proceder de forma automática a su reconocimiento. La declaración de ejecutividad automática supone que los acuerdos de mediación serán declarados ejecutivos en el Estado requerido sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno, lo que sin duda aportará una mayor celeridad a la hora de proceder a la ejecución de los acuerdos de mediación.

2.1.2. Acuerdos procedentes de terceros Estados

A) Convenios multilaterales

Cuando el acuerdo de mediación ha sido alcanzado en un país externo a la Unión Europea, debemos determinar en primer lugar si existe algún convenio bilateral o multilateral con dicho Estado que sea de aplicación, en cuyo caso habrá de estarse a lo que disponga el mismo. En este

⁷⁸⁶ DOUE» núm. 183, de 8 de julio de 2016, DOUE L183/1 de 8 de julio de 2016. El Reglamento otorga una definición de documento público a aquel (...) «en materia de régimen económico matrimonial que ha sido formalizado o registrado como documento público en un Estado miembro y cuya autenticidad se refiere a la firma y al contenido del documento público, y ha sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad facultada a tal fin por el Estado miembro de origen». Según el artículo 36 «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de seguir procedimiento alguno, y las que sean ejecutorias en dicho Estado se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se haya declarado que poseen allí fuerza ejecutiva de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57». Al igual que el anterior se aplicará a partir del 29 de enero de 2019. Véase artículos, 42 y 58.

⁷⁸⁷ Antiguo art. 65 TCE.

sentido, debemos referirnos a los acuerdos de mediación procedentes de un país miembro del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Lugano II ó CL 2007).⁷⁸⁸

Así, Suiza, Noruega e Islandia, tienen un régimen jurídico similar al marco jurídico establecido en la Unión, debido a la adopción de la Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.⁷⁸⁹

En este sentido, el Convenio de Lugano determina un procedimiento rápido al objeto de garantizar la ejecución de resoluciones judiciales, de documentos públicos con fuerza ejecutiva y de las transacciones judiciales, que sigue la línea de lo dispuesto en el Reglamento 44/2001. Así, el Convenio prevé en su artículo 57 que «los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado vinculado por el presente Convenio, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado vinculado por el Convenio, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes (...)»

Este procedimiento exige *exequatur* y el documento público debe ser ejecutivo según el Estado de origen, acreditándose con la certificación según el formulario que figura en el anexo VI y reunir las condiciones de autenticidad (forma) exigidas por la ley de dicho Estado. Si el juez del Estado requerido lo exige, debe presentarse una traducción certificada por persona autorizada, tanto

⁷⁸⁸ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. (2009/C 319/01) El Convenio, firmado el 30 de octubre de 2007 por la entonces Comunidad Europea junto los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC/EFTA), integra actualmente a, Islandia, Noruega y Suiza, sustituyó al anterior Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (DO L 319 de 25.11.1988). Tras su entrada en vigor, pueden adherirse al Convenio los futuros miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), los Estados miembros de la Unión que actúen en nombre de determinados territorios no europeos que formen parte del territorio de ese Estado miembro o que sean responsables de las relaciones exteriores de dichos territorios, o cualquier otro Estado por acuerdo unánime de todas las Partes contratantes. El Convenio sigue el marco jurídico de la Unión Europea, sobre todo el Reglamento 44/2001 (Bruselas I) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil entre Estados miembros. Por lo tanto, las normas serán similares en la UE, Suiza, Noruega e Islandia. El Convenio también facilitará el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales nacionales de estos países.

⁷⁸⁹ Véase la Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE 21.12.2007, L 339/1. DOUE» núm. 339, de 21 de diciembre de 2007.

del documento como de la certificación. Ningún documento requiere legalización u otra formalidad.

Los documentos presentados deberán reunir las condiciones de autenticidad necesarias en el Estado de origen y deberán acompañarse de una certificación, conforme al formulario normalizado que figura en el anexo VI del Convenio, expedido, a instancia de cualquier parte interesada, por la autoridad competente del Estado vinculado por el Convenio en el que se hubiere formalizado el documento público con fuerza ejecutiva.

Respecto a la posibilidad de recurso con arreglo a los artículos 43 o 44, únicamente podrá desestimarse o revocarse el otorgamiento de la ejecución cuando ésta fuere manifiestamente contraria al orden público del Estado requerido.

Por último, hemos de contemplar la posibilidad de que el acuerdo de mediación celebrado en Suiza, Noruega o Islandia no esté recogido en una resolución judicial, documento público con fuerza ejecutiva o transacción judicial, es decir, que sea un documento de naturaleza privada, en este caso se trataría de un contrato privado que sólo podría ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás, con objeto de cumplir los requisitos establecidos en la normativa española.⁷⁹⁰

En cuanto al ámbito multilateral, conviene igualmente referirse al Convenio de La Haya 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (en adelante CHEF)⁷⁹¹ aplicable actualmente en las relaciones entre los países de la UE (excepto Dinamarca) y México, único país que por el momento lo ha ratificado⁷⁹².

El CHEF es un convenio doble, que incorpora normas de competencia judicial y reconocimiento de resoluciones. En materia de competencia (arts. 5 a 7), establece la eficacia atributiva de los acuerdos de elección de foro (como elemento determinante para atribuir

⁷⁹⁰ NAVAS GLEMBOTZKY, J.R.: “El *enforcement*...”, *op.cit.* pp.14.

⁷⁹¹ En vigor desde el 1 de octubre de 2015 (10 años después de su adopción). Es de destacar su escasa aplicación hasta que nuevos Estados lo vayan ratificando, ya que entre los EEMM se aplica el Reglamento Bruselas I bis. Este el Convenio ha sido firmado por treinta países: los países miembros de la Unión Europea (salvo Dinamarca), Singapur, Estados Unidos y México. No obstante, únicamente lo han ratificado y por tanto está en vigor para México y la Unión Europea. <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=98>

⁷⁹² Este Convenio no es aplicable entre Estados miembros de la UE, ya que tiene preferencia el Reglamento Bruselas I (refundido) (artículo 25).

competencia al tribunal designado) así como su eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales de los demás Estados. En materia de reconocimiento y ejecución (arts. 8 a 15), determina el régimen de eficacia transfronteriza de las resoluciones de los tribunales designados en un acuerdo de ese tipo.⁷⁹³

En relación a su ámbito material de aplicación, se limita a acuerdos exclusivos de elección de foro en casos internacionales entre profesionales en asuntos civiles o comerciales (artículo 1), siempre que no se trate de ninguna de las materias excluidas conforme al artículo 2. Cabe reseñar que se encuentran incluidos la inmensa mayoría de los contratos más frecuentes en el ámbito internacional, pese a que la lista de materias excluidas es bastante extensa. Entre ellas se encuentra el arbitraje y los procedimientos relacionados con el mismo⁷⁹⁴, pero no se menciona en ningún caso los contratos de mediación, por lo que entendemos que es posible su aplicación, siempre y cuando su objeto no estuviese contenido en la lista de exclusiones del artículo 2.

Con todo y en relación a las normas de competencia judicial internacional del CHEF, el RBI(refundido) prevalece sobre el Convenio, salvo cuando el demandante o el demandado tengan su residencia en un Estado contratante del CHEF que no sea miembro del RBIbis (artículo 26.6.a).⁷⁹⁵

Esto significa que tratándose de un acuerdo de mediación concluido entre una partes con domicilio en un EEMM y Méjico respectivamente, se aplicaría el CHEF, al igual que si hubiesen insertado una cláusula de sometimiento a Tribunales de Méjico. Por tanto estos serían competentes

⁷⁹³ Véase entrada de DE MIGUEL ASENSIO, P.: “Entrada en vigor y aplicación del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro”, 1 de octubre de 2015, disponible en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/10/entrada-en-vigor-y-aplicacion-del.html>. Véase el análisis realizado por PEREZ PACHECO, Y.: “El Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro, La adhesión de México y la posible incorporación de otros estados latinoamericanos”, *Revista Perspectiva Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, num.2 disponible en <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/el-convenio-de-la-haya-sobre-acuerdos-de-eleccion-de-foro-la-adhesion-de-mexico-y-la-posible-incorporacion-de-otros-estados-latinoamericanos>

⁷⁹⁴ Artículo 2 Expresamente excluidos los acuerdos de esta naturaleza contenidos en los contratos en los cuales intervengan un consumidor y los contratos de trabajo. Tampoco se aplicará en materia de estado y capacidad jurídica de las personas físicas, derecho de familia y sucesiones, propiedad intelectual, concursal, derechos reales inmobiliarios y arrendamiento de inmuebles, transporte de pasajeros y mercancías, ni en las demás materias específicamente señaladas en el Convenio, como el arbitraje y los procedimientos relacionados con el mismo (art. 2). El fundamento de estas exclusiones, en muchos casos, responde a la existencia de instrumentos específicos en dichas materias, ya sean de carácter internacional, regional o nacional que consagran la jurisdicción exclusiva para esas materias

⁷⁹⁵ No es aplicable entre los Estados miembros del RBI bis.

para conocer de cualquier cuestión relacionada con la interpretación o ejecución del acuerdo de mediación.

En relación a las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones (artículo 26.6.b) su aplicación se circunscribe a las resoluciones dictadas en un Estado miembro del RBI bis que pretenda su eficacia extraterritorial en Méjico, como las resoluciones dictadas en este país que pretendiesen su reconocimiento y ejecución en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I bis. Por tanto y haciendo extensiva su aplicación, podría reconocerse y ejecutarse un acuerdo de mediación cuyo soporte fuera una resolución, ejecutoria en origen, y siempre que no proceda su denegación por lo dispuesto en el artículo 9.

B) Convenios bilaterales

En relación al derecho convencional, existen diversos convenios y tratados que podrían servir de soporte a la ejecución y reconocimiento de acuerdos de mediación. La inmensa mayoría se refiere al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. No obstante, hay que tener en cuenta que muchos de estos Convenios bilaterales han sido concluidos con Estados que hoy forman parte de la Unión Europea y por tanto los términos de su vigencia se encuentran afectados por los Reglamentos de la UE sobre ese sector.⁷⁹⁶

Hay que señalar que los convenios en materias particulares en los que los EEMM fueran partícipes, no quedan afectados por los instrumentos de DIPr de la UE, pero no pueden ser modificados ni celebrarse nuevos convenios, ya que es competencia exclusiva de la Unión. Los EEMM no pueden celebrar convenios con terceros estados en las materias cubiertas por los Reglamentos existentes.

España ha ratificado convenios bilaterales con diversos países en materia de cooperación judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias. Entre ellos cabe citar los siguientes: Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil, entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989;⁷⁹⁷ Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y

⁷⁹⁶ Hay que destacar un importante número de países con los que España mantienen una presencia cultural y económica importante, que sin embargo no se han concluido Convenios.

⁷⁹⁷ «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 1991.

mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992;⁷⁹⁸ el Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000;⁷⁹⁹ el Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989;⁸⁰⁰ el Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997;⁸⁰¹ el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989;⁸⁰² el Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001⁸⁰³ y el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005.⁸⁰⁴

El Convenio bilateral entre los Reinos de España y Marruecos de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa de 1997, comprende la asistencia judicial en dichas materias, pero también el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos. Cabe destacar que en Marruecos, el acuerdo de mediación se equipara a un acuerdo transaccional con eficacia de cosa juzgada y carácter ejecutivo.⁸⁰⁵

Siendo así, los acuerdos de mediación tendrían cabida a través de este Convenio, que contempla una serie de condiciones para obtener el reconocimiento y/o declaración de ejecutividad

⁷⁹⁸ «BOE» núm. 26, de 31 de enero de 1994.

⁷⁹⁹ «BOE» núm. 256, de 25 de octubre de 2001.

⁸⁰⁰ «BOE» núm. 3, de 3 de enero de 1991.

⁸⁰¹ «BOE» núm. 151, de 25 de junio de 1997.

⁸⁰² «BOE» núm. 85, de 9 de abril de 1991.

⁸⁰³ «BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 2003.

⁸⁰⁴ «BOE» núm. 103, de 1 de mayo de 2006.

⁸⁰⁵ Ley Marroquí de arbitraje y de mediación convencional de 30 de noviembre de 2007 (Ley núm. 08-05. Ley nº 08-05 derogando y reemplazando el Capítulo VIII del Título V del Código procesal civil).

jurisdiccional (art. 23), tales como la fuerza ejecutiva del acuerdo en el Estado de origen y que no sea contrario al orden público del Estado en que se solicita la ejecución.⁸⁰⁶

El Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001, contempla un proceso jurisdiccional basado en el cumplimiento de una serie de condiciones establecidas en el mismo, como pueden ser que la competencia del órgano jurisdiccional para dictar la resolución en el Estado de origen, que la resolución sea firme y con fuerza ejecutiva en el Estado que dictó la resolución, (art. 17).

Por su parte, el Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén, el 30 de mayo de 1989, es aplicable a la homologación de acuerdos de mediación civil y mercantil entre ambos países. La mediación en Israel está regulada como método alternativo a la vía judicial para la resolución de conflictos desde el año 2003, dotando de fuerza ejecutiva a los acuerdos alcanzados.⁸⁰⁷ Según establece el Convenio, las sentencias dictadas en materia civil y mercantil por los tribunales de una de las partes contratantes se reconocerán y declararán ejecutivas en el territorio de la otra parte contratante conforme las condiciones que establecen el propio Convenio. A los efectos del convenio se entiende por «sentencia» cualquier resolución de los Tribunales, sea cual fuere su denominación, incluyendo decisiones, decretos, órdenes y transacciones judiciales. El ordenamiento jurídico español entiende que el acuerdo de mediación y la transacción participan de una misma naturaleza jurídica, por lo que el reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación tendrían cabida, en principio, en dicho convenio. El texto convencional regula un procedimiento jurisdiccional a través del cual se reconocerá y/o se declarará ejecutivo el acuerdo de mediación, estableciendo una serie de condiciones como pueda ser la competencia del tribunal de origen; la firmeza de la resolución; y la fuerza ejecutiva de la misma (art. 2) a las que se añadirán las posibles condiciones de denegación del reconocimiento o declaración de ejecutividad, como puedan ser la contrariedad con el orden público del Estado requerido (art. 4).

Por último, cabe destacar el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho en

⁸⁰⁶ Véase el análisis realizado por FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: “El exequátur de los acuerdos de mediación entre particulares en la región mediterránea” en *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el mediterráneo)* AEPDIRI, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2015, pp.277 y ss.

⁸⁰⁷ Ley núm. 12 de 2006 (núm. provisional 37 de 2003).

Madrid el 24 de febrero de 2005. El Convenio regula la asistencia judicial entre ambos países y también el reconocimiento y declaración jurisdiccional de las decisiones dictadas por la jurisdicción de las Partes contratantes y de documentos públicos, como puedan ser las escrituras notariales. En Argelia, la mediación viene regulada en el *Code de Procedure Civile et Administrative*⁸⁰⁸ y en él se determina que el acuerdo de mediación viene refrendado siempre por un juez, que otorga al acuerdo fuerza ejecutiva. Siendo así, la homologación del acuerdo de mediación podrá regularse a través de dicho convenio, atendiendo a las condiciones previstas en el articulado, como pueden ser que no exista litispendencia o que no sea contrario al orden público del Estado requerido, entre otras (art. 16).⁸⁰⁹

2.1.3. Acuerdos procedentes de otros Estados

Por último y en relación con la ejecución de los acuerdos de mediación procedentes de otros Estados distintos de los anteriores, habrá que estar al régimen dispuesto en la legislación del Estado requerido. En nuestro caso, el régimen legal se vuelve más exigente, siendo de aplicación lo dispuesto la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil (en adelante, LCJICM),⁸¹⁰ que establece el régimen de fuente nacional de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros en el ámbito del derecho privado.⁸¹¹ Igualmente cabe extender su aplicación a los acuerdos que, aunque procedentes de un Estado miembro de la Unión o de países con los que existe régimen convencional multilateral o

⁸⁰⁸ *Livre V: Des modes alternatifs de règlement des litiges; Titre I; Chapitre II: De la médiation*, arts. 994-1005.

⁸⁰⁹ FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: “El exequátur de los acuerdos de mediación entre particulares en la región mediterránea” en *La aplicación de la mediación ...*, *op.cit.* pp.287

⁸¹⁰ «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 2015. Con quince años de retraso, esta Ley dejó sin efecto la Disposición derogatoria única 1.3ª de la LEC 1/2000, que había mantenido la vigencia de los arts. 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a todas luces una regulación obsoleta y problemática en la práctica que debía ser continuamente corregida mediante desarrollo jurisprudencial. La LCJICM utiliza un concepto de cooperación jurídica internacional muy amplio, incluyendo, entre otras, materias referidas a la litispendencia, el reconocimiento y ejecución de sentencias y la prueba de derecho extranjero. Se trata de un régimen subsidiario que únicamente resultará de aplicación si no hay legislación europea, o convencional aplicable a la cuestión. Se ha inspirado en los Reglamentos de la UE especialmente en Bruselas I y Bruselas I (refundido). El artículo 56 se ocupa de los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, señalando que (...) «serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público». Igualmente puntualiza que «a efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas». Véase el comentario de RODRÍGUEZ BENOT, A.: “Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, Nº1, 2016, pp. 234-256.

⁸¹¹ *Vid.* IGLESIAS BUIGUES, J.L.: “Artículo 41. Ámbito de aplicación”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación judicial internacional civil*, MENDEZ GONZALEZ, F.P. y PALAO MORENO, G (Dir), Tirant Lo Blanch 2016, pp. 443 y ss.

bilateral, su objeto no se encontrase incluido en el ámbito de aplicación material o temporal de los mismos.⁸¹²

En nuestro ordenamiento jurídico, la LCJIMC junto a la modificación operada en la LOPJ,⁸¹³ han supuesto un profundo cambio en la legislación referida a la litigación civil internacional, pese a que su aplicabilidad queda condicionada en defecto de tratados y de normas de la Unión Europea. No obstante se destaca la subsistencia del *exequátur* como procedimiento especial y requisito previo para la ejecución de resoluciones y documentos públicos extranjeros. Su permanencia se entiende necesaria porque en el ámbito del actual tráfico internacional se demanda un mínimo de seguridad jurídica, requiriéndose de un procedimiento que, con ciertas cautelas, regule la eficacia de decisiones extranjeras, siendo ineludible a causa de la diversidad y distintos niveles de calidad de los sistemas jurídicos de donde proceden las resoluciones y los documentos públicos a los que se va a aplicar la LCJIMC.⁸¹⁴ Así, este procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas por tribunales de otros Estados, que denomina en general «*exequatur*»,⁸¹⁵ es uno de los aspectos esenciales de la LCJIMC.

Desde la perspectiva del acuerdo de mediación que pretende desplegar sus efectos en España, puede estar contenido en una resolución judicial o transacción, dependiendo de su procedencia, o bien en un documento público con fuerza ejecutiva, conviene diferenciar ambas procedencias ya que el régimen aplicable es distinto. Según lo anterior, pasemos a examinar ambos supuestos.

⁸¹² Pese a su carácter subsidiario, se estima que el régimen previsto en la LCJIMC será aplicable a resoluciones procedentes de un número potencialmente muy elevado y heterogéneo de Estados. Véase el análisis realizado por GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, núm. 2, pp. 158-187 www.uc3m.es/cdt

⁸¹³ «BOE» núm. 174, de 22 de julio de 2015. Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Reforma los criterios relativos a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, a pesar de que esta competencia es muy residual y solo opera en defecto de régimen institucional o convencional aplicable.

⁸¹⁴ Se puntualiza en el Preámbulo de la LCJIMC (VI) que la opción de mantener el *exequatur* «contrasta con lo establecido en los reglamentos de la Unión Europea y se estima adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales».

⁸¹⁵ El término *exequatur* es utilizado por la LCJIMC de un modo muy amplio, no solo refiriéndose *strictu sensu* al procedimiento relativo a determinar su efecto ejecutivo y declarar su ejecución, sino también para el procedimiento de reconocimiento a título principal. Su objeto es «declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución» (*vid.* artículo 42.1 LCJIMC).

A) Acuerdos de mediación contenidos en una resolución

En el supuesto de contenerse el acuerdo de mediación en una resolución, lógico resultado si procede de una mediación intrajudicial, el artículo 41 LCJIMC dispone que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso y las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con el fin de otorgarles el mismo valor y eficacia que una resolución española. Para esto, es preciso obtener el *exequatur* de la resolución extranjera a través de un procedimiento regulado en la LCJIMC, que habrá de tramitarse ante el Juzgado de Primera Instancia -o de lo Mercantil-⁸¹⁶ y en el que debe intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal, al que se le dará traslado de todas las actuaciones.⁸¹⁷

El procedimiento de *exequatur* se inicia mediante una demanda que debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 399 LEC (demanda de juicio ordinario) y que debe ir acompañada de: (i) el original o copia autenticada de la resolución extranjera, debidamente legalizado o apostillado; (ii) en el caso de que la resolución fuera dictada en rebeldía, el documento que acredite que el demandado recibió la cédula de emplazamiento; (iii) cualquier prueba que acredite que la resolución es firme y que, en su caso, tiene fuerza ejecutiva en el Estado de origen; (iv) las traducciones oportunas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 LEC.⁸¹⁸

El juzgado dará traslado a la parte demandada para que ésta, en su caso, formule su oposición en un plazo de treinta días. Esta oposición solo puede basarse en la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la LCJIMC para acordar el *exequatur* (falsedad o ausencia de firmeza de la resolución extranjera) o en las siguientes causas de denegación del reconocimiento previstas en el artículo 46 LCJIMC: (i) resolución contraria al orden público español; (ii) existencia de una infracción manifiesta de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. En concreto, se

⁸¹⁶ Artículo 52 LCJIMC. Se refiere a resoluciones que versen sobre las materias previstas en el artículo 86.ter LOPJ. La competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o, subsidiariamente, por el lugar donde la resolución deba ser ejecutada o producir sus efectos.

⁸¹⁷ Artículo 54.8 LCJIMC. En relación al papel del Ministerio Fiscal, véase PAREDES PEREZ, J.I.: “Artículo 54: Proceso” en *Comentarios a la Ley de Cooperación...*, op.cit., pp.621.

⁸¹⁸ Todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la CCAA de que se trate, se acompañará la traducción del mismo. La traducción puede ser privada con la posibilidad de que alguna de las partes la impugne dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia. En estos casos, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado. No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó.

entenderá que existe infracción del derecho de defensa si la resolución fue dictada en rebeldía y al demandado no le fue notificada la cédula de emplazamiento de forma regular y con tiempo suficiente; (iii) contener la resolución extranjera pronunciamientos sobre una materia cuya competencia estuviera reservada en exclusiva a los órganos jurisdiccionales españoles o en otras materias en las que la competencia del juez de origen se base en un foro exorbitante (sin una conexión razonable); (iv) resolución inconciliable con una resolución dictada en España; (v) resolución inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última fuera susceptible de reconocimiento en España; (vi) existencia de un procedimiento en España entre las mismas partes y con el mismo objeto que hubiera sido iniciado con anterioridad al procedimiento extranjero.

Una vez dictado el auto que resuelva la solicitud,⁸¹⁹ la resolución extranjera que tenga fuerza ejecutiva en el Estado de origen, será ejecutable en España. Recordemos que la intención al solicitar el *exequatur* es precisamente ejecutar forzosamente la resolución extranjera, por lo que es interesante la posibilidad incorporada en la LCJIMC de formular en la misma demanda de forma acumulada la solicitud de *exequatur* y de la ejecución, aunque lógicamente se establece que no es posible acordar la ejecución hasta que se haya obtenido una resolución en primera instancia en la que se acuerde el reconocimiento de la resolución extranjera.⁸²⁰ Es factible igualmente, e incluso con anterioridad a la solicitud de reconocimiento, que la parte demandante solicite medidas cautelares con arreglo a lo dispuesto en la LEC para garantizar la efectividad de la eventual ejecución.⁸²¹

La LCJIMC prevé el reconocimiento y la ejecución de resoluciones extranjeras que contengan medidas desconocidas en nuestro ordenamiento, que habrán de ser adaptadas, a estos efectos, a otras reconocidas en nuestra legislación con efectos equivalentes y que persigan una

⁸¹⁹ Podrá estimarse la concesión o la denegación del *exequatur* o del reconocimiento, de forma total o parcial; o, en su caso, la estimación o la desestimación de la pretensión de que se declare que la resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento. El auto es susceptible de recurso de apelación y, a su vez, frente a la resolución que dicte la Audiencia Provincial, se podrá interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. Así los artículos 55.1 y 55.2 LCJIMC se remiten a las normas generales de la LEC.

⁸²⁰ Artículo 54.1 LCJIMC. De forma indirecta, el precepto atribuye competencia para conocer de la ejecución forzosa al mismo tribunal que es competente para conocer del *exequatur*, en virtud del artículo 52 LCJIMC. Véase el comentario al respecto de GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones...”, *op.cit.*, pp. 171-172. Y en el mismo sentido PAREDES PEREZ, J.I.: “Artículo 54: Proceso” en *Comentarios a la Ley de Cooperación...*, *op.cit.*, pp.621.

⁸²¹ Si la parte ejecutada presenta un recurso de apelación frente al auto de *exequatur*, el órgano jurisdiccional (se entiende que el de primera instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 462 LEC) puede suspender la ejecución o sujetar la ejecución a la prestación de la oportuna caución.

finalidad similar.⁸²² La LCJIMC dispone que cualquiera de las partes puede impugnar la adaptación de la medida, aunque no recoge cuál será el cauce procesal para esta impugnación. Parece razonable que pudiera articularse a través del sistema de recursos previsto frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se acuerdan las concretas medidas de ejecución.

Conviene referirse a la posibilidad de que el acuerdo de mediación este contenido en una transacción judicial extranjera. La LCJIMC permite su eficacia y reconocimiento salvo que se considerase contrario al orden público (artículo 46.2). Respecto a su ejecución, una vez obtenido el *exequátur*, se desarrollará conforme a las reglas generales dispuestas para los títulos judiciales.

B) Acuerdos de mediación contenidos en documento público con fuerza ejecutiva

En lo relativo a los acuerdos de mediación que estén contenidos en un documento público con fuerza ejecutiva⁸²³, expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, la LCJIMC les reconoce fuerza ejecutiva, sin previa necesidad de *exequatur*,⁸²⁴ siempre que sean ejecutables en el país de origen y no resulten contrarios al orden público. No obstante afirma que su eficacia en el país de origen debe ser valorada, a fin de establecer que allí posee, al menos, el mismo efecto equivalente. En todo caso, un parámetro común con las resoluciones judiciales es que el contenido que incorporan no puede contravenir el orden público.

El artículo 43 e) de la LCJIMC define al documento público como aquel formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado, cuya autenticidad se refiera a la firma

⁸²² Artículo 57 LCJIMC.

⁸²³ El artículo 43 e) LCJIMC define qué se entiende por documento público en términos idénticos a como lo hace el artículo 2 c) RB I bis: «cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin»

⁸²⁴ Artículo 56 LCJIMC. A este respecto se pronuncia GASCON INCHAUSTI F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones...”, *op.cit.*, pp. 186, entendiendo que no se precisa la obtención del *exequátur* del documento público para proceder a su ejecución en España. Ante la falta de pronunciamiento legal explícito al respecto, entiende este autor que no es posible en base a los siguientes argumentos: en primer lugar se apoya en el artículo 42, que reserva el procedimiento de *exequátur* a las resoluciones judiciales; de otro, que los documentos públicos extranjeros se regulan de forma separada en un capítulo diferenciado dentro del Título V de la Ley; en tercer lugar, que la adecuación de instituciones extranjeras en los documentos públicos (artículo 57), ha sido encomendada a los notarios y funcionarios públicos españoles, pudiendo impugnarse ante un órgano jurisdiccional; finalmente porque la Exposición de Motivos de la Ley, señala que «no es preciso un previo procedimiento de reconocimiento del documento público». Igualmente *vid.* GARAU SOBRINO, F. F.: “Artículo 42. Procedimiento de *exequatur*”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil*, *op.cit.* pp. 453

y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin de conformidad con la ley del Estado donde se otorga. Por tanto, debe haber sido formalizado o registrado como tal en un Estado cuya legislación será la que señale que el documento es público y que se ha formalizado con los requisitos previstos. Su autenticidad, referida a la firma⁸²⁵ y contenido,⁸²⁶ acredita la identidad de los fedatarios o personas que hayan intervenido, el hecho que documenta y la fecha en que se otorga. Sin embargo hay países que desconocen la figura del documento público, aunque no la autenticidad del documento.⁸²⁷ Quien no puede participar en su redacción es un particular, tal y como quedo de manifiesto por el TJUE en el asunto *Unibank*.⁸²⁸

A estos efectos, y al igual que en el supuesto anterior, la LCJIMC permite la adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento, sustituyéndolas por otras equivalentes que persigan finalidades e intereses similares, siempre que lo consideren necesario para la correcta ejecución de documentos públicos extranjeros, y que la adecuación pueda ser impugnada por cualquier interesado ante un órgano jurisdiccional⁸²⁹.

⁸²⁵ La autenticidad de la firma viene referida a que el documento pruebe fehacientemente la identidad del fedatario y personas que han intervenido.

⁸²⁶ La autenticidad del contenido se refiere a que el documento pruebe el hecho o el acto que constan en el documento, incluida la fecha de su otorgamiento.

⁸²⁷ NOGUEROLES PEIRÓ, N.: "Inscripción de documentos públicos extranjeros" en *Comentarios a la Ley de Cooperación judicial internacional civil*, (Dir. MENDEZ GONZALEZ F.P y PALAO MORENO, G.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017. pp. 736. Considera que para evitar ambigüedades, y que un documento autentico siempre da fe de su autor, hubiera sido preferible denominarlos «documentos auténticos extranjeros»

⁸²⁸ Sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-260/97 Asunto *Unibank A/S*, El TJUE que rechazó atribuir la condición de «documento público» a los documentos extendidos por particulares (tres documentos de crédito firmados por el deudor, un testigo y un empleado de banco) sin la participación de una autoridad pública o habilitada a tal fin, aunque con arreglo a su legislación de origen tuvieran fuerza ejecutiva. Estos documentos podían ejecutarse según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico danés pero el TJUE entendió que el carácter de documento público debe acreditarse de forma incontestable de modo que el órgano jurisdiccional del Estado requerido pueda confiar en su autenticidad. A este respecto señaló que «los documentos extendidos por particulares carecen de tal carácter en sí mismos, siendo necesaria para conferirles la calidad de documentos públicos la intervención de una autoridad pública, o de otra autoridad habilitada a tal fin en el Estado de origen». Esta doctrina ha sido seguida por el Reglamento Bruselas I (refundido), y de igual modo por la LCJIMC.

⁸²⁹ Artículo 44.2 LCJIC en relación con el artículo 57, que prevé la adecuación que deberán realizar notarios y funcionarios públicos españoles cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos extranjeros. También puede consultarse esta figura en el artículo 54 del Reglamento Bruselas I (refundido). *Vid* GASCON INCHAUSTI F.: "Reconocimiento y ejecución de resoluciones..." *op.cit.*, pp. 186 en relación a la adecuación afirma que «dado que en España la ejecución está restringida a los órganos jurisdiccionales, salvo muy escasas excepciones, (procedimiento extrajudicial de enajenación por notarios de bienes hipotecados del artículo 129 LH y de la autotutela ejecutiva de las administraciones

Respecto a la ejecución de los acuerdos insertos en documentos públicos extranjeros se realizará de modo similar a la efectuada bajo el amparo del Reglamento Bruselas I (refundido), es decir, se formulará la demanda ejecutiva ante los tribunales españoles aportando como título ejecutivo el documento público extranjero,⁸³⁰ acreditando su condición de ejecutivo en su Estado de origen y el juez podrá despachar la ejecución, una vez verificada su autenticidad, ejecutabilidad y la ausencia de infracción al orden público español.⁸³¹

2.2. Acuerdos sin fuerza ejecutiva en otro Estado

En epígrafes anteriores, se ha constatado que los acuerdos extranjeros, dependiendo del lugar donde fueron suscritos, deben pasar un procedimiento para dotarse de fuerza ejecutiva. En el hipotético caso de que esto no hubiera sucedido, el acuerdo continua siendo un contrato vinculante para las partes, aunque no para terceros, por lo que es del todo recomendable que éstas, pudiendo prever que el acuerdo va a ser susceptible de tener efectos o ejecución en otro país, intenten dotarlo de fuerza ejecutiva en el país de origen.

Aun considerando todo lo anterior, el ordenamiento jurídico español, dando cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2008/52/CE en su artículo 6, permite que en nuestro país sea posible la ejecución de acuerdos extranjeros no instrumentalizados como documentos públicos, que carecen de eficacia ejecutiva intrínseca porque no fueron así otorgados en el país de origen. La LMACM permite su eficacia en nuestro país y posibilita dotarles de carácter ejecutivo previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.⁸³² Es una alternativa más para las partes, quienes pueden suplir la falta de fuerza ejecutiva adecuándose a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español.⁸³³

El procedimiento será idéntico al previsto para la elevación a público de los acuerdos de mediación suscritos en España. El notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en

públicas) el despacho de la ejecución debe hacerlo un juez y será el será él quien, en principio, deba hacer la adaptación o adecuación que se necesite».

⁸³⁰ Se entiende que debe estar traducido, aunque la LCJIMC no dispone estipulación alguna al respecto.

⁸³¹ El deudor podría oponerse alegando la falta de estos requisitos esenciales o la infracción del orden público español

⁸³² Artículo 27.1 y 27.2 LMACM. *Vid.* IGLESIAS BUIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R.: “Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos” en *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp.276.

⁸³³ *Ibid.* pp.289.

la LMACM y que su contenido no es contrario a derecho. Se entiende que este derecho al que se refiere el párrafo 2 del artículo 27, es el derecho estatal que regula el fondo y que se determina según las normas de conflicto aplicables por razón de la materia objeto de la controversia y que hemos analizado en el epígrafe anterior.⁸³⁴ En cualquier caso, el acuerdo deberá ajustarse a la ley aplicable, comprobándose que el asunto versa sobre una materia disponible según la ley aplicable al fondo y que la solución encontrada es posible según la misma legislación, y siempre que no vulneren el orden público internacional español.

En este supuesto el inicio del cómputo de los cinco años previstos para el ejercicio de la acción ejecutiva coincidirá con la fecha en que adquiera fuerza ejecutiva en España, a saber, desde la elevación a público, momento en que se puede ejercitar la acción procesal oportuna.

No obstante, la perspectiva de que una de las partes impida la ejecución oponiéndose a dicha solicitud,⁸³⁵ no hace sino frustrar las expectativas de la mediación y convirtiéndola en un recurso meramente dilatorio. Recordemos que en este caso, las partes no disponen de un acuerdo que tenga eficacia ejecutiva, por lo que si alguna de ellas pretende su ejecución en España, obedece a que éste no ha sido cumplido voluntariamente. Motivo por el que, siendo realistas, difícilmente la parte incumplidora va a apoyar expresamente con su presencia, la ejecución del mismo en otro país, a sabiendas de que le va a perjudicar directamente.⁸³⁶

La posibilidad de insertar una cláusula en el acuerdo de mediación por la que las partes intervinientes se comprometan a dotar de carácter ejecutivo al acuerdo alcanzado a petición de una de ellas, solucionaría este inconveniente y no afectaría o contravendría el principio de voluntariedad. En otros ámbitos de los negocios jurídicos disponibles entre privados se introducen cláusulas en las que se permite a uno de los intervinientes solicitar la elevación a público de los

⁸³⁴ Esto se desprende de lo dispuesto en el Considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE, al afirmar que «Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado (...)».

⁸³⁵ No se trata de una oposición documental formal, más bien una negativa o pasividad a presentar “conjuntamente” por las partes el acuerdo, o dar su consentimiento expreso ante el notario español, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 27.3 LMACM.

⁸³⁶ Tal regulación ha recibido numerosas críticas ya que impide la ejecución del acuerdo de mediación y obligaría a la parte interesada a presentar una demanda judicial de incumplimiento del contrato de mediación. Se manifiesta así MAGRO SERVET, V. "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España" en *Diario La Ley*, N° 7951, 2012.

acuerdos alcanzados, permitiéndose la realización de los actos legalmente necesarios para posibilitar la ejecución de los pactos.⁸³⁷

2.3. Referencia a la eficacia de los acuerdos españoles en el extranjero

Es interesante recalcar que la LMACM diferencia entre los acuerdos españoles que deben ser ejecutados en nuestro país, de los acuerdos adoptados en España que fueran a ejecutarse más allá de nuestras fronteras. El artículo 25.3 dispone que cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, «además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea». Lo cierto es que es una solución peculiar, ya que no parece que deba ser el legislador español quien deba decidir cuáles son los requisitos que los distintos países van a establecer para dotar de eficacia a un acuerdo de mediación extranjero, atribuyéndose unas competencias que no le son propias. Lógicamente será cada Estado quien lo establezca, como de hecho ha sido,⁸³⁸ teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 2008/52/CE, referido expresamente a que el contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo salvo que sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, o bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

De este modo, y sin ningún género de dudas, habrá que estar a la legislación del país donde se pretende la ejecución del acuerdo de mediación.

2.4. Problemas en la ejecución

Para dotar de eficacia ejecutiva a los acuerdos nacionales o transfronterizos adoptados en mediación, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos estima la necesidad de un control

⁸³⁷ Así lo expone MÁRQUEZ CHAMIZO.E y PANSARD ANAYA.A.: “La ejecutividad de los acuerdos de mediación ...”, *op.cit.*, p.45

⁸³⁸ En este sentido se manifiesta igualmente, entre otros, ESPLUGUES MOTA, C.: “*Régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012*”, pp. 195 e igualmente IGLESIAS BUIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R. “Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos” en “*Comentarios a la ley 5/2012...*”, *op.cit.* pp. 278 y CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Derecho Internacional...”, *op.cit.* vol. I, pp.154. ESTEVE GONZALEZ, L.: “La mediación transfronteriza de carácter civil y mercantil en la Ley 5/2012” en *La mediación como instrumento de resolución de controversias internacionales op.cit.* pp 7. Manifiestan que el precepto carece de significado y es irrelevante, ya que las autoridades extranjeras ante las que se presenten escrituras públicas españolas, aplicaran su propio Dipro, sin importarles lo establecido en nuestra legislación sobre mediación.

por una autoridad pública que verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos en las distintas leyes nacionales.

En España, este control lo realiza el notario,⁸³⁹ quien tiene encomendada esta función, debiendo velar por el cumplimiento de lo señalado en la LMACM y verificando que el contenido del acuerdo no sea contrario a derecho (artículo 27.2). A este respecto, el Consejo General de la Abogacía (en adelante CGAE) se pronunció en su momento, señalando que la intervención notarial no garantizaba en absoluto que el acuerdo adoptado no fuera contrario a derecho, defendiendo la actuación de los abogados como garantes y alegando su necesaria participación para la adecuación a derecho de los acuerdos.⁸⁴⁰ Lógicamente bajo el argumento de que en ningún caso se hacía necesaria la protocolización de los acuerdos de mediación para decretar su validez.⁸⁴¹

Dejando de lado los motivos que impulsaron al CGAE a proponer tal insinuación, lo cierto es que la intervención de una autoridad pública en la verificación del contenido de los acuerdos era del todo necesaria⁸⁴².

La LMACM en su artículo 27.3, introduce una cláusula de orden público, al señalar que el documento extranjero «no podrá ser ejecutado en España si es contrario al orden público».⁸⁴³ Así podemos entender que en los acuerdos nacionales el notario debe verificar que el acuerdo de mediación cumpla los requisitos establecidos en la LMACM y que no sea contrario a derecho,

⁸³⁹ Recordemos que también el juez en caso de homologación judicial de acuerdos procedentes de mediaciones intrajudiciales.

⁸⁴⁰En este sentido se pronuncia igualmente VILALTA NICUESA, A.E.: “*La paradoja de la mediación...*”, *op.cit.*, pp.9, al afirmar que debería haberse exigido en la Directiva 2008/52/CE la obligatoria participación de letrados en la firma de los acuerdos alcanzados en mediación como “filtro de legalidad” de los mismos, con el fin de poder atribuirles valor, no solo vinculante para las partes, si no también directamente ejecutivo ante los tribunales.

⁸⁴¹ Informe 3/2012 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) sobre el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, concretamente pp.55-60

⁸⁴² *Vid.* Capítulo II, VII.4

⁸⁴³ Nótese que en la redacción anterior a la LCJIMC se hacía referencia a la imposibilidad de ejecutar en España un documento extranjero que fuese manifiestamente contrario al orden público, es decir, debía tratarse de una vulneración manifiesta de los principios jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico español, como Estado requerido, sin que fuera suficiente una mera contrariedad entre tales principios y el reconocimiento. La Disposición Final 3ª de la LCJIMC elimina el calificativo «manifiestamente». *Vid.* IGLESIAS BUIGUES. J.L, PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R.: “Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos” en *Comentarios a la Ley 5/2012...*, *op.cit.* pp. 294. De igual modo, Véase PALAO MORENO, G.: “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012” en Diario *La Ley* núm. 7847, 2012, pp.8.

mientras que en los acuerdos transfronterizos, su comprobación se limitará a que no sea contrario al orden público español.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado de contornos no fáciles de identificar. Algunas formulaciones realizadas por la jurisprudencia clásica hablan del orden público como el conjunto de «principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en una época determinada» y que «por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas».⁸⁴⁴

Las vulneraciones del orden público constituyen la más grave infracción de valores y principios esenciales que inspiran nuestra sociedad y nuestro ordenamiento. Es por ello que cualquier acto, contrato, acuerdo, decisión o resolución que sea contraria al orden público no puede subsistir en nuestra realidad jurídica y se entiende que el ejercicio de las acciones conducentes a su expulsión del ordenamiento no puede estar sometido a plazo alguno.⁸⁴⁵ Siguiendo a Gascón Inchausti, la jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por los tribunales inferiores, distingue entre orden público procesal y orden público material. Se entiende que el orden público procesal ha sido lesionado cuando la sentencia en el extranjero se ha dictado con infracción de alguna de las garantías esenciales del derecho a un juicio justo, ya que estas garantías tienen rango constitucional.⁸⁴⁶ Por su parte, se produciría una lesión al orden público material cuando el contenido en sí de la resolución judicial extranjera es contrario a los valores constitucionales.⁸⁴⁷ En

⁸⁴⁴ STS 1ª, de 30 de mayo de 2010, TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 596/2007 de 30 mayo. ROJ STS 4275/2007. (RJ\2007\3608)

⁸⁴⁵ GARCIA VILLARUBIA, M.: “El orden público como fundamentación de los acuerdos sociales”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, num.45, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2016. En el ámbito privado, el Código Civil contiene numerosas referencias al orden público. Así, en su artículo 6.2 el orden público se presenta como límite a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y a la renuncia de derechos reconocidos, mientras que el artículo 1255 Cc lo impone, junto a las leyes y a la moral, como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad privada. Otros preceptos que se refieren al orden público son los artículos 1.3, 12.3, 21.2 y 594 del Código Civil.

⁸⁴⁶ El control del orden público procesal se construyó inicialmente con ocasión del reconocimiento de las sentencias dictadas en rebeldía, pero la jurisprudencia lo ha generalizado y lo ha extendido a todas las vertientes del derecho fundamental a un juicio justo. GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras...” *op.cit.*, pp. 185. e igualmente GASCON INCHAUSTI, F.: “Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, AFDUAM 16 (2012) pp272

⁸⁴⁷ En el ámbito del Derecho civil, indica O’Callaghan, los principios que integran el orden público material, como indica son los siguientes: el “principio de igualdad (art. 14); la protección del derecho a la vida e integridad física (art. 15); libertad (Arts. 16 y 17); honor, intimidad e imagen (art. 18); los derechos de

definitiva, en los supuestos en los que el reconocimiento de una resolución extranjera implique una violación manifiesta de una norma de carácter esencial o de un derecho fundamental, podrá denegarse el reconocimiento por considerar que este sería manifiestamente contrario al orden público.⁸⁴⁸ En consecuencia, la contrariedad con el orden público del Estado requerido se configura como una causa de denegación del reconocimiento y/o ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales dictadas en el extranjero en distintos y variados instrumentos jurídicos, sirva como ejemplo el artículo 45.1 a) del Reglamento Bruselas I bis, el artículo 46.1 a) LCJIMC, o el artículo V.2 b) del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. En similares términos, la violación del orden público constituye uno de los motivos de anulación de laudos arbitrales dictados en nuestro país, según lo dispuesto en el artículo 41.1 f) de la Ley 60/2003, de Arbitraje.⁸⁴⁹ En referencia a este último, el orden público ha sido utilizado insistentemente como elemento delimitador de la propia institución arbitral respecto de la justicia estatal, configurándose tradicionalmente como un instrumento en manos de la justicia que opera en la última etapa del arbitraje,⁸⁵⁰ tras su finalización y en fase judicial.⁸⁵¹

reunión (art. 21); asociación (art. 22) y fundación de interés público (art. 34); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24). Además, son de aplicación directa las normas de la CE sobre mayoría de edad (Art. 12)”. O’CALLAGHAN X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1997, p. 101

⁸⁴⁸ VIRGÓS, M. y GARCIMARTÍN, F.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 639 a 642

⁸⁴⁹ En este sentido Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado varias sentencias, entre las que destacan las siguientes: Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015 inició una línea de decisión —luego seguida por las sentencias de 6 de abril, 14 de abril, 23 de octubre y 17 de noviembre de 2015 (varias de ellas con el voto en contra de su presidente), en las que anula laudos emitidos en procedimientos arbitrales relativos a la validez de contratos de permuta financiera de tipos de interés. El Tribunal anula los laudos después de entrar a revisar la decisión de fondo porque considera que serían contrarios al orden público, interpretando este concepto de forma abierta. Se ha recuperado así la tradicional interpretación restrictiva del orden público en otros casos: «el concepto de orden público no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de fondo adoptada por los árbitros» (STSJ Madrid de 21 de abril de 2015).

⁸⁵⁰ Precisamente, uno de los elementos esenciales sobre los que reposa la confianza en la institución arbitral, íntimamente vinculado con la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, es la verificación de la no vulneración del orden público, que corresponde a los tribunales de justicia de conformidad con el art. 41.1º.f) LA. Sentencias interesantes al respecto conviene destacar STSJ Madrid 21 abril 2015: [Roj: STSJ M 4055/2015] - ECLI: ES: TSJM: 2015:4055. “No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público (...). Y si no toda vulneración (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro”. *Vid.* STSJ Madrid 6 abril 2015: [Roj: STSJ M 4051/2015] - ECLI: ES: TSJM: 2015:4051. “No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya

En este sentido, cualquiera de los sistemas de ADR, se fundamenta en el principio dispositivo basado en la libertad como valor superior y derecho fundamental⁸⁵² del ordenamiento jurídico. Esta libertad de las partes se concreta en la posibilidad inicial de elegir el tipo o modalidad de procedimiento para resolver sus controversias, pese a que precisamente es el orden público el que limita tal capacidad de disposición,⁸⁵³ impidiendo que puedan contrariarse los valores y derechos fundamentales que son inderogables, con lo que determina las materias que quedan fuera de la disponibilidad de las partes y que por tanto no son susceptibles de ser sometidas ni a arbitraje, ni a mediación.

En relación al tratamiento jurisprudencial del orden público en el arbitraje, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, de 23 de mayo de 2012⁸⁵⁴ analiza su alcance como factor determinante de la anulación de un laudo, afirmando que por orden público no debe entenderse el conjunto de normas sustantivas y procesales aplicables a la controversia, (...) sino el «conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico». En el mismo

protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral”

⁸⁵¹ Precisamente, uno de los elementos esenciales sobre los que reposa la confianza en la institución arbitral, íntimamente vinculado con la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, es la verificación de la no vulneración del orden público, que corresponde a los tribunales de justicia de conformidad con el art. 41.1ºf). *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Jurisprudencia española Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española*, Arbitraje, vol. VIII, num. 3, 2015, pp. 823–852 Disponible en:

<http://eprints.ucm.es/35098/1/Contravenci%C3%B3n%20al%20orden%20p%C3%BAblico%20como%20motivo%20de%20anulaci%C3%B3n%20del%20laudo%20arbitral%20%282015%29.pdf>

⁸⁵² *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional STC 75/96 «La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial»

⁸⁵³ PEREZ-UGENA COROMINA, M.: “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62, Núm. 1 (2014) Disponible en <http://revista-estudios.deusto.es> En el ámbito de los sistemas de ADR hay una tendencia a limitar o confundir el concepto amplio de orden público con el más limitado de orden público procesal, es decir, refiriéndose en exclusiva a ciertos principios de naturaleza procedimental, como audiencia o igualdad de partes, que son propios del proceso judicial. Sin embargo, debe entenderse en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza la Constitución. Sostiene que la vulneración del orden público no se equipara con una infracción de una norma imperativa sino con la vulneración de un principio constitucional.

⁸⁵⁴ [Roj: SAP B 7372/2016] - La sentencia maneja por ello un concepto de orden público más restringido que el definido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 132/1991, de 17 de junio (RTC 1991, 132), en la que el orden público se extiende también a otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico distinto de los garantizados por la constitución.

sentido se pronuncia en la STSJ Madrid 28 enero 2015: «El orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución , como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar «orden público económico», en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección».

En cualquier caso, hay que tener presente que la infracción del orden público no puede comprender cualquier infracción de una norma jurídica, aunque se trate de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión del orden público, concretándose en que únicamente procede la contravención si el árbitro dicta el laudo con evidente infracción de los derechos fundamentales, atendiendo a la normativa procedimental aplicable.⁸⁵⁵

En lo tocante a la ejecución de los documentos públicos extranjeros con fuerza ejecutiva, es decir, aquellos que han sido formalizados o registrados oficialmente como tales en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad⁸⁵⁶ se refiera a la firma y al contenido del instrumento. La autoridad que lo extiende, bien pública u otra habilitada para ello, debe certificar la autenticidad de las firmas y la legalidad del contenido del documento. Por ello los documentos expedidos por un *Notary Public* inglés no son documentos públicos, ya que solo verifican la autenticidad de las firmas, pero no el contenido del documento.⁸⁵⁷

De tal modo, un acuerdo de mediación procedente de la UE no podrá ejecutarse en España si es contrario al orden público español,⁸⁵⁸ sin olvidar que la referencia al documento debe de entenderse realizada al contenido del acuerdo de mediación y a los efectos que de él derivan y no al documento público que lo contiene.⁸⁵⁹ Nótese que hay que estar a la interpretación jurisprudencial que el TJUE realiza sobre el orden público, y no con los parámetros de la legislación

⁸⁵⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Jurisprudencia española Contravención al orden público...*, *op.cit.* p.830

⁸⁵⁶ Será necesario acreditar la autenticidad del documento público extranjero, por lo que deberá aportarse legalizado o en su caso, con la Apostilla prevista en el Convenio de la Haya sobre supresión de la legalización en documentos públicos de 1961. E igualmente traducido a lengua oficial española. En cualquier caso habrá que estar a la legislación pertinente en función de la procedencia del acuerdo. AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Impulso de la mediación...”, *op.cit.* p. 17

⁸⁵⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J. “*Derecho Internacional...*”, *cit.* vol. II. pp. 633.

⁸⁵⁸ Así, el deudor podría alegar que alguna de las cláusulas del acuerdo de mediación son contrarias o infringen valores esenciales de nuestro ordenamiento.

⁸⁵⁹ Igualmente lo aclara ESPLUGUES MOTA, C. en “El Régimen jurídico de la mediación...”, *cit.* pp.198

nacional⁸⁶⁰, interpretación, por otra parte, siempre restrictiva en cuanto supone una barrera al principio de mutua confianza y a la creación de un espacio común europeo.⁸⁶¹ En este sentido, en el asunto *Hoffman vs Krieg*⁸⁶² se afirma que esta excepción sólo podrá ser utilizada en casos excepcionales, y realmente el TJUE ha estimado el orden público en muy escasas ocasiones.⁸⁶³

Volviendo al acuerdo de mediación, no olvidemos que, como pacto contractual, contiene obligaciones posteriores que van a ser ejecutadas en el futuro. El control de legalidad notarial de estos acuerdos no se remite a una legitimación de firmas sino que se responsabiliza del contenido de las escrituras públicas y de los negocios jurídicos que en ellas se formalizan. El notario debe dar fe de que el contenido, esto es, el establecimiento, reconocimiento y regulación de las mismas, se adecua a la legalidad,⁸⁶⁴ debiendo velar por la regularidad, no solo formal sino material de los actos y negocios que autoricen o intervengan (...),⁸⁶⁵ de este modo y cumpliendo lo especificado en el artículo 25 LMACM, debe evitar la formalización en escritura pública de los acuerdos que contravengan la legalidad, reforzando la seguridad jurídica. Por tanto, su control se extiende a verificar el objeto o materia disponible por las partes en conflicto, que se hayan respetado los principios rectores de la mediación, y que el acuerdo haya sido adoptado sin vicio de consentimiento en ninguna de las partes.

En este control notarial, el notario también debe comprobar el cumplimiento de los requisitos de la LMACM por lo que verificará la aportación de las copias de las actas constitutiva y final para comprobar que la mediación ha existido. Lógicamente en el supuesto de una mediación celebrada en el extranjero, y en función de la legislación interna del país donde se haya llevado a

⁸⁶⁰ IGLESIAS BUIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R. “Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos” en “*Comentarios a la Ley 5/2012...*”, pp. 281.

⁸⁶¹ Es interesante la jurisprudencia del TJUE en relación al Convenio de Bruselas de 1968, que es aplicable al Reglamento Bruselas I y Bruselas I bis. En este sentido vid. STJUE de 23 de abril de 2009, as C-533/07, *Falco* de 19 de julio de 2009, asunto C-189/08, *Zuid-Chemie* de 14 de mayo de 2009.

⁸⁶² STJUE de 4 de febrero de 1988. Asunto C-145/86, *Hoffmann c. Krieg*

⁸⁶³ STJUE de 28 de marzo de 2000, As. C-7/1998, *Krombach*. En *Krombach* considera que los derechos de defensa forman parte del orden público, por lo que el tribunal del Estado requerido, frente a un demandado domiciliado en su territorio perseguido por una infracción dolosa, puede tener en cuenta el hecho de que el tribunal del Estado de origen le haya denegado el derecho a defenderse sin comparecer personalmente. STJUE de 2 de abril de 2009, As. C-394/07, *Gambazzi*. En el asunto *Gambazzi*, el TJUE estima que el juez del Estado requerido puede valorar que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin oír al demandado que compareció debidamente, pero que fue excluido del procedimiento en virtud de una resolución por no haber cumplido las obligaciones impuestas por una resolución adoptada anteriormente en el marco del mismo procedimiento

⁸⁶⁴ Artículo 17 bis Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. «BOE» núm. 149, de 29/05/1862

⁸⁶⁵ Artículo 24 Ley del Notariado.

cabo la misma, es posible que tales actas ni se contemplen ni sean obligatorias, en cuyo caso se entiende que se tratara de otros documentos similares o equivalentes, firmados por las partes, que permitan acreditar la existencia de una mediación válidamente celebrada.

Uno de los requisitos marcados por la LMACM es que el acta haya sido firmada por un mediador con la cualificación legalmente exigible, y que esté registrado en el Registro de mediadores. No obstante, la inscripción es potestativa ¿Qué ocurre si el mediador no está inscrito? En estos casos se entiende que el notario podría realizar otras comprobaciones en relación a su seguro de responsabilidad civil, incluso contactar con él para verificar su firma en el acta. Sin embargo y al igual que en el caso anterior, la comprobación en caso de mediaciones celebradas en el extranjero, deviene harto complicada si el notario debe localizar al mediador en el extranjero y comprobar que realmente participó en la misma. En este sentido y dado que el notario tiene plena libertad para considerar como debe realizar esta comprobación⁸⁶⁶ entendemos que la firma del mediador es suficiente para cumplir con el requisito de legalidad ya que de otro modo los obstáculos serían más bien insuperables.

2.4.1. Problemas en la ejecución por oposición a la solicitud de título ejecutivo

En epígrafes anteriores (*supra*Capítulo II, VI.4.), se ha comentado el inconveniente de que se requiera la concurrencia de voluntades de todas las partes para la solicitud de conversión del acuerdo de mediación en título ejecutivo. Evidentemente puede suponer un problema en fase de ejecución si alguna de ellas se opone, bloqueando tal posibilidad. Insistimos en el axioma de lo improbable de la situación a causa de que el acuerdo fue adoptado por mutuo consenso, y se entiende que es beneficioso para todos ellos, por lo que en principio, se cumpliría voluntariamente. Pero aunque la posibilidad sea meramente residual, debería haberse tenido en cuenta por el legislador y permitir la solicitud de ejecución unilateral.⁸⁶⁷

⁸⁶⁶ RODRIGUEZ PRIETO, F.: “La ejecutividad del acuerdo de mediación”, en *“Tipología contractual de los mecanismos de solución de conflictos”*, cit. pp.466

⁸⁶⁷ De igual opinión vid. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España...”, *op.cit.* pp.13. SANTOS VIJANTE, J.M.: “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal*, número 1.2, 2013, pp.24. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4407141.pdf>. En contrario se manifiesta RODRIGUEZ PRIETO, F.: “La ejecutividad del acuerdo de mediación”, en *Tipología contractual...*, *op.cit.* pp.453

Ahora bien, la intervención notarial es la garantía que impone el ordenamiento jurídico para reconocer la eficacia. Esta garantía se funda en la declaración de voluntad que se presta ante notario y tras el asesoramiento previo necesario. Por ello se precisa que esa declaración se otorgue por las partes intervinientes. La Directiva 2008/52/CE establece que no se le puede otorgar carácter ejecutivo al margen del consentimiento *ad hoc* de las partes, ni que pueda otorgarse por la mera voluntad de uno de ellos al margen de las demás. Podemos interpretar que podría solo una de las partes intervenir en la elevación de la escritura pública, pero siempre que lo hiciese «con el consentimiento explícito de los demás». Y esto ¿qué significado tiene? Se entiende que ese consentimiento explícito de los demás se debe hacer constar por vía notarial, en la misma escritura o en una diligencia posterior de la misma o en otra diferente, incluso ante un notario distinto.⁸⁶⁸ En cualquier caso, es imprescindible que esa declaración de voluntad sea auténtica, y se verifique ante notario.

En lo referente a los acuerdos homologados ante los órganos jurisdiccionales, la concurrencia de voluntades para la adquisición de eficacia ejecutiva es igualmente exigible. El escrito solicitando la homologación deberá ser firmado por todas las partes, o en el supuesto de ser aportado por una de ellas, ratificado por la otra.

En cualquier caso, la única posibilidad que le queda a la parte pretendiente de la solicitud de eficacia ejecutiva, frente a la negativa de la otra, es iniciar un proceso judicial para exigir el cumplimiento del acuerdo en caso de incumplimiento. Por ello, insistimos en la conveniencia de la rápida solicitud de conversión en título ejecutivo, una vez adoptado el acuerdo, para evitar que el transcurso del tiempo modifique la inicial voluntad de las partes de lograrlo. Al tratarse de acuerdos cuya ejecución se pretende en otro Estado distinto a donde han sido suscritos, esta necesidad se hace más perentoria, no solo porque demuestra una buena voluntad de cumplimiento de cada una de las partes frente a la otra, sino por efectos meramente prácticos, ya que posiblemente en fase de ejecución, la parte incumplidora no estará dispuesta a facilitarle una obligación, que a fin de cuentas, va a ser perjudicial para ella.

En obligaciones a largo plazo, o en contratos de tracto sucesivo, es aconsejable pactarlo en el propio acuerdo de mediación. Así el acuerdo contendrá una estipulación por la que las partes se obligan a elevar a escritura pública el acuerdo. En estos casos conviene cuestionarse si esta declaración de voluntad será suficiente para que el notario entienda la concurrencia de «el

⁸⁶⁸ Así es de la opinión RODRIGUEZ PRIETO, F.: “La ejecutividad del acuerdo de mediación”, en *Tipología contractual...*, *op.cit.* pp.453.

consentimiento explícito de los demás». A la vista de las manifestaciones de Rodríguez Prieto, parece que no sería posible, siendo necesario demandar en un proceso declarativo a la parte para reclamarle que cumpla el compromiso pactado, y aplicando por analogía el artículo 1279 Cc. Esto podría ser significativo si ha existido un incumplimiento parcial del acuerdo, pero sí el incumplimiento es absoluto, posiblemente no valga la pena intentar el procedimiento ya que se trataría de una reclamación por un incumplimiento total del acuerdo.⁸⁶⁹

No obstante, cabe señalar que aunque todos los Estados miembros prevén el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación, algunos de ellos han ido más allá de lo que señala la propia Directiva 2008/52/CE. Este es el caso de Bélgica,⁸⁷⁰ Chequia,⁸⁷¹ Hungría,⁸⁷² e Italia,⁸⁷³ en el que no se exige expresamente el consentimiento de todas las partes respecto a la solicitud del carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación. Y más concretamente en Grecia⁸⁷⁴ y Eslovaquia⁸⁷⁵ la solicitud puede ser formulada por una de las partes sin el consentimiento expreso de las demás.⁸⁷⁶ Según la legislación polaca,⁸⁷⁷ al firmar el acuerdo de mediación, las partes expresan su consentimiento a solicitar la autorización del tribunal para la ejecución forzosa.

Lo más recomendable sigue siendo pactar en el acuerdo una estipulación para formalizar lo antes posible el acuerdo en título ejecutivo y establecer cláusulas penales que disuadan de no hacerlo.

2.4.2. Modificación del acuerdo en escritura pública

⁸⁶⁹ *Ibidem* RODRIGUEZ PRIETO, F.: “La ejecutividad del acuerdo...”, *op.cit.* pp.455

⁸⁷⁰ El artículo 1733 del Código Judicial, modificado en 2005, garantiza que, en el contexto de una mediación voluntaria, la solicitud sea firmada por todas las partes interesadas. Sin embargo, para la mediación judicial, no se menciona explícitamente y la solicitud puede ser presentada por una de las partes

⁸⁷¹ Sección 7 de la Ley N° 202/2012, sobre Mediación

⁸⁷² Artículo 148 (3) y (4) de la Ley III de 1952 sobre procedimientos civiles, artículo 112 (1) - (3) de la Ley XLI de 1991 sobre notarios públicos

⁸⁷³ Artículos 12 (1) y 12 (2) del Decreto Legislativo 28/2010.

⁸⁷⁴ Artículo 9 (2) de la Ley 3898/2010 sobre mediación en materia civil y mercantil

⁸⁷⁵ Section 15(2) of the 2004 Mediation Act.

⁸⁷⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles COM(2016) 542 final, Bruselas, 26.8.2016, pp. 10. *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report Directorate-General Justice and Consumers, European Commission, 2016, pp. 42.*

⁸⁷⁷ Artículos 183 y 184 del Código de Procedimiento Civil

Se plantea la posibilidad de si el acuerdo una vez adoptado por las partes, puede ser modificado en el momento de su elevación a escritura pública por notario. Se entiende que este supuesto se plantearía porque las partes, de común acuerdo, así lo deciden y pretenden introducir algunos aspectos, con el ánimo de aclarar ciertos puntos que en el futuro pudieran dar origen a interpretaciones ambiguas, completar ciertas estipulaciones o bien modificar las ya existentes. Incluso cabe la posibilidad que la modificación sirviera para adecuar algunos aspectos que son contrarios a derecho y que así ha sido notificado por el notario. Se entiende que todas estas aclaraciones son posibles y permitidas, siempre bajo el prisma de la concurrencia de la manifestación de voluntad de todas ellas, y la identificación en la escritura de las modificaciones adoptadas del acuerdo original, sin que parezca que sea necesario reanudar la mediación o iniciar una nueva.

Podríamos argumentar que la manifestación de la voluntad de las partes permite modificar los aspectos que ellos consideren convenientes, aunque son imprescindibles ciertos matices, ya que sí la modificación es del todo sustancial, de modo que se está cambiando el contenido del acuerdo por otro totalmente diferente, estaríamos hablando de un acuerdo totalmente nuevo y diferente del anterior, por lo que el notario no podría verificar el cumplimiento de los requisitos señalados por el artículo 25.2 LMACM, puesto que ese acuerdo no sería el recogido en el acta final, habiendo cambiado, por tanto, el objeto de la mediación.⁸⁷⁸

Lo anterior se hace especialmente interesante en los acuerdos transfronterizos que pretendan ejecutarse en nuestro país y que carezcan de la consideración de título ejecutivo, por lo que van a tener que cumplir los mismos requisitos que los adoptados en España.

2.5. Ejecución de los acuerdos en el *Civil Law* y *Common Law*.

Las soluciones que otros ordenamientos han dado a la ejecutabilidad de los acuerdos alcanzados en mediación han sido diversas.⁸⁷⁹ Todos los Estados miembros prevén la aplicabilidad

⁸⁷⁸ A favor de esta tesis se pronuncia FERNANDEZ PRIETO, F: “La ejecutividad del acuerdo...*op.cit.* pp.460-461, que considera que la transformación del acuerdo si es sustancial se trataría de una novación extintiva, frente a la novación modificativa que implica únicamente ciertas modificaciones. En contra de esto y asumiendo que si es posible considerar el acuerdo mediado aunque haya cambiado radicalmente de objeto se posicionan CALATAYUD SIERRA, en BONET NAVARRO, A.; CALATAYUD SIERRA, A; HERRERO PREZAGUA, J.F y LOPEZ SANCHEZ, J.: “*Proceso civil y mediación*”, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp.90.

⁸⁷⁹ HUALDE MANSO T “*Del Proyecto de ley española de mediación (2011) al RD Ley de mediación 2012*”. Disponible en www.mediacionarbitraje.eu/. En el mismo sentido véase PALAO MORENO, G.: “Enforcement of Foreign Mediation Agreements within the European Union”, en *Boundaries of European*

de los acuerdos de mediación, aunque algunos han establecido la necesidad de protocolización, sea por la transposición de la Directiva (Países Bajos, Alemania y España), o bien por exigencias de su Ley interna, (Austria). Cada país ha determinado cuales son las autoridades competentes u órganos jurisdiccionales para recibir la solicitud, con arreglo al artículo 6, apartado 3, de la Directiva 2008/52/CE, para homologar dicho pacto y otorgar de carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación.⁸⁸⁰ Realizamos un breve recorrido por cada uno de los sistemas, ya que los EEMM han transpuesto la Directiva bien asumiendo un doble sistema notarial y judicial para dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo, (Alemania, Austria, Hungría, Polonia, España) o admitiendo únicamente la vía judicial (Francia, Italia y Reino Unido), e incluso algunos países disponen que los acuerdos tienen eficacia ejecutiva en circunstancias determinadas y específicas (Grecia). Así, cabe citar Croacia, Alemania, -con los acuerdos obtenidos en Centros de mediación-, Hungría, - para el supuesto de mediaciones médicas o sanitarias.

En la inmensa mayoría de los casos, la eficacia ejecutiva de los acuerdos de mediación se adquiere gracias a la actuación judicial (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia (solo para los casos de mediaciones con mediadores registrados), Luxemburgo, Malta (para casos de mediaciones familiares), Polonia, Reino Unido, Eslovaquia, España o Suecia).

Comenzando por los sistemas del *Civil Law*, en Portugal la autoridad competente a los efectos del artículo 6 de la Directiva, y según lo dispuesto en la Ley 78/2001, será cualquier órgano jurisdiccional cuya competencia abarque la materia objeto del litigio. La autoridad competente en este sentido se define, por lo tanto, como el tribunal competente *em razão da matéria*.⁸⁸¹ La Ley 78/2001 señala que el acuerdo debe formalizarse por escrito y firmarse por todos los intervinientes. El juez homologará el acuerdo, teniendo el valor de sentencia.

El Derecho francés en la Ley 125/1995 art 21.5, modificada por la ordenanza 1540/2011 de transposición de la Directiva 2008/52/CE, opta también por un sistema de homologación del acuerdo para dotarle de fuerza ejecutiva. Los órganos jurisdiccionales competentes para otorgar carácter ejecutivo a los acuerdos resultantes de la mediación, son aquellos que serían competentes para conocer del litigio en cuanto al fondo.

Private International Law, (Las fronteras del Derecho Internacional Privado Europeo) Jean-Sylvestre Bergé, Stéphanie Francq, Miguel Gardenes Santiago, Bruylant, Ed. 1º, 2015, pp. 84.

⁸⁸⁰ Los datos que se ofrecen han sido obtenidos de la Comisión Europea disponibles en https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-es.do. [Última actualización 15/04/2017].

Conviene distinguir entre mediación extrajudicial e intrajudicial. En los casos en los que el acuerdo ha sido alcanzado en una mediación extrajudicial, el artículo 1565 del Código de Procedimiento Civil prevé que al objeto de conferir fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado por las partes, este puede ser sometido a homologación por el juez competente para conocer del tipo de litigio de que se trate, es decir al juez competente por razón de la materia. Sin embargo, en el supuesto de alcanzarse un acuerdo de mediación en el marco de un proceso judicial, el artículo 131-12 del Código de Procedimiento Civil prevé que, a petición de las partes, el juez que estaba conociendo del litigio homologará el acuerdo que estas le sometan.⁸⁸²

De tal modo que son los órganos jurisdiccionales quienes otorgan siempre la eficacia ejecutiva del acuerdo.

El ordenamiento jurídico italiano, en la Ley 3898/2010 que traspone la Directiva europea de referencia, opta por un sistema de homologación judicial a instancia de parte para que el acuerdo sea ejecutable. Dicho acuerdo debe haber sido fruto de una mediación celebrada en una institución inscrita en un registro específico, que depende del Ministerio de Justicia italiano, y en cualquier caso, se exige que su contenido no sea contrario al orden público ni a las normas imperativas. Se precisa, como requisito, que el acta sea homologada por el Presidente del Tribunal en cuya jurisdicción el acuerdo deba ejecutarse.⁸⁸³

En Derecho belga, en el Código Judicial se prevé que en las mediaciones judiciales, caso de llegar a un acuerdo aunque este sea parcial, las partes o una de ellas puede solicitar la homologación al juez, que solo puede rechazarla si es contraria al orden público.

En España, como hemos expuesto en el epígrafe 2 de este capítulo, las partes pueden informar al tribunal de que han llegado a un acuerdo, presentando un escrito manifestando la desaparición objeto litigioso o desistimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.1 LEC. O bien solicitar al juez la homologación del acuerdo. De este modo el acuerdo “se introduce en el proceso.”

⁸⁸¹ Artículo 249-B, cuyo apartado 2 del Código de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁸² Véase Portal europeo de la justicia disponible en:

https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-fr-es.do?member=1 ,datos de 2013

⁸⁸³ Artículo 12 del Decreto Legislativo 28/2010.

Respecto a los sistemas del *Common Law*, en Reino Unido, en Inglaterra y Gales, para ejecutar el contenido de un acuerdo de mediación transfronterizo celebrado en la Unión al que no se le haya dado carácter ejecutivo en otro Estado miembro de la UE, se debe presentar una solicitud de acuerdo con los siguientes procedimientos:

Si está inmerso en un proceso en curso ante un órgano jurisdiccional de Inglaterra o Gales que guarde relación con el asunto objeto de mediación, debe presentar su solicitud ante ese órgano jurisdiccional;

Si no está inmerso en un proceso en curso ante un órgano jurisdiccional de Inglaterra o Gales y la mediación se refiere a un asunto civil o mercantil (excluidos los asuntos de familia), debe solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de su acuerdo de mediación bien ante el Tribunal Superior (*High Court*) o cualquier otro órgano jurisdiccional reseñado como especializados en asuntos civiles y que habría tenido competencia para conocer de los procedimientos de carácter incidental de haberse incoado un proceso⁸⁸⁴ (en vez de la mediación).

Si lo que se desea ejecutar es el contenido de un acuerdo de mediación transfronterizo celebrado en la UE al que se le haya dado carácter ejecutivo en otro Estado miembro, debe presentar una solicitud a tal efecto de acuerdo con los procedimientos establecidos, en el Reglamento Bruselas I bis, debiendo presentarse la solicitud exclusivamente ante el Tribunal Superior de Justicia (*High Court of Justice*).

Respecto a Escocia, si se trata de un acuerdo de mediación intrajudicial, se puede solicitar al órgano jurisdiccional que otorgue carácter ejecutivo. Si el acuerdo adopta una forma escrita y cumple el artículo 6 de la Ley de requisitos de los escritos de Escocia de 1995 (*Requirements of Writing (Scotland) Act 1995*), puede inscribirlo para su ejecución en los Registros de los Tribunales Superiores de Escocia (*Books of Council and Session*) y en los de los Juzgados de Primera Instancia (*Sheriff Court Books*). Puede solicitar al encargado de los Registros de Escocia (*Keeper of the Registers*) la inscripción del acuerdo en el "*Books of Council and Session*" para su ejecución. Puede asimismo solicitar ante el Juzgado de Primera Instancia (*sheriff court*) la inscripción del acuerdo en el registro de dicho órgano jurisdiccional, si una de las partes del acuerdo está domiciliada en su ámbito territorial.

⁸⁸⁴ Por ejemplo, podría solicitarlo ante el órgano jurisdiccional de la localidad en la que una o varias partes residan o, si el asunto mediado se refiere a inmuebles, el órgano jurisdiccional en cuyo ámbito territorial esté ubicado el inmueble.

En el supuesto de una mediación extrajudicial o convencional, sin haber cursado registro para su ejecución ni en los registros de los Juzgados de Primera Instancia, ni en los de los Tribunales Superiores, aún puede solicitar a los mismos que dicten una resolución que otorgue carácter ejecutivo al acuerdo.

Por el contrario si desea ejecutar una sentencia pronunciada en el extranjero, debe solicitarlo de acuerdo con el Reglamento Bruselas I bis, y la solicitud debe formularse ante el Tribunal Superior de Justicia (*Court of Session*) o el correspondiente Juzgado de Primera Instancia (*sheriff court*.)

En Alemania, el Juzgado Municipal (*Amtsgericht*) al que se remita el acuerdo de mediación será competente para darle carácter ejecutivo y custodiarlo. A falta de tal remisión, y será competente el Juzgado municipal alemán en cuyo ámbito territorial se desarrolló la mediación. En todos los demás casos, será competente el Juzgado municipal de Schöneberg en Berlín. Un acuerdo concluido en el curso de una mediación, puede además custodiarse y declararse ejecutivo por un notario alemán, quien podrá denegar su carácter ejecutivo.

Respecto a Grecia, la legislación griega, art 9 de la Ley 3898/2010, establece como autoridad competente la Secretaria del Juzgado de Primera Instancia de la región en que se haya llevado a cabo la mediación. De modo que una vez firmado el acuerdo por el mediador, las partes y sus abogados, el mediador podrá, a petición de una de las partes, -aún sin el consentimiento de la otra- transmitirlo al tribunal para su conversión en un título ejecutivo.

Por su parte, los órganos jurisdiccionales belgas competentes para dar carácter ejecutivo a un acuerdo de mediación son, entre otros, los Juzgados de Paz, los Tribunales de Policía, los Tribunales de Primera Instancia, y los Tribunales de Comercio.

El notario puede, en su caso, dar carácter ejecutivo a un acuerdo resultante de una mediación sobre la base del artículo 19, apartado 1, de la Ley del Notariado de 16 de marzo de 1803.

En Rumania, los órganos jurisdiccionales o autoridades designadas de acuerdo con el artículo 6, apartado 3, de la Directiva para recibir una solicitud son los Juzgados de Primera Instancia, los Tribunales de Distrito, los Tribunales de Apelación y el Tribunal Supremo de Casación y Justicia.

En Suecia, las autoridades competentes son los tribunales de primera instancia del lugar de celebración del acuerdo de mediación. Si no hay órgano jurisdiccional competente de acuerdo con esta regla, por ejemplo, si el acuerdo se ha celebrado fuera de Suecia, es competente el tribunal de primera instancia de Värmland. La solicitud se presentará ante el tribunal de primera instancia competente en el ámbito territorial en el que una de las partes tenga su residencia habitual. Si ninguna de las partes tiene su residencia habitual en Suecia, será competente el Tribunal de Primera Instancia de Värmland.

Por el contrario en Finlandia, el órgano jurisdiccional competente para conferir carácter ejecutivo al acuerdo, recae en el Tribunal de Primera Instancia en cuyo ámbito territorial una parte del acuerdo tenga su domicilio o residencia habitual. Si ninguna de las partes tiene su domicilio o residencia habitual en el país, será competente el Tribunal de Primera Instancia de Helsinki.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS VALORATIVO DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL COMO ADR

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de resolver los litigios transfronterizos de la manera más eficiente posible, con plena seguridad jurídica y optimizando costes de todo tipo, ha llevado a las empresas a interesarse por los ADR. En el ámbito del derecho de los negocios internacionales la mediación aumenta su popularidad y comienza a ser percibida como un mecanismo interesante ya que sus inherentes ventajas son superiores a los posibles inconvenientes que pudieran suscitarse. Sin embargo, y como hemos analizado en páginas anteriores, las diferencias en su aplicación en los diferentes países son excesivamente desiguales y tampoco se ha conseguido una idéntica repercusión en torno a la misma. Pese a todo ello, la mediación está presente en todas las legislaciones de la Unión Europea convirtiéndose en una institución fundamental.

El desarrollo de la Directiva en los Estados de la Unión y las distintas legislaciones nacionales, junto a su proyección práctica nos conducen al planteamiento de algunas cuestiones actuales relacionadas con su aplicación. Conviene detenernos en los problemas relacionados con la voluntariedad u obligatoriedad de la misma y junto a ello, con la posibilidad de crear nuevos instrumentos jurídicos que armonicen los dispares sistemas en la UE.

Por otra parte, y ante la necesidad de adoptar medidas que continúen impulsando la utilización de la mediación e impliquen su consolidación como un mecanismo de resolución de controversias real y efectiva, analizaremos objetivamente la viabilidad de un sistema multidisciplinar y conjunto de medidas el único camino para lograrlo. En este sentido, tanto la información, formación, los incentivos económicos, ciertas modificaciones en el sistema actual legislativo y el papel determinante de los abogados serán los factores que de algún modo habrá que conjugar para conseguir una aceptación real de la mediación.

II. BALANCE AL ESTADO DE LA MEDIACIÓN

En el capítulo anterior hemos expuesto sucintamente los resultados de los distintos informes elaborados por el Parlamento Europeo y la Comisión Europea. Las propuestas para mejorar e impulsar el uso de la mediación en Europa elaboradas por el Informe⁸⁸⁶ se encontraban

⁸⁸⁶ El Informe solicitaba a los encuestados que evaluaran las medidas utilizando la siguiente escala: (1) impacto extremadamente negativo, (2) impacto negativo, (3) ningún impacto significativo, (4) impacto positivo, (5) impacto extremadamente positivo. No obstante el Informe aclara que si un participante consideraba que la mediación obligatoria, por ejemplo, podría tener un impacto extraordinariamente positivo en el número de mediaciones pero también podía generar una limitada resistencia, debía clasificar la medida como impacto positivo y no como impacto extremadamente positivo. En sentido contrario, si

subdivididas en dos grupos según se tratara de mejoras legales, *legislative measures*, y no legales, *non- legislative proposals*.

Respecto a las primeras, se proponen catorce medidas legales⁸⁸⁷ cuyos resultados mostraron diferentes grados de popularidad entre los encuestados, por ejemplo, el 86% apoyaban medidas encaminadas a proporcionar incentivos a las partes que optaban por la mediación. En cambio, el 54% descartaba o incluso se oponía a disposiciones que requiriesen la presencia obligatoria del abogado durante las mediaciones. Igualmente se plantean siete medidas no legales con el objetivo de fomentar la mediación.⁸⁸⁸

En relación a las propuestas de tipo legal, las que menor apoyo tuvieron entre los encuestados, venían referidas, en primer lugar al requerimiento a los EEMM para que designasen un número de casos mínimo al año que tuvieran que ser mediados, con el objetivo de asegurar una relación equilibrada entre la mediación y la vía judicial según dispone el artículo 1 de la Directiva 2008/52/CE. En segundo lugar, la opción de exigir la revisión del acuerdo de mediación por una tercera parte, para detectar posibles estipulaciones inadmisibles o vulneraciones de la ley o del orden público tampoco logró un desmedido apoyo y finalmente la posibilidad de instaurar la

consideraban que la resistencia sería significativa y que reduciría su impacto positivo de modo significativo, se les pedía que respondieran impacto negativo o ningún impacto significativo. *Vid.* p.140.

⁸⁸⁷ Las medidas propuestas son las siguientes: mayor implicación de abogados exigiéndoles que informen a las partes sobre la alternativa de la mediación e incluso sancionarles si no lo hacen (pp.141), sesiones informativas obligatorias antes de la vía judicial (p. 141-142), mediación obligatoria en determinadas categorías de asuntos (p.142), mediación obligatoria en determinadas categorías de asuntos con opción de retirarse en la primera reunión con poco o nulo coste (*mandatory mediation with opt-out*) (p.142), requerir la mediación obligatoria para la parte más fuerte de la relación contractual (p. 143), exigencias a la parte fuerte de la relación que explique los motivos por escrito de su rechazo (p.144), facultad de los jueces para remitir a las partes a mediación (p.144), requerir a los jueces que expliquen porque no derivan casos a mediación (p. 145), evaluar la productividad de los jueces según el número de asuntos remitidos a mediación (p. 145), sanciones a las partes que se nieguen a acudir a mediación obligatoria (p.146), proporcionar incentivos a las partes para recurrir a mediación (p.146), exigir la revisión del acuerdo de mediación por una tercera parte (p. 147), exigir la asistencia legal obligatoria en mediación, (p. 147), y exigir a los EEMM que designen un número mínimo de asuntos al año que deban ser mediados (p. 148).

⁸⁸⁸ Las medidas no legales son las siguientes: desarrollo e implementación de programas piloto para impulsar el uso de la mediación civil y mercantil (p. 153), programas de difusión al público con el objetivo de exponer los beneficios de la mediación (pp. 153-154), designar embajadores de la mediación con el mismo objetivo de difusión (p.154), compromisos de mediación para miembros de ciertos sectores para que utilicen la mediación como fórmula de resolución de sus controversias (p.155), creación de una certificación de mediadores uniforme para toda la UE (p.156), y de una agencia europea de sistemas alternativos de resolución de conflictos (p.157)

asistencia jurídica obligatoria en el procedimiento de mediación no fue excesivamente bien valorada.⁸⁸⁹

Sin embargo, una puntuación intermedia (3.5/5) obtuvieron las medidas relativas al papel desarrollado por las partes y por los jueces durante el procedimiento. Evaluar la productividad de los jueces en base a los asuntos derivados a mediación, o exigirles que expliquen los motivos por los que no remitieron el asunto a mediación junto a las sanciones a las partes que se nieguen a acudir a la mediación obligatoria,⁸⁹⁰ son propuestas tanto valoradas positivamente como de manera negativa.

Respecto a las medidas que tienen en consideración el equilibrio de poder entre las partes, se proyectan a la posibilidad de que sea obligatorio para las partes más fuertes de una relación contractual,⁸⁹¹ es decir, aquellas que tienen un mayor poder de negociación o económico, como compañías de seguros o bancos, o bien se les exija que expliquen por escrito los motivos por los que rechazan acudir a mediación.⁸⁹²

En cuanto a las propuestas que implican una mayor implicación de abogados y jueces, la opción de que estos últimos puedan remitir a las partes a mediación, no tiene ninguna valoración negativa, al contrario, se considera extremadamente positiva o muy positiva en siete EEMM (25%) y se apoya en otros veintiuno (75%). Igualmente requerir a los abogados para que ofrezcan información completa a las partes sobre este mecanismo e incluso sancionarles si no hacen, es positivo o extremadamente positivo para dieciocho EEMM (64%) con excepción de los encuestados de Hungría y Eslovenia cuya valoración es negativa.

Son varias las medidas relativas a la obligatoriedad de la mediación, y a la posibilidad de introducirla legislativamente. Así podemos distinguir entre las que sugieren la introducción de la mediación obligatoria para ciertas categorías de asuntos con opción de retirarse en la primera reunión (*opt-out*) (cuyo coste sería nulo o escaso) o simplemente la mediación obligatoria para algunas categorías de asuntos. La primera de ellas obtuvo una alta aceptación en diecisiete EEMM

⁸⁸⁹ La mayoría de los EEMM consideraron que esta medida tendría un impacto negativo, salvo Malta.

⁸⁹⁰ Por ejemplo, condenarles en costas aunque ganen el pleito.

⁸⁹¹ Tiene un amplio apoyo (57%) frente al 43%. Los encuestados finlandeses consideran que tendría un apoyo negativo.

⁸⁹² El 82% de los encuestados sostienen que no tendría un impacto significativo. Alemania y Finlandia no lo apoyan en absoluto e Italia, Eslovaquia y Malta lo valoran positivamente.

(61%), considerándose en todos los países su impacto positivo. Respecto a la segunda, veintidós Estados lo consideran positivo (79%) y nueve (32% extremadamente positivo).⁸⁹³

No obstante, las más valoradas y aceptadas se centran en la proposición de incentivos, ya que veinticuatro países (86%) consideran que tendría un impacto positivo, y en la implantación de sesiones informativas obligatorias con carácter previo a la vía judicial, medida considerada como un impacto positivo o extremadamente positivo en catorce Estados (50%) sin que ninguno de los encuestados la considere negativa.

Para una mayor reflexión en esta cuestión y con el ánimo de profundizar en una de las medidas más valoradas, procedamos a exponer las posibilidades que puede presentar la implantación de alguna de ellas.

1. Mediación obligatoria vs mediación voluntaria

Uno de los aspectos fundamentales de la mediación en la actualidad y que más debate suscita es en relación con la obligatoriedad de la misma. Reiteramos que no se trata de una imposición a permanecer en la mediación ni forzar a las partes a un acuerdo, cuestión que efectivamente sería contraria a su propia naturaleza. Al referirnos a mediación obligatoria, *mandatory mediation o compulsory mediation*, términos más utilizados, aludimos a obligación consistente en la asistencia a la sesión informativa, momento en que se expone a las partes toda la información necesaria relativa al procedimiento. En la actualidad en nuestro país la asistencia es totalmente voluntaria, pero, tal y como hemos analizado, no ocurre lo mismo en otros Estados de nuestro entorno.

Esta cuestión tradicionalmente ha sido considerada impropia y contraria a la esencia de la mediación, esto es, la voluntariedad. El simple hecho de su planteamiento era considerado un tabú. Sin embargo, lo que es cierto es que en los últimos años, en parte por las recomendaciones de instituciones europeas y en base a las experiencias de algunos países, se ha perdido el miedo a debatir sobre este argumento, por lo que actualmente el planteamiento de la posibilidad de conseguir cierta obligatoriedad en el intento de mediación sin afectar a la voluntariedad, ha derivado en dos posiciones contrapuestas.

⁸⁹³ Pese al apoyo generalizado de esta propuesta, habría que determinar que asuntos estarían cubiertos por esta mediación obligatoria. AZCARRAGA MONZONÍS. El limitado impacto de la Directiva.....*op.cit.* pp. 108.

En relación a todo ello, el marco jurídico europeo sigue sin ser del todo homogéneo, y la armonización otorgada por la Directiva 2008/52/CE permite un amplio margen de actuación, que ha sido utilizado por los Estados para legislar como les ha parecido oportuno, introduciendo o no dicha obligatoriedad, sin que hayan percibido una contradicción entre lo que implica la aplicación del principio de voluntariedad y la obligación de acudir a la mediación en ciertos casos.⁸⁹⁴ En lo que sí existe unanimidad es en lo que respecta al derecho que tienen las partes y el mediador a finalizar la misma en cualquier momento.

Consecuentemente podemos encontrarnos dos facciones según los Estados de la Unión se hayan decantado por una u otra opción. Así, los Estados de la Europa continental, han adoptado un enfoque relativamente restringido, siendo más escépticos en lo que respecta a la mediación obligatoria.⁸⁹⁵ Como ejemplos podemos citar Francia, donde la participación en un proceso de mediación sólo puede tener lugar de forma voluntaria. En Bélgica, por ejemplo, sólo hay unos pocos procedimientos precedidos de mediación obligatoria. La situación es similar en Italia, donde la mediación sólo se exige para ciertos tipos de procedimientos.⁸⁹⁶

En Alemania, los Países Bajos, Polonia y Portugal, por ejemplo, tampoco existe mediación general obligatoria. Por el contrario, y aunque en Reino Unido no es obligatorio, es cierto, como hemos analizado, que existe la recomendación a los tribunales de solicitar explicaciones a la parte que se niega a acudir a mediación e incluso se permite que dicha parte pueda asumir los costes del

⁸⁹⁴ La Directiva 2008/52/CE contempla la voluntariedad como uno de los principios esenciales de la mediación y realiza una referencia expresa en la Exposición de motivos, sin que en ningún caso elimine la facultad de que se convierta en «*mandatory mediation*», en la que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de remitir a las partes a mediación o deje de ser preceptiva. El órgano jurisdiccional puede, por tanto, proponer a las partes el recurso de la mediación para solucionar el litigio, así como requerirlas para que asistan a una sesión informativa al respecto (artículo 3). Con todo, la voluntariedad, a tenor de lo expuesto parece ceñirse más al desarrollo del proceso y a la permanencia en el mismo que a su inicio, ya que admite la posibilidad de que una legislación nacional «haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones», siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial (Cdo.50),

⁸⁹⁵ GARCIA VILLALUENGA, L y VAZQUEZ DE CASTRO, E.: “Mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Reus, 2015, pp. 21 -36 [https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/La mediacion a debate en Europa Hacia la.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/La%20mediacion%20a%20debate%20en%20Europa%20Hacia%20la.pdf) [Fecha de consulta: 30/04/2017],

⁸⁹⁶ En Italia, como hemos analizado en el Capítulo III (supra), el Decreto Legislativo 28/2010 de 4 de marzo regulaba la mediación con carácter obligatorio para determinados asuntos relacionados en el artículo 5.1, precepto fue declarado inconstitucional. En 2013, se instauró nuevamente la mediación como requisito previo de procedibilidad obligatoria para una serie específica de materias. Los jueces ahora pueden ordenar la mediación en lugar de invitar a las partes a utilizarla. En estos casos sólo una sesión de mediación es obligatoria. Si no se logra un acuerdo, las partes pagan un coste moderado (hasta un umbral fijado por la ley) y pueden entonces presentar la demanda ante los tribunales.

proceso. Igualmente en Francia. Claramente se trata de intentar que desde el propio sistema judicial se fomente la mediación y contribuyan a explicar sus beneficios.

Por tanto, nos encontramos con un grupo de países que instan a acudir a mediación con carácter previo al juicio, y otros en cambio, permiten un acceso inmediato a los tribunales sin ningún tipo de sanción o inconvenientes en caso de que las partes muestren su rechazo. Podríamos preguntarnos cuál de todos ellos tiene razón, por lo que es necesario estudiar los distintos fundamentos esgrimidos por ambas posturas. Atendiendo a las especiales recomendaciones de los distintos informes elaborados a instancias de las instituciones europeas que, reiteradamente, han puesto de relieve la conveniencia de instaurar la mediación obligatoria, se hace necesario una reflexión sobre este aspecto, teniendo en cuenta que la obligatoriedad viene determinada en su intento, y limitada a la sesión informativa y únicamente bajo determinados supuestos.

Como afirma García Villaluenga, la voluntariedad se manifiesta, no tanto en la forma de llegar a la mediación, como en la autonomía para firmar el contrato de mediación, continuar el proceso y, en su caso, llegar a acuerdos.⁸⁹⁷

1.1 Argumentos a favor

Los argumentos a favor de la obligatoriedad de la mediación se centran en el profundo y existente desconocimiento general en torno a ella, motivo que cambiaría radicalmente si realmente se comprendiese los beneficios que otorga. Con esta premisa, entienden que cierta persuasión e incluso “presión” para forzar la participación en una sesión informativa, podría mostrarles las ventajas de este mecanismo y disipar dudas sobre la conveniencia de su utilización en gran número de casos. Entienden que no se afectaría el principio de voluntariedad, ya que en ningún caso se está induciendo a las partes en una determinada dirección, ni forzándoles a alcanzar un acuerdo. En este sentido, lo que si es cierto, es que únicamente con información detallada es posible tomar una decisión y optar si se continúa en ella para explorar la posibilidad de alcanzar un acuerdo o, por el contrario, se da por concluida.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ GARCIA VILLALUENGA L.: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010, pp. 720, <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>

⁸⁹⁸ Wirth, C. y Eckstein, C.: “Mandatory mediation in the EU”, *Financier Worldwide*, 2015. Disponible en <https://www.financierworldwide.com/mandatory-mediation-in-the-eu/#.WPqop2mLTGg> [Fecha de consulta: 27/04/2017]

Esta discusión no es en absoluto novedosa. Basándonos en los datos ofrecidos en el Informe del Parlamento en 2014,⁸⁹⁹ infinidad de encuestados afirmaron que la falta de mediación obligatoria obstaculiza el fomento de la mediación, recomendando su obligatoriedad para determinadas categorías de asuntos, entre los que se encontraban cuestiones mercantiles, de ámbito familiar, laboral o conflictos de escasa cuantía.⁹⁰⁰ Lo que prácticamente no tuvo apoyo alguno fue hacerla obligatoria para cualquier tipo de asunto. Dicho Informe sugiere la revisión de algunos de los principios de la mediación, esto es, el replanteamiento de la voluntariedad/obligatoriedad,⁹⁰¹ con el fin de potenciar el uso de la mediación en los ordenamientos jurídicos este mecanismo no acaba de implantarse, o lo hace a un ritmo muy ralentizado.

De entre las medidas expuestas varias de ellas tienen relación con la obligatoriedad de la mediación, aunque en una vertiente mitigada. Se destaca la conveniencia de las sesiones informativas obligatorias (modelo *opt-in*) junto a la mediación obligatoria en algunos asuntos con la posibilidad de retirarse en la primera reunión con poco o nulo coste (modelo *opt-out*),⁹⁰² opción que no se consideró en ningún caso negativa, y obtuvo un alto índice de puntuación en diecisiete Estados (61%). El informe destaca esta segunda medida, justificándola en que es el único modo de obligar a las partes a considerar seriamente la opción de la mediación para resolver su conflicto.⁹⁰³

En Europa algunos países analizados y comentados hasta el momento, adoptaron un sistema de obligatoriedad previa al procedimiento judicial (Italia, Bulgaria y Eslovenia), sin embargo, y pese a los aceptables resultados estadísticos no parece haber tenido demasiado éxito entre la población. En parte, este resultado es lógico y previsible ya que la imposición legal de una práctica en países que carecen de una tradición negociadora, unido a la escasez de profesionales adecuados no puede garantizar buenos resultados. El planteamiento de esta opción supuso el

⁸⁹⁹ «Rebooting the Mediation Directive...*op.cit.* Recordemos que el coordinador de este estudio es el Prof. De Palo, cuyos resultados están basados en 816 cuestionarios completados por distintos encuestados, entre los que un gran número no eran mediadores. Todas las personas encuestadas procedían de EEMM.

⁹⁰⁰ Así se pronuncia igualmente VILALTA NICUESA, A.E.: “*La paradoja de la mediación...*”, pp.9, señala que hubiera sido del todo deseable una apuesta más decidida que obligase a los Estados miembros a introducir el intento de mediación obligatoria en determinados ámbitos o categorías de asuntos.

⁹⁰¹ Insistimos, se plantea la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa, no a la obligatoriedad de alcanzar un acuerdo en mediación.

⁹⁰² Rebooting» the mediation Directive...*op.cit.* pp. 9. El informe destaca la eficacia del modelo *opt-out* con el objetivo de que las partes adquieran experiencia en mediación. En esta reunión con el mediador simplemente se les va a informar sobre el procedimiento. Constata igualmente la experiencia en EEUU, en la que los programas *opt-in* han supuesto un 25% de participación, los programas *opt-out* lograron un 70%.

⁹⁰³ Rebooting» the mediation Directive...*op.cit.* pp. 174.

rechazo tanto de jueces como de abogados. Algo similar a lo ocurrido con la conciliación en España cuando fue implantada en la jurisdicción civil como requisito de procedibilidad.⁹⁰⁴

García Villaluenga es partidaria de una voluntariedad mitigada. Señala que la flexibilidad de la mediación radica en que el procedimiento puede adaptarse a las necesidades de las partes.⁹⁰⁵ Sirva como ejemplo EEUU, el que la introducción del sistema «*multi-door*», como consecuencia de la *Pound Conference* (Infra Capítulo I.1.1), sin duda, supuso un cambio de mentalidad en este país con respecto a los ADR, produciéndose un cambio de legislación, y de paradigma en la administración de justicia. En particular la mediación comenzó a utilizarse con mayor frecuencia, planteándose esta misma cuestión, es decir, si debía implementarse la obligatoriedad en su intento, sobre todo en lugares en los que apenas era conocida. Actualmente está integrada en el sistema judicial y tiene carácter obligatorio en ciertos supuestos.⁹⁰⁶

Ahora bien, en cualquier caso, se constata que el modelo de mediación obligatoria u obligación mitigada es más eficaz si ya existe cierta experiencia en mediación y existen profesionales adecuados, no recomendándose *ab initio*, sino cuando el sistema ya está al menos un poco consolidado y la sociedad, incipientemente entiende lo que significa la mediación.⁹⁰⁷ En Francia se ha optado por este sistema, cuya obligatoriedad es más sutil que la existente en Italia. Así el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil francés reformado por el Decreto 282 de 11 de marzo de 2015, introduce la obligación del demandante, bajo pena de nulidad, de indicar en la

⁹⁰⁴ La obligatoriedad de la conciliación tuvo escasa repercusión en España, convirtiéndose en un trámite inútil que debía sortearse lo antes posible. *Vid.* PASCUAL ORTUÑO “Sistemas de derivación: la experiencia europea”, en *Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia*, GEMME, Documento interno de trabajo, 2015, pp.6. <https://mediacionesjusticia.es>

⁹⁰⁵ GARCIA VILLAUENGA, L.: “La mediación en Europa.....”, *op.cit.* pp. 33. Argumenta que esta flexibilidad ha favorecido el desarrollo de la mediación en el contexto de las mediaciones familiares, de modo que obligarles a una sesión informativa cuando se encuentran con posiciones tan enfrentadas puede ayudarles a racionalizar su conflicto y tener consecuencias positivas

⁹⁰⁶ En Florida, quizás uno de los Estados más vanguardistas en este sistema, el tribunal puede acordar remitir a las partes a mediación en casos de responsabilidad parental, atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal o cuestiones de régimen de visitas, y en Texas, el tribunal podrá remitir de oficio el asunto a mediación cuando se trate de cuestiones que afecten a las relaciones entre padres e hijos. Se derivan cada año más de 100.000 casos a mediación y los jueces pueden derivar de modo obligatorio atendiendo a la naturaleza del asunto, o porque consideren bien que dicha derivación pueda ser beneficiosa para las partes o para el propio tribunal. CARRETERO MORALES, E.: “La mediación civil y mercantil...”, *op.cit.* pp. 354.

⁹⁰⁷ En el mismo sentido se pronuncia HANKS, M.: “Perspectives on mandatory Mediation”, *Forum: Perspectives on Mandatory Mediation*, *UNSW Law Journal*, Volume 35(3), 2012, pp. 929-952 <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au>. Realiza un interesante análisis en relación a las experiencias en EEUU y los comienzos europeos en la trasposición de la Directiva 2008/52/Ce.

demanda las diligencias llevadas a cabo para encontrar una solución amigable del conflicto, salvo que justifique un motivo legítimo para no haberlo intentado, esto es, por razones de urgencia, bien por la propia índole del conflicto o si afecta al orden público. Se entiende que esta fórmula es más ingeniosa, utilizando la mediación como elemento preventivo para evitar la escalada del conflicto, tornándose en un mecanismo habitual entre abogados y partes.

En este mismo sentido, y en consonancia con la modificación del actual sistema, se plantea por algún sector doctrinal la revisión del artículo 5.2 de la Directiva 2008/52/CE.⁹⁰⁸ El Prof. Giovanni De Palo asegura que el legislador europeo debería considerar la revisión de este precepto con el fin de establecer la obligatoriedad de las sesiones informativas con carácter previo al juicio y en determinadas controversias civiles y comerciales, siempre que se trate de derechos disponibles para las partes. Incluso se propone una nueva redacción del artículo 5.2.⁹⁰⁹

En este análisis, De Palo, identifica cuatro modelos distintos de mediación según su utilización en los diferentes Estados: (i) mediación completamente voluntaria,⁹¹⁰ (ii) mediación voluntaria con incentivos y sanciones,⁹¹¹ (iii) sesión de mediación inicial requerida⁹¹² y (iv) mediación obligatoria.⁹¹³ Estos cuatro modelos se han aplicado de manera heterogénea en toda la Unión Europea en diversos tipos de conflictos y del análisis de los mismos, señala que el modelo de mediación inicial requerida, «*required initial mediation session*» es el más adecuado ya que combina los elementos más eficaces de todos. Analicémoslos brevemente.

⁹⁰⁸ Véase el análisis completo realizado por DE PALO, G. y D'URSO, L.: "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings", en *The Implementation of the Mediation...*, *op.cit.*, 29 de noviembre de 2016, pp. 4-31. Este importante documento, encargado por el Departamento de Política de los Derechos de los Ciudadanos y de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de la Comisión JURI, examina la falta de una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales, y expone la necesidad de introducir modificaciones en la Directiva de Mediación de la UE.

⁹⁰⁹ Sugiere la siguiente redacción del párrafo 2 del artículo 5 de la Directiva 2008/52/CE: "Member States shall ensure that a mediation session is integrated into the judicial process for civil and commercial cases, except for such cases as Member States shall determine are not suitable for mediation. The minimum requirements for such a mediation session are that the parties must meet together with a mediator, subject to the condition that the procedure shall be non-binding and swift, suspend the period for time-barring of claims, and be free of charge or of limited cost if any party decides to opt out at the initial session." DE PALO, G. y D'URSO, L. "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings", en *The Implementation of the Mediation...*, *op.cit.* p.8.

⁹¹⁰ *Full Voluntary Mediation*

⁹¹¹ *Voluntary Mediation with Incentives and Sanctions*

⁹¹² *Required Initial Mediation Session*

⁹¹³ *Full Mandatory Mediation*

En el modelo de mediación voluntaria, «*full voluntary mediation*», las partes han acordado previamente celebrar una mediación, bien en la negociación de un contrato, o bien ya surgida la controversia. En cualquier caso acuden personal y directamente a mediación solicitando los servicios de un mediador, lo que significa que deben cooperar en su selección y compartir el coste de sus honorarios sin garantía alguna de que el conflicto finalmente será resuelto. El mayor inconveniente de este sistema se centra en la posibilidad de desistimiento de una de ellas. Además, en infinidad de ocasiones cuando surge una controversia, las partes y sus abogados se concentran frecuentemente en una postura legal, desaprovechando la oportunidad de reunirse y negociar los posibles inconvenientes y ventajas de intentar una mediación, siendo igualmente habitual que el demandado carezca *ab initio* de motivaciones o estímulos sustanciales para resolver la disputa con lo que es posible que intente obstaculizarlo.⁹¹⁴

El siguiente sistema, modelo de mediación voluntaria con el establecimiento de beneficios y sanciones, «*voluntary mediation with incentives and sanctions*», ha sido el adoptado en la mayoría de los EEMM con el objetivo de incentivar a las partes a recurrir a la mediación. Sin ser exhaustivos, los principales incentivos suelen ser económicos o financieros ya que en caso de lograr un acuerdo, se reembolsan las tasas judiciales (por ejemplo en Eslovaquia y Estonia) o se establecen ciertas subvenciones (Italia hasta 500 euros).

Respecto a las sanciones, están previstas en algunos ordenamientos jurídicos como respuesta, generalmente, a una negativa irrazonable a considerar la mediación (Irlanda, Republica Checa o Italia).

En tercer lugar, respecto a la sesión inicial requerida, «*required initial mediation session*» este modelo se sitúa entre la mediación voluntaria y la mediación obligatoria combinando ambos. En algunos países de la Unión Europea intentar un proceso de mediación es un requisito obligatorio para admitir a trámite una demanda. De tal manera que en primer lugar se tiene que ir a mediación, y sólo si esta fracasa se abre la posibilidad de acudir al proceso judicial. Dicha obligación se establece en unos casos por iniciativa del juez (como ocurre en la República Checa) o en los asuntos legalmente previstos relativos a Derecho de familia (Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y Gales). Es necesario la acreditación de que realmente se ha producido este intento, esto es, la

⁹¹⁴ Este es el modelo que estaba en vigor en la mayoría de los Estados de la Unión con anterioridad a la Directiva 2008/52/CE y dado que se basa fundamentalmente en la libertad contractual de las partes, no es necesario un marco jurídico detallado. Los datos demuestran que esta modalidad no genera más mediaciones y tampoco contribuye a aumentar su tasa de éxito. DE PALO, G. y D'URSO, L: "Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings" en *Study for an evaluation and implementation ...*, op.cit, pp.70.

celebración de una serie de reuniones, y que las partes han estado debatiendo durante un número determinado de horas, sin que sea suficiente que las partes aseguren haberlo intentado sin éxito. Un ejemplo de ello es Reino Unido pero también Italia, Rumania, Bulgaria o Hungría, donde si una parte no consigue demostrarlo, puede ser condenada en costas.

Italia adoptó este modelo en 2013 como «proyecto de ley piloto»⁹¹⁵ y en un 8% de los casos comerciales, las partes no pueden acceder directamente a los tribunales italianos si no demuestran que han asistido a una reunión inicial de mediación. En nuestro ordenamiento jurídico destaca la nueva Ley foral del País Vasco nº 7/2015, de relaciones familiares, que ha introducido en su artículo 6.2 la obligatoriedad de la asistencia a la sesión informativa de mediación.⁹¹⁶

El último de los modelos, «*full mandatory*», establece un sistema en el que las partes deben asistir como requisito de procedibilidad y pagar el coste de una mediación completa.⁹¹⁷

1.2. Argumentos en contra

A la vista de lo expuesto en el Informe y de los datos proporcionados, una gran parte de las partes interesadas es partidaria de un enfoque más obligatorio en materia de mediación. Sin embargo, también se encuentra cierta oposición en la mayoría de los EEMM y en el mundo académico. Las reticencias vienen fundamentalmente motivadas por el temor a que la obligación pudiera convertirse en un obstáculo para acceder a la justicia, un mero ritual o condicionante que sirviese únicamente para obstaculizar el acceso a los tribunales, generando costes innecesarios y pérdida de tiempo. A este respecto, cabe comentar una sentencia del Tribunal Regional Superior de Frankfurt, que en 2015 afirmó que un «intento forzoso de mediación» trae desventajas aseguradas que no son fáciles de entender. El intento es, por tanto, nulo».⁹¹⁸ Igualmente y en el supuesto de que se contemplase, sería necesario acompañarla de medidas que pudieran mitigar estos inconvenientes para que el procedimiento fuera lo más rápido posible, con escasos o nulos costes y

⁹¹⁵ La finalización de este proyecto se estima para 21 de septiembre de 2017, salvo que sea renovado.

⁹¹⁶ «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015. Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. El artículo 6.2 declara «una vez iniciado el proceso, el juez, a iniciativa propia o a petición de una de las partes, y a los efectos de facilitar un acuerdo entre éstas, podrá derivarlas con carácter obligatorio a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. En dicha sesión las partes podrán comunicar al mediador su decisión de continuar o no el proceso de mediación».

⁹¹⁷ No ha sido adoptado en ningún país.

⁹¹⁸ Wirth, C. y Eckstein, C.: “Mandatory mediation in the EU”, *Financier Worldwide*, 2015. Disponible en <https://www.financierworldwide.com/mandatory-mediation-in-the-eu/#.WPqop2mLTGg> [Fecha de consulta: 27/04/2017].

una excelente formación de los profesionales para que fuesen capaces de detectar la inviabilidad de la mediación.⁹¹⁹

Incluso en Italia, a pesar del incremento espectacular del número de sesiones informativas, al ser obligatorias, no se ha producido un éxito y aceptación generalizada de la mediación, es más, continua el rechazo considerándose que, en muchas ocasiones, es un trámite preceptivo ineficaz que lo único que ha conseguido es dilatar el inicio de los procesos judiciales y agudizar, si cabe aún más, el problema del retraso en la tramitación de los mismos. En cambio, otras posturas consideran que, por su propia naturaleza, la mediación solo puede ser voluntaria para poder funcionar correctamente y que perdería su atractivo frente a los procesos judiciales si adquiriera carácter obligatorio.

Con todo, la posibilidad de la mediación obligatoria tiene cada vez más fuerza y se considera que recurriendo a ella como requisito de procedibilidad podría causar un beneficio mayor. El marco legal en España, al igual que en la inmensa mayoría de Estados de la UE lo impide, pero se alzan voces que reclaman un sistema más equilibrado considerando necesario explorar nuevas vías. En este sentido, la posibilidad de derivar a las partes a la sesión informativa, lo que se conoce como voluntariedad mitigada, parece adecuada,⁹²⁰ ya que configurándose como

⁹¹⁹ En este sentido se pronuncia AZCARRAGA MONZONIS, C.: “El limitado impacto de la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción, en BARONA VILAR, S. (dir) *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia Estudios sobre arbitraje*, Civitas, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 103. Manifiesta la propuesta de un escaso o nulo coste de la mediación obligatoria no es compatible con el ejercicio privado de la mediación, ya que lógicamente los mediadores tienen que percibir unos honorarios por sus servicios. DE PALO y D’URSO también consideran que debería obligarse a las partes, en determinadas controversias, a una sesión inicial con un mediador capacitado. Este intento de mediación debería ser rápido y económico. *Vid* DE PALO, G. y D’URSO, L: “Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings” en *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – The ‘Mediation Directive’, Final Report*, Directorate-General Justice and Consumers, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 29 November 2016, pp.8 Disponible en, [Fecha de consulta: 05/05/2017]:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)

⁹²⁰ Para mayor detalle véase GARCIA VILLALUENGA, L Y VAZQUEZ DE CASTRO, E.: “Mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada? *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Reus, 2015, pp. 21 -36. En el mismo sentido HERRERA DE LAS HERAS, R.: “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, *Indret*, 2017, Disponible en:

<http://www.indret.com/pdf/1282.pdf> pp.6

[Fecha de consulta: 20/03/2017] quien argumenta que no va en contra de su naturaleza, bien al contrario, es un impulso a la misma. Considera que el establecimiento de la obligatoriedad es la mejor solución, siempre y cuando sea realizado por profesionales adecuados. Si realizado ese intento las partes no llegan a un acuerdo, el litigio podría iniciarse –para el caso de que la mediación hubiese sido extrajudicial y previa- o seguir su curso jurisdiccional –si hubiese tenido lugar iniciado ya el procedimiento-.

requisito de procedibilidad no generaría mayores consecuencias y si grandes beneficios.⁹²¹ Una vez asimilado que no se trata de un mero trámite necesario antes de acceder al proceso, sino una oportunidad para resolver el conflicto de un modo rápido y económico, los resultados a medio plazo serían muy interesantes.

Lo que es evidente y está fuera de cualquier debate es que la mediación no obliga a las partes en litigio a alcanzar ningún acuerdo. Quizá por eso hay autores que sostienen que este tipo de mediación no va contra un elemento básico de ella, la voluntariedad, sino que la terminología -la de obligatoria-, no es la correcta.⁹²²

2. Derecho comparado. Situación permitida por la Directiva 2008\52\CE

El legislador otorga amplia libertad a los Estados a la hora de implementarla obligatoriedad de la mediación cuando lo estimen oportuno. En el Considerando (14) se establece que «nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial (...)». De este modo algunos países se apresuraron a adoptar el modelo de mediación obligatoria incluso como requisito de procedibilidad, como Italia, Bulgaria y Eslovenia.

Todos los Estados miembros prevén la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales inviten a las partes a recurrir a la mediación o, al menos, a asistir a reuniones de información sobre la misma. En Eslovenia y Escocia esta posibilidad solo se mantiene para ciertos tipos de conflictos. En algunos Estados miembros, la participación en tales reuniones de información es obligatoria, a iniciativa del juez (por ejemplo, en Chequia) o en relación con litigios específicos prescritos por la ley, como los asuntos de familia (Lituania, Luxemburgo, Inglaterra y Gales).⁹²³

⁹²¹ En este sentido y apoyando que la mediación obligatoria se pronuncia VARGAS PAVEZ, M.: Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, núm. 2, 2008, p. 185. Considera que es necesario vincularla al sistema judicial y establecer la comparecencia obligatoria a programas de mediación anexos a los tribunales que sean profusa y adecuadamente difundidos a la comunidad, sean de fácil acceso y de costo cero.

⁹²² HERRERA DE LAS HERAS, R.: “La mediación obligatoria...”, *op.cit.*, pp.11.

⁹²³ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report Directorate-General Justice and Consumers, European Commission. pp. 40 [Fecha de consulta: 27/04/2017].

Algunos Estados miembros (como Croacia en lo que respecta a los litigios relativos a cuestiones de familia, Alemania, e Italia y Lituania) prevén la posibilidad de introducir la mediación obligatoria para ciertos conflictos. En otros casos, como en el Reino Unido, en cualquier momento durante el proceso judicial, los jueces deben considerar si los sistemas alternativos de solución de controversias, incluida la mediación, pueden ser apropiados para resolver la controversia. En tales casos, el juez invitará a las partes a remitir su controversia a ese sistema.⁹²⁴

En Holanda, y Alemania para promover la mediación se ha optado por un sistema en el que sean los jueces quienes deriven a mediación. En nuestro país, existe la derivación judicial a mediación, prevista en el artículo 414.1 LEC, lo cual es un avance, pero subordinado al ánimo individual de cada juez si quiere o no seguir las directrices del CGPJ y sus recomendaciones y protocolos. Y depende igualmente de la actuación de los abogados o de las partes si atienden o no a esta recomendación, ya que no hacerlo no implica ningún tipo de sanción o consecuencia.⁹²⁵

En Noruega, la ley de Matrimonio de 1993 impone a los cónyuges con hijos menores de 16 años acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio. Por tanto, para admitir a trámite la demanda se requiere la presentación de un certificado emitido por el mediador familiar, que lo dictará aunque alguna de las partes se niegue a seguir en el procedimiento; en el mismo sentido la Ley Austriaca sobre mediación en asuntos jurídicos civiles, de 2003, en vigor desde enero de 2004.⁹²⁶

Eslovenia y Holanda han legislado sobre lo que se podría denominar como una mediación cuasi-obligatoria, en la que son los órganos judiciales los que pueden reclamar a las partes llevar a cabo una mediación.⁹²⁷

⁹²⁴ Rule 1.4(2) (e) of the Civil Procedure Rules. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, COM(2016) 542 final, Bruselas, 26.8.2016, pp.7.

⁹²⁵ GARCÍA VILLALUENGA L.: “Encuentro de magistrados y jueces en Asturias y Cantabria”, Santander, 14 -16 octubre 2015, En dicho encuentro se pone de manifiesto que los letrados desoyen las recomendaciones del tribunal de acudir a mediación, sin ni siquiera comunicárselo a las partes, comportamiento del que no deriva ninguna consecuencia.

⁹²⁶ GARCIA VILLALUENGA, L.: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, pp742.

⁹²⁷ HERRERA DE LAS HERAS, R.: “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, Revista para el análisis del derecho InDret, Barcelona, enero 2007, pp. 9.

En Bélgica, al inicio de las sesiones de mediación, se exige a las partes firmar un acuerdo por el que se comprometen a cumplir una serie de obligaciones, entre las que se encuentran: tomar parte en todas las sesiones de la mediación pactadas, no iniciar ningún procedimiento contencioso mientras dure la mediación, no utilizar en el futuro los datos aportados por las partes en las sesiones de mediación, no comunicarse unilateralmente fuera de las sesiones.⁹²⁸

No obstante, hay consenso generalizado en que es más complicado que la mediación tenga éxito una vez que se ha iniciado el procedimiento judicial, ya que el pleito desgasta a las partes y las enfrenta en mayor medida. Se obtienen mejores resultados si se realiza con carácter anterior.

III. PROBLEMAS PLANTEADOS Y SOLUCIONES POSIBLES.

1. Perspectivas de un nuevo instrumento jurídico en la UE

Con todo y a la vista de los resultados y conclusiones de los informes analizados, y con el ánimo de adoptar medidas que contribuyan a impulsar la mediación, se escuchan voces que abogan por la elaboración de un nuevo instrumento jurídico sobre la mediación que incluya un escenario jurídico general para la institución en Europa, ya que la ausencia de un marco legal específicamente diseñado para el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación extranjeros, puede perjudicar la circulación de los acuerdos en la UE.

Este instrumento debería tener un alcance más amplio y desarrollado que la actual Directiva incluyendo normas claras, sólidas y equilibradas sobre determinadas cuestiones relativas a la mediación transfronteriza, así como normas sobre jurisdicción y ejecución de los acuerdos de mediación alcanzados en otros Estados europeos de la Unión. Esta nueva legislación, debería permitir una armonización de las disposiciones básicas sobre la mediación transfronteriza en los Estados miembros, estableciendo una normativa mínima de normalización, garantizando al mismo tiempo la circulación de los acuerdos de mediación en la Unión.⁹²⁹

⁹²⁸ GARCIA VILLALUENGA, L.: La mediación a través de ..., pp.742, 2008.

⁹²⁹ Se postula en esta idea ESPLUGUES MOTA, C. y BUIGUES J.L.: "Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU" en *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – The 'Mediation Directive'*, Final Report Directorate-General Justice and Consumers, European Commission, 2016, pp.70.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2874952. Señalan los autores que la existencia de normas armonizadas de mediación en el ámbito del Dpr aportaría previsibilidad y certeza y permitiría una

Sin embargo, señala Esplugues esta propuesta puede encontrar oposición de algunos Estados miembros, por lo que posiblemente una alternativa más factible sería centrarse en legislaciones específicas en relación a los litigios civiles y mercantiles y en un tipo específico de conflicto.⁹³⁰ En cualquiera de los casos, la armonización de normas de Dopr sobre mediación transfronteriza aportaría seguridad y previsibilidad y, por consiguiente, fomentaría la circulación de los títulos ejecutivos de mediación.

En el Capítulo III hemos analizado como la Directiva 2008/25/CE no menciona múltiples cuestiones relacionadas con el Dopr, asegurando únicamente que los acuerdos de mediación transfronterizos puedan ser ejecutados en otros Estados, pero sin señalar norma alguna al respecto. La opción plausible es acudir a los distintos instrumentos de la UE en materia de competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución, y determinación de ley aplicable, que permiten enfocar el procedimiento a seguir y alcanzar consecuentemente los objetivos de la Directiva. Sin embargo, los instrumentos jurídicos existentes tienen un alcance limitado y no siempre proporcionan una respuesta flexible e integral a las preguntas planteadas.

En apoyo de esta cuestión, solo tenemos que analizar los últimos instrumentos legislativos en este sentido para constatar la nula referencia a la mediación. Esto también parece un contrasentido, ya que si desde las instancias europeas se está tratando de potenciar la mediación como mecanismo alternativo o complementario de resolución de conflictos, y ayudar a su integración en el sistema de justicia, no entendemos como no es tenido en cuenta en los últimos reglamentos promulgados, ambos en materia de familia, sector o ámbito en el que se presupone los beneficios de su utilización.⁹³¹

En los últimos reglamentos de la Unión, los Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016 de 24 de junio por los que se establece la cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y de uniones registradas, se otorga un cierto margen a la autonomía de voluntad de las partes para fijar el lugar de resolución de su controversia y la ley aplicable a la misma, y permiten a las partes acudir a órganos no jurisdiccionales. Estos instrumentos jurídicos europeos

circulación más fluida de los acuerdos de mediación transfronterizos, y al respecto elaboran un interesante estudio sobre las posibles soluciones a adoptar. [Fecha de consulta: 30/04/2017].

⁹³⁰ Litigios relacionados con pequeñas y medianas empresas, consumidores, conflictos relativos al medio ambiente e incluso en el ámbito familiar.

⁹³¹ Véase LUCAS PEREZ, L.A.: “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la mediación”, (Por cortesía del autor).

establecen las características de dichos órganos y cuáles son los requisitos que deben cumplir, sin mencionar quienes son estas autoridades, salvo en los considerandos en los que, únicamente se cita a los notarios.

En cualquier caso y pese a la tendencia positiva en favor de la mediación que parece desprenderse de estos reglamentos, no se referencia de ningún modo a los mediadores y no parece que el mediador deba ser incluido en esta categoría.

Podemos considerar que uno de los motivos de esta omisión se debe previsiblemente al insignificante concepto que se tiene del mediador como autoridad. El mediador tiene una función esencial y perfectamente delimitada en el procedimiento. En capítulos anteriores hemos constatado como el mediador tiene un perfil y un rol muy determinado y específico. Acompaña y asiste a las partes, pero en ningún caso otorga asesoramiento legal.

No participa en la firma del acuerdo, aunque es cierto que esto depende de las legislaciones y de lo que se haya estipulado al respecto. Pero en cualquier caso y dado que no se le exige formación jurídica, con excepción de algún ordenamiento jurídico, sería muy arriesgado que pudiera considerársele una autoridad suficiente para dar fe de su contenido o estimar su consideración como no contrario a derecho. Y aunque se impusiera alguna norma referente a la obligación del mediador de revisar el acuerdo y verificar algún aspecto legal, no estaría en condiciones de ofrecer seguridad jurídica salvo que fuera jurista.

Si esto fuera así, debería cambiarse la legislación con objeto de que únicamente se otorgara la condición a profesionales específicos y no a legos en derecho, con lo que gran número de personas que hoy se encuentran capacitadas para ejercer esta profesión quedarían excluidos de esta consideración, tales como psicólogos, sociólogos, ingenieros, médicos, es decir, prácticamente todos con excepción de abogados, notarios, y registradores.

No parece una solución y presumiblemente la inmensa mayoría de los Estados se opondría.

Es más, entre las medidas que propone el Informe, ninguna hace referencia a esta idea, ya que se enfocan a la promoción que deben realizar los abogados en informar a sus clientes de la posibilidad de recurrir a mediación. Igualmente destaca la posibilidad de que sea necesario la asistencia de abogados a la mediación obligatoria, por lo que ya se está afirmando tácitamente que el mediador no va a otorgar ningún asesoramiento legal y que para ello pueden estar asistidos por sus los abogados. Medida por cierto que no obtuvo un respaldo significativo en los encuestados

Entendemos que este es el motivo por el que la figura del mediador no aparece, ni aparecerá en ningún instrumento jurídico como una autoridad.

En otro orden de ideas destacamos algunas cuestiones. Por un lado, la ausencia de fuerza ejecutiva directa de los acuerdos de mediación en la UE, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación extranjeros en la UE.

La eficacia de los acuerdos de mediación constituye una de las cuestiones más relevantes en las mediaciones transfronterizas, ya que se requiere su libre circulación. Ciertamente, la suscripción voluntaria de un acuerdo entre las partes como el modo más idóneo de resolver su controversia posibilita en gran medida el cumplimiento voluntario del mismo, pero para su plena efectividad, no es menos cierto que debe garantizarse otro medio de aplicabilidad subsidiario de aquel.

El carácter ejecutivo debe ser la regla general de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/52/CE, pudiendo ser únicamente rechazada por determinados motivos específicos y muy limitados: si el contenido del acuerdo es contrario a la legislación del país en el que se solicita la ejecución, incluido su Dpr o la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.⁹³² Y el apartado 2, establece que el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud. Ya hemos observado que esta regla establece una especie de norma mínima sobre esta cuestión que puede ser, y de hecho ha sido, libremente ampliada por cada Estado miembro.

Sin embargo, el análisis realizado en el capítulo anterior permite constatar la variedad de soluciones jurídicas diferentes adoptadas en Europa en relación a la eficacia jurídica del acuerdo. Prácticamente en casi todos los Estados miembros no es posible exigir su ejecución directa, salvo ciertas situaciones concretas en algunos EEMM⁹³³ siendo considerado como un contrato vinculante que se espera sea respetado voluntariamente por ellas. Por tanto, su consideración como título ejecutivo depende en general de su homologación por parte de una autoridad pública en el país en que se haya alcanzado.

⁹³² Considerandos 19 y 20.

⁹³³ Hungría, Grecia y Portugal.

Ahora bien, en lo que respecta a las condiciones requeridas para garantizar dicha consideración y el papel de esta autoridad, las diferencias entre los Estados es notable. En ciertos casos, la ejecución sólo es posible tras la homologación del acuerdo por parte de un tribunal, mientras que en otros casos se concede al notario un papel importante para convertir el acuerdo en un título ejecutivo. E incluso los motivos de la autoridad pública para negarse a homologar el acuerdo varían de un Estado a otro.

El marco general creado por estos instrumentos jurídicos de la Unión ya otorga a las partes cierto grado de certidumbre permitiendo, en cierto modo, que los acuerdos de mediación circulen por la UE, aunque hay que recordar que no han sido creados específicamente para resolver las cuestiones suscitadas en el marco de una mediación transfronteriza. En cualquier caso, a corto plazo no parece que se necesite ningún tipo de reforma. No obstante, también se podría argumentar que la situación actual no garantiza esta circulación porque en el sistema de reconocimiento algunas áreas no están cubiertas y la aplicación de los procedimientos genera tiempo empleado y costes, lo que contradice los principios sobre los que se asienta la mediación. Estas cuestiones afectan negativamente y pueden suponer un serio obstáculo en los conflictos de escasa cuantía o menores.

Esplugues en relación a todo lo expuesto y para la promoción del uso de la mediación, propone el estudio de ciertas medidas de naturaleza distinta que garanticen la circulación de los acuerdos de mediación en la UE. Entre estas medidas se encuentra la reforma del marco jurídico existente hoy en la UE,⁹³⁴ y la posibilidad de realizar modificaciones para introducir un nuevo certificado europeo de mediación que pudiera circular libremente por todo el territorio de la Unión.

2. Certificado Europeo de mediación ejecutivo

Siguiendo a Esplugues, el legislador de la Unión podría también explorar la posibilidad de crear un Certificado Europeo de Mediación, o Certificado de título ejecutivo de Mediación de la UE,⁹³⁵ expedido por las autoridades públicas del país donde hubiera sido adoptado el acuerdo de mediación. Esta es una solución similar a la ya prevista en otros instrumentos jurídicos como el

⁹³⁴Entiende que estas medidas podrían limitarse a reformar el marco jurídico existente de la UE en lo referente al reconocimiento y ejecución para incluir una referencia explícita a la mediación. Argumenta que es una opción sencilla, factible y fácil de implementar.

⁹³⁵ “EU Mediation Settlement Certificate”. *Vid.* ESPLUGUES MOTA, C. y BUIGUES J.L.: “Mediation and private...”, *op.cit.* pp.88.

RTEE por el que se crea un Título Ejecutivo Europeo para los créditos no impugnados, o el RES que crea un certificado sucesorio europeo. La creación de este certificado favorecería definitivamente la circulación de acuerdos de mediación extranjeros estableciendo unas normas mínimas de obligado cumplimiento.

Así la autoridad del país donde el acuerdo fue alcanzado debería redactar el Certificado con indicación expresa de que el acuerdo se ha alcanzado en una mediación (y no en una negociación estrictamente privada), junto a la identificación de las partes y mediador, las obligaciones específicamente acordadas entre las partes, así como la consideración del acuerdo como título ejecutivo en el país de origen. El Estado requerido tendría la facultad de impedir la ejecución en su territorio bien mediante la excepción de orden público, bien por la disponibilidad del objeto. Este sistema podría diseñarse para cualquier tipo de mediación o bien en relación con determinados tipos de controversias o según las partes involucradas.

El sistema se apoyaría en la idea de la confianza en los profesionales jurídicos de la UE -no sólo los jueces u otras autoridades públicas- y, por ello, podría necesitar medidas adicionales que los Estados miembros deberían aplicar por lo que respecta, por ejemplo, a la calidad ya la formación de mediadores.

No obstante, no parece sencillo. En caso de creación de este certificado existen infinidad de cuestiones que deberían ser resueltas. Sería necesario especificar qué acuerdos de mediación estarían cubiertos, qué tipo de conflictos, cuáles serían las autoridades competentes para presentar este certificado en el país de origen, y cómo se garantizaría la ejecución en otros Estados miembros de la UE. Además, debería analizarse su carácter facultativo u obligatorio. La creación de tal certificado requeriría también la determinación previa de si únicamente se concedería a aquellos acuerdos de mediación homologados por las autoridades públicas del país de origen y, por consiguiente, incorporados en cualquiera de las tres categorías, sentencias, documentos auténticos y transacciones judiciales, o también sino extenderse a las entidades privadas de mediación, posibilidad que generaría aún más debate.

Afirman estos autores que el valor añadido al régimen actual sería que este certificado pudiera cubrir los acuerdos de mediación relativos a cualquier materia y, por lo tanto, ya no estaría limitado a las áreas en las que la UE ha adoptado reglamentos específicos. Y junto con ello, los acuerdos de mediación puramente privados que no pudieran o hubieran sido homologados por ninguna autoridad del país de origen, también podrían ser cubiertos por este certificado, lo cual

constituiría una medida mucho más radical , y previsiblemente algunos Estados miembros de la UE se opondrían a causa de los cambios significativos con la situación existente, ya que podría permitir un acuerdo de mediación extranjero consignado en un documento privado y ejecutivo en el país de origen, pudiera ejecutarse en otro.

Con todo, y como señalábamos anteriormente, la ejecutividad de los acuerdos de mediación en Europa suele estar vinculada a una homologación previa por parte de una autoridad pública, lo que implica que estén incorporados en una resolución, un documento auténtico o una transacción judicial, no en documentos puramente privados. Por consiguiente, estiman que la aplicación de este hipotético y futuro Certificado de Mediación de la UE a los documentos públicos y acuerdos de mediación puramente privados, sería más teórica que real.

La única manera de superar esta situación, en opinión de los referidos autores, sería crear el nuevo sistema como una opción facultativa, similar al Certificado Europeo de Sucesiones, y disociar la condición de aplicabilidad del acuerdo a partir de la homologación previa obligatoria por una Autoridad pública del país de origen, vinculándola con el cumplimiento de determinadas condiciones objetivas establecidas por la nueva legislación de la UE.

Esta interesante teoría supondría la creación de un doble sistema: un general vinculado a la homologación previa del acuerdo de mediación por una autoridad pública en el Estado miembro Estado de origen del acuerdo; y una opción privilegiada, pero opcional, aplicable a los servicios, centros o instituciones de mediación que están incorporados en un documento privado siempre que cumpla determinadas condiciones objetivas establecidas por el nuevo instrumento de la UE. Esta no es una meta fácil de lograr.

3. Proyecto de CNUDMI de instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación

Otra de las propuestas a las que hacen referencia estos autores contempla la posibilidad de que la Unión realizara modificaciones en el sistema existente de acuerdo a otras propuestas que se están planteando en relación a este tema y que son objeto de negociación con otras instituciones internacionales. A este respecto, UNCITRAL estudia un instrumento sobre la ejecución de los

acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación comercial.⁹³⁶ Respecto a su forma definitiva, por el momento no está decidido si se tratará de disposiciones legislativas modelo, que complementarían la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional o de una convención.⁹³⁷

Este proyecto estudia varios aspectos interesantes. Entre ellos (i) los efectos jurídicos de los acuerdos de transacción, celebrados en el curso de procesos judiciales o arbitrales pero no plasmados en sentencias judiciales ni laudos arbitrales, (ii) la posibilidad de que las partes acepten o excluyan expresamente su aplicación y la declaración de los Estados sobre los efectos de la aceptación expresa por las partes, (iii) los efectos del proceso de conciliación y conducta de los conciliadores en el procedimiento de ejecución, (iv) la forma y ámbito de aplicación de este instrumento (bien como disposiciones legislativas que complementen la Ley Modelo, o Convención), definiciones, (v) requisitos para la presentación de la solicitud y relación con el procedimiento judicial y arbitral. También se ha planteado, con apoyo general, la inclusión de una disposición que permitiría la aplicación de legislación o tratados de ejecución más favorables, similar a lo establecido en el artículo VII, párrafo 1, de la Convención de Nueva York.

El instrumento tiene por objeto garantizar que los acuerdos de transacción adoptados en un Estado puedan ser ejecutados en otro independientemente de su condición formal, de conformidad con el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 sobre la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Esta opción traería la ventaja que los acuerdos de mediación sean ejecutables *per se*, aun cuando no esté formalmente en una sentencia o acto auténtico, y conduciría a un cambio importante en la situación existente en la UE. Siguiendo a Esplugues, en consonancia con el trabajo realizado en la CNUDMI, podría reformarse la Directiva 2008/52/CE o crear un nuevo instrumento jurídico que apoye la ejecución directa en otro Estado con independencia de la naturaleza del documento en el que se contiene el acuerdo de mediación, auténtico o meramente privado. No parece una solución fácil de alcanzar pero ciertamente aseguraría la circulación de los

⁹³⁶ “Proyecto de instrumento sobre la ejecución de los acuerdos de transacción comerciales internacionales resultantes de la conciliación”, Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (Nueva York, 6 a 10 de febrero de 2017), Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 50º período de sesiones Viena, 3 a 21 de julio de 2017 Distr. general 16 de febrero de 2017. Puede consultarse en A/CN.9/901 <https://documents-dds-ny.un.org> [Fecha de consulta: 30/04/2017].

⁹³⁷ El Proyecto trabaja sobre ambas opciones. Lo que se tiene claro es que se tratará de la ejecución de los acuerdos de transacción internacional resultantes de la conciliación.

acuerdos en la Unión. En cualquier caso parece que si la labor de la CNUDMI tiene un amplio respaldo en todo el mundo, el modelo intra-europeo contenga ciertas similitudes.⁹³⁸

En su favor, señalan que la propuesta de debate en la CNUDMI no es totalmente ajena a la realidad jurídica de la UE, el apartado 4 del artículo 9 de la Ley núm. 29/2013, en Portugal, constituye un ejemplo que podría considerarse al diseñar el nuevo sistema, ya que permite que los acuerdos de mediación alcanzados en otros Estados de la UE sean ejecutables en Portugal sin ratificación judicial cuando el acuerdo sea ejecutivo en el país de origen, si la controversia pudiera ser objeto de mediación sin necesidad de homologación judicial, siempre que no supusiera una violación del orden publico portugués y la ley del país de origen también otorga fuerza ejecutiva al acuerdo.⁹³⁹

Lo que resulta evidente es que en lo que respecta a los litigios transfronterizos, para que la mediación obtenga pleno respaldo en el futuro, debe garantizarse la plena circulación de los acuerdos alcanzados.

4. Problemas encontrados y soluciones multidisciplinarias

Existen varios problemas en relación a la mediación y su aplicación y ha llegado el momento de afrontarlos. Una vez identificados, analizados, estudiados las opiniones de unos y otros, constatados los datos de estudios e informes, la conclusión es palmaria. Este mecanismo de resolución de conflictos no se utiliza como debiera y parece que la sociedad no acierta a vislumbrar los beneficios que puede conllevar.

Sin embargo entendemos que las soluciones son muy divergentes y parece complicado que podamos aunarlas solitariamente en algunas específicas o que todas sean igual de efectivas para todos los Estados miembros. Viviendo cada uno de nosotros con nuestras diferencias y asumiendo las distintas percepciones en torno al conflicto y su cauce para resolverlos, parece complicado encontrar soluciones homogéneas que posibiliten una aplicación uniforme en todo el territorio de la Unión.

⁹³⁸ ESPLUGUES MOTA, C. y BUIGUES J.L.: “Mediation and private...”, cit. pp.91 y ss.

⁹³⁹ *Ibid.* Véase *supra* Capítulo II.4.

En los últimos años las políticas públicas van enfocadas a resolver los problemas de la justicia en los EEMM, con iniciativas diversas para mejorar y aumentar la capacidad del sistema. En ellas la potenciación de los mecanismos de ADR y en particular de la mediación ocupa un lugar destacado.

Como hemos analizado, el debate entre mediación obligatoria o facultativa o voluntaria ocupa actualmente un lugar importante. Podríamos considerar, a la vista de todo lo expuesto, que en estos años hemos permanecido en una fase de divulgación de la mediación dirigida a su aceptación social. En poco más de una década, de ser la gran desconocida, la mediación ha pasado a convertirse en un método reconocido. Pero no en todos los sectores, ni a nivel general. Parece que su vinculación al sistema judicial, mediante las derivaciones en los juzgados ha contribuido a su conocimiento y aceptación. Ahora se pretende dar un paso más allá, y lograr comparencias obligatorias a programas de mediación antes de acudir a los juzgados, cuyo coste sea ínfimo o incluso gratuito

La voluntariedad como principio, no implica que únicamente sea voluntario acceder a la mediación, sino que los participantes asuman el protagonismo durante toda su sustanciación. Sin embargo si adoptan una posición pasiva, sin mostrar el más mínimo animo colaborativo para buscar alternativas y ser flexible, valorando las propuestas de la otra parte, no sirve para nada. Y esto se logra con formación, información y educación en mediación.

En este sentido los Estados miembros han incluido en sus legislaciones nacionales la obligación de divulgar información sobre la mediación. Para ello han adoptado distintas medidas para informar a los ciudadanos y a las empresas acerca de la mediación, por ejemplo mediante información disponible en las páginas web de los organismos nacionales y la Comisión Europea ha cofinanciado proyectos relativos a la promoción de la mediación con cargo a su «Programa de Justicia». En el mismo sentido, Cámaras de Comercio, las asociaciones de mediadores, los colegios de abogados o los mediadores mismos facilitan también información sobre las ventajas de la mediación y proporcionan indicaciones útiles y prácticas sobre los costes y los procedimientos. Sin embargo, esta información se encuentra en gran número de ocasiones no actualizada legislativamente, y acaba resultando ineficaz, lo cual supone un desincentivo para aquellos interesados en ampliar su conocimiento y afecta negativamente a la eficacia de los servicios de mediación. Sirva como ejemplo la página web del Portal Europeo de Justicia, que dispone de información básica sobre los sistemas de mediación de los Estados miembros y los organismos a los que dirigirse. Sin embargo, la información que los Estados proporcionan a este sitio web no está

actualizada, con lo cual es complicado obtener datos precisos que garanticen exactamente la legislación vigente en cada uno de los países y cuál es el procedimiento a seguir. La inmensa mayoría de los países no ha proporcionado información reciente, entre los que destaca Irlanda, cuya última información proporcionada data de mayo de 2010. Si cualquier persona física o jurídica pretende obtener información válida a través de este medio con el objeto de un posible reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación, va a encontrar más obstáculos y recelos que certezas.⁹⁴⁰ Esta falta de información no solo afecta a los posibles interesados, sino a los profesionales del Derecho. Esto constituye un obstáculo adicional a la posible difusión de la mediación.

Otra de las cuestiones interesantes es la posibilidad de que la mediación pueda utilizarse como un mecanismo dilatorio. La mediación solo cabe entre iguales. La asimetría de poder que puede conllevar la desigualdad entre las partes, es uno de los riesgos de la mediación. En puridad es el mediador quien debe percatarse de estas situaciones e impedir que la parte más débil se conforme con un acuerdo no recomendable o acceda a las propuestas de la otra parte condicionado por su posición inferior. En estos casos, no debería continuarse la mediación, siendo suspendida bajo el criterio del mediador.

Sin embargo, esta posibilidad, como hemos analizado, puede generar una posible responsabilidad del mediador si alguna de las partes considera que incumple su mandato de conducir la mediación e impide con su actuación que las partes lleguen a un acuerdo. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el derecho que tiene el mediador a no continuar con la mediación es tan genérico, que permitiría este abuso de las partes con la intención de generar el resarcimiento de una responsabilidad civil que les beneficiara económicamente aun en perjuicio de la profesionalidad y buen hacer del mediador. Quiere esto decir, que en muchas ocasiones no se explica como la responsabilidad del mediador es extremadamente exigente aun cuando su misión es puramente autocompositiva y no participa en la redacción del acuerdo. Por ejemplo, la exigencia de la tenencia de un seguro de responsabilidad civil aparece bien definida en la LMACM, mientras que en la legislación arbitral no se impone de ningún modo, aunque lógicamente todo árbitro dispone de un seguro de este tipo. Comparativamente, sus responsabilidades son absolutamente distintas porque el arbitraje como método heterocompositivo si permite al árbitro tomar una

⁹⁴⁰ Es verosímil que en una operación comercial con Eslovenia, por ejemplo, cuya información no se actualiza desde 2013, difícilmente un abogado, con escasa experiencia, conocimiento y practica en mediación, va a recomendar su utilización sin ni siquiera tiene acceso a información actual y se le dirige a webs disponibles únicamente en idioma esloveno, con lo que para evitar complicaciones y un asesoramiento contradictorio acabaran por asesorar a su cliente que elija otro tipo de resolución de conflictos.

decisión para solucionar y solventar el conflicto que mantiene enfrentadas a las partes. No pretendemos afirmar que al mediador no deba exigírsele responsabilidad, pero lógicamente esta vendría dada por haber influido en las partes para que estas se hubieran inclinado por una determinada solución, o hubiera infringido alguno de los principios de confidencialidad, imparcialidad y pocos más. Sin embargo la posible actuación maliciosa de alguna de las partes posibilita que aquel pudiera encontrarse con situaciones complicadas en las que se le acusase de impedir la buena marcha de la mediación. La confidencialidad impide que las sesiones sean grabadas, a diferencia del arbitraje, donde esto si ocurre, por lo que cualquier acusación en este sentido se torna de difícil prueba.

Esta posibilidad podría llevar consigo que el mediador, advirtiendo la dificultad e inviabilidad de que las partes lleguen a un acuerdo, no suspendería la mediación por el temor a posibles represalias de las partes, con lo que seguiría conduciéndola aun a sabiendas de que no llegaran a ninguna parte. La consecuencia es evidente. Una pérdida de tiempo y de dinero, que además de todo puede ser utilizada torticeramente por alguno de los interesados.

Ahora bien, en el supuesto de que esto se produzca o incluso en situaciones en las que no se produzca esta desigualdad, sino que la situación entre ambos sea absolutamente igualitaria, cabe la posibilidad de que no se alcance el acuerdo. La mediación, en términos temporales, habrá producido un retraso en el procedimiento judicial que puede ser beneficioso para alguna de las partes, incluso es posible que lo haya producido conscientemente con el ánimo de ganar tiempo y obstaculizar el desarrollo del proceso judicial o en su caso arbitral. Estas situaciones favorecen al que pretende dilatar indebidamente su responsabilidad e incluso potenciar un mayor enfrentamiento o escalada al conflicto, generando un aumento de sensación de fracaso por las partes, amén de un mayor coste.⁹⁴¹

5. Perspectivas y cambio de paradigma

La mediación no es la panacea que lo resuelve todo. No todos los conflictos son mediables, ni todas las situaciones son propicias para resolverlas a través de mediación. Generalizar no es de ningún modo aconsejable. La mediación tiene sus limitaciones y es necesario tenerlas en cuenta

⁹⁴¹ Así se manifiesta BARONA VILAR, L, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, Luces y sombras en Europa, *Revista para el análisis del Derecho* InDret p. 25 4/2014 <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>

porque no es apropiado olvidarnos de la existencia del resto de los mecanismos de resolución de conflictos, judiciales o extrajudiciales. No es el único medio, es simple y poderosamente, uno más.

Sin embargo la mediación fascina, apareciendo como un acceso a la justicia con escasos inconvenientes.

Por el contrario, se ha llegado a considerar por algunos sectores doctrinales, que contribuye a una especie de privatización mundial de la justicia, algo similar a lo que ocurrió con el arbitraje y que igualmente afecta a todos los ADR en general. No es nada infrecuente que infinidad de abogados, no sólo no informen a sus clientes del resto de modalidades no judiciales existentes que podrían ayudarles a resolver su conflicto, sino que les alientan a la resolución judicial del mismo, bajo argumentos tales como que este tipo de métodos son privados, no otorgan seguridad jurídica y no ofrecen una solución definitiva. Estas actuaciones, motivadas por desconocimiento, desconfianza o meramente por motivos económicos, perjudican seriamente la implementación de cualquier técnica extrajudicial en un país. Hemos constatado como la labor de los abogados es esencial en la expansión y aceptación de la mediación, como en su día también lo fue el arbitraje, mecanismo que igualmente ha necesitado de la ayuda de la judicatura para lograr la aceptación general. En la mediación, el apoyo de los órganos jurisdiccionales no es cuestionable, al menos en lo que se refiere al CGPJ, aunque no es menos cierto que también existirán jueces que no logren encontrar los comentados beneficios, e incluso otros que, ante el escaso éxito de las derivaciones, renuncien si más a derivar a las partes para no dilatar más los procedimientos.

A la vista de los datos expuestos, asimismo hemos podido constatar como los Estados promocionan estos mecanismos y en general la mediación, aunque obedezca a razones económicas.⁹⁴² Es el Estado es el primer beneficiado en reducir el número de procedimientos judiciales y solventar con ello muchos de los problemas estructurales que tiene la justicia, aunque no pueden redirigirse todos a fomentar la mediación para terminar con los males de aquella.

Barona Vilar afirma que en algunos países se ha producido una situación extrema, una transformación del concepto y significado de acceso a la justicia por el de «abuso del proceso»⁹⁴³ significativamente propiciado especialmente a lo largo del siglo XX.

⁹⁴² El aumento de la utilización de estos mecanismos, en particular de la mediación, tendrá como consecuencia una menor inversión estatal así lo expone BARONA VILAR, L.: “Integración de la mediación...”, *op.cit.* pp.26.

⁹⁴³ *Ibid.* pp.25.

Lo cierto es que el elemento fundamental es encontrar el equilibrio idóneo de modo que los interesados puedan acceder al mecanismo que entiendan es el más adecuado a sus intereses. Si atendemos a las distintas recomendaciones de la Comisión Europea, observamos su insistencia en que la aceptación de las ADR y su incorporación a los ordenamientos jurídicos no puede significar el desentendimiento por parte de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla con los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta obligación constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática.

6. Combinación de métodos multidisciplinarios

A la vista de todos los análisis, informes, recomendaciones parece que se atisban ciertas soluciones. La implantación de la mediación necesita de una visión multidisciplinaria y conjunta en la que se entremezclen múltiples cuestiones. No solo sería aconsejable la introducción de elementos de financiación, o mayor colaboración de jueces, abogados e instituciones. No solo se requiere información y formación en la cultura del pacto desde temprana edad. No se trata de imponer una asistencia obligatoria a la sesión informativa, cuyo término se debería modificar para no crear la falsa expectativa de que la obligatoriedad imprime todo este mecanismo.

Es evidente que el marco legislativo debe ser común. Máxime si hablamos de mediaciones transfronterizas. En este ámbito es esencial el derecho internacional privado y sus distintos instrumentos jurídicos.

Para que tenga éxito es necesario cambiar la percepción de los ciudadanos. Es cuestión de un cambio de mentalidad, aparentemente difícil, pero esencialmente necesario y además realista.

Respecto a las mediaciones transfronterizas, uno de los planteamientos interesantes es la necesidad de tener un instrumento jurídico único para toda la Unión, que establezca un marco común. Respecto a la forma, podría ser un reglamento que armonizase las distintas legislaciones de los EEMM para permitir la circulación de acuerdos por toda la Unión. Pero hay que ser realistas y comprender que esta posibilidad podría tener una alta oposición de algunos Estados, sino todos.

Una posibilidad alternativa, quizás más factible, sería centrarse en un tipo específico de litigios o asuntos tales como litigios transnacionales de consumo o controversias relacionadas o con el medio ambiente o con determinados aspectos de los conflictos familiares categoría.⁹⁴⁴

En este orden de ideas, también se baraja la posibilidad de que únicamente el esfuerzo de armonización se centre en lo que implica el reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación en otro país de la Unión. Es cierto que disponemos de instrumentos legislativos, reglamentos, diversos que prácticamente engloban todas las áreas, pero no todas. Para los asuntos excluidos cada Estado tienen que recurrir a sus propias normas internas. Por tanto el reconocimiento y ejecución de un acuerdo extranjero depende de cada legislación nacional, con lo que la eficacia de estos acuerdos se hace depender de la legislación del país donde pretendamos su eficacia.

Siendo analíticos, es cierto que un marco uniforme permitiría otorgar un alto grado de certidumbre y al facilitar la circulación, indirectamente estaríamos fomentando su utilización.

Consideramos que otro de los problemas que afectan a la circulación de los acuerdos de mediación es la necesidad de que el título ejecutivo requiera la voluntad de ambas partes. Es decir, que para su conversión en título ejecutivo se haga necesario la aquiescencia de ambos o de todos los que ya han suscrito el acuerdo. Esta doble reafirmación de la voluntad de las partes, realmente no favorece en nada la mediación porque puede beneficiar a una de ellas que pretenda un uso fraudulento de la mediación. Es indiferente que los motivos por los que se niegue a convertir el acuerdo en título ejecutivo provengan de un arrepentimiento posterior, o de influencias de terceros que le animan a considerar que se podría haber previsto otras soluciones. Lo cierto es que con su actuación imposibilita la eficacia del acuerdo de mediación, con lo que la otra parte se vería constreñida a acudir de nuevo a un procedimiento judicial, opción que originariamente se quería evitar.

Esta situación no tiene justificación alguna, e implica la posibilidad de utilizar la mediación con fines dilatorios y es absolutamente ineficaz. No ayuda en nada a la potenciación de la mediación como mecanismo real para solucionar los conflictos y no cumple tampoco con los

⁹⁴⁴ ESPLUGUES MOTA, C. y BUIGUES J.L.: “Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU” en *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’, Final Report* Directorate-General Justice and Consumers, European Commission, 2016, pp 73. señalan los autores que la existencia de normas armonizadas de mediación en el ámbito del Dipr aportaría previsibilidad y certeza y permitiría una circulación más fluida de los acuerdos de mediación transfronterizos.

objetivos previstos en la Directiva, ya que de ocurrir, nos posicionaríamos en el estadio anterior a su promulgación, esto es, la necesidad de acudir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de lo contenido en el acuerdo. El sector notarial parece estar en contra de este argumento, lo cual es comprensible, pero siendo realistas, lo cierto es que ayuda poco.⁹⁴⁵

Deberíamos pensar que una vez que las partes han alcanzado el acuerdo, es suficiente con que una de ellas lo eleve a escritura pública y la inclusión en el acuerdo de una cláusula que permita que esto sea así, debería ser suficiente para su validez. En este sentido y en lo que se refiere a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronteriza, volvemos a encontrarnos con la legislación particular de cada EEMM, con lo que en este sentido, contar con una legislación uniforme que estableciera los requisitos contribuiría a su eficacia.

Es posible que este hipotético instrumento jurídico europeo se realizase mediante el mecanismo de cooperación reforzada. Hemos constatado como esta es una vía que permite avanzar legislativamente en la Unión, y a la que el resto de los Estados pueda unirse en cualquier momento. Posiblemente sería la vía más rápida para conseguir una legislación uniforme en esta materia, que consideramos fundamental. Con toda probabilidad y en función de sus resultados, el resto de EEMM se acogería a la misma.

⁹⁴⁵ Para reforzar este argumento, realizamos un símil con otras situaciones jurídicas. El contrato de sociedad una vez elevado a escritura pública, requiere de su inscripción en el Registro Mercantil. Los socios fundadores deben de inscribirlo en un plazo determinado para que la sociedad no adquiera la condición de irregular. Parecería de lo más normal que lo hicieran rápidamente, sin embargo, la realidad práctica nos muestra como en infinidad de ocasiones los socios “se olvidan” y la sociedad deviene en irregular con las consecuencias legales que implica para ellos. Nada nos hace pensar que no ocurra lo mismo con un acuerdo de mediación que para adquirir condición de título ejecutivo deba requerir nuevamente el consentimiento de las partes y que, por variadas circunstancias, voluntarias o involuntarias, al final no se realice.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La dinámica de las operaciones comerciales transnacionales ha potenciado la aparición de distintas técnicas extrajudiciales de resolución de controversias, que han ido adaptándose a las necesidades del tráfico mercantil. Estos mecanismos han ido consolidándose, entremezclándose unos con otros y dando lugar a nuevas formas de tratamiento de los conflictos, en los que los terceros actúan de distintos modos y con diferentes grados de implicación. Todos ellos, aun manteniendo diferencias más o menos intensas; se caracterizan por: la amplia autonomía de la voluntad de las partes, la significativa reducción de los costos legales, el ahorro de tiempo, la posibilidad de solventar cuestiones complejas, la confidencialidad, la eliminación de incertidumbres, y más importante aún, ofrecer a las partes el pleno control del procedimiento, incrementando su participación. Su expansión es mundial aunque es cierto que en determinadas sociedades, por su especial idiosincrasia o tradición cultural, se ha asimilado más rápidamente e incorporado al colectivo social de un modo más sencillo.

SEGUNDA

Entre los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias, la mediación se ha configurado como un complemento a la vía judicial. Ya no es una alternativa a la misma sino que se inserta como una de las vías de acceso a la justicia. En consecuencia, no debe considerarse únicamente como opción que conlleva la descongestión de los tribunales, aunque como efecto secundario pueda ayudar en este sentido. Si duda la mediación tiene la suficiente entidad por sí misma para no ser considerada una ayuda o soporte para resolver los problemas estructurales de la justicia.

De igual modo en la mediación como técnica extrajudicial de resolución de conflictos no puede olvidarse que el protagonismo y participación de las partes no ha de entenderse como una privatización del conflicto, ya que no implica la pérdida del ejercicio de la jurisdicción, únicamente se trata de la asunción de una corresponsabilidad en la resolución de las controversias que versan

sobre materias disponibles, y que permite una alta satisfacción y garantía de cumplimiento de los acuerdos adoptados.

TERCERA

El estudio del derecho comparado ha puesto de manifiesto la disparidad existente entre las distintas legislaciones de los EEMM. El alcance que el efecto de la Directiva 2008/52/CE ha tenido en los Estados miembros varía según el nivel preexistente, tanto cultural como jurídico, de sus sistemas de mediación. En la práctica se han constatado dificultades en el funcionamiento y consolidación de los sistemas nacionales de mediación referidas fundamentalmente a la intensa tradición de los procedimientos judiciales, y al escaso conocimiento de la mediación. Los Estados miembros deben intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, entre los que se encuentra una mayor implicación de los órganos jurisdiccionales, derivando en la medida de lo posible asuntos a mediación y un necesario apoyo por parte del conjunto de la abogacía en la información necesaria a sus clientes para que estos puedan elegir la opción más adecuada para ellos.

CUARTA

La práctica jurisprudencial relativa a la mediación ha sido asimismo trascendente para su conocimiento e incorporación social. Es significativo como el apoyo de la jurisprudencia ha ido paulatinamente consolidándose con el transcurso del tiempo. La evolución jurisprudencial ha permitido que lo que en un pasado reciente se consideraban incipientes indicaciones o alusiones materializadas en algunas sentencias, sugiriendo la posibilidad de resolver el conflicto objeto del procedimiento a través de la mediación, en la actualidad su falta de utilización puede ser objeto de sanción bajo la consideración de que se produce un abuso del derecho y un daño a los intereses generales. Así, acceder a los tribunales en determinadas circunstancias específicas sin intentar el recurso de la mediación u otros métodos de resolución de conflictos, puede llegar a ser considerado como un acto de mala fe procesal.

QUINTA

La posible obligatoriedad de la mediación en cualquiera de los ordenamientos jurídicos estatales, solo viene referida a su intento, no a su resultado, que se limita a sesiones informativas sobre el proceso, sus principios y el rol del mediador que, como conductor, cumple en todo el

sistema. Pero en ningún caso se obliga a las partes a continuar con las sesiones, ni a que alcancen un acuerdo, y lógicamente, tampoco se les impide continuar en el proceso judicial o iniciarlo si este no hubiera comenzado. Deben de tener libertad para desistir de la misma en cualquier momento.

Dado que la simple invitación a una sesión informativa con el mediador no parece ser suficiente para potenciar este mecanismo en la actualidad se propone una importante reflexión en torno a este aspecto y a la forma de proceder. Así, se sugiere la posibilidad de introducir la obligatoriedad para materias disponibles y en ciertas categorías de asuntos (aunque las partes pueden desistir en cualquier momento). En cualquier caso esta obligatoriedad debería en todo caso acompañarse de otras medidas complementarias que vinieran a fomentar el uso de la mediación, entre otras una mayor información, mejora de la formación, e incentivación. Igualmente se propone convertir en obligatoria la sesión informativa previa, como requisito de procedibilidad, con el objetivo de concienciar sobre los beneficios de la mediación y contribuir a su aceptación social. En los países donde ha sido implantado este último sistema, se han generado resultados positivos.

SEXTA

La autonomía de la voluntad de las partes permite la elección de la mediación mediante consenso, bien con carácter previo al conflicto, a través de un pacto o cláusula contractual, o bien a través de un compromiso posterior una vez iniciada la controversia.

En el ámbito del Derecho internacional de los negocios, la inserción de cláusulas únicas en los contratos ha devenido en otra tipología de cláusulas, denominadas mixtas o escalonadas, en su mayoría ya institucionalizadas, en las que se combinan distintos mecanismos de ADR antes de acudir a la vía arbitral o al proceso jurisdiccional e inclusive las calificadas como cláusulas híbridas, más complejas y que carecen de regulación específica en la legislación. El éxito de las cláusulas escalonadas en la práctica estará condicionado por la posible mala fe de las partes, no observando ni respetando los “escalones” establecidos, y por tanto acudiendo al siguiente mecanismo de resolución de conflictos pactado, así como la probabilidad de que sean utilizadas con una finalidad meramente dilatoria. Teniendo en cuenta que en algunos Estados, la mediación no tiene carácter obligatorio y no se establece sanción o repercusión alguna si ni siquiera llega a intentarse, la posibilidad de no respetar el método ADR de cada escalón puede no tener consecuencias y por ello el haber pactado la mediación puede tornarse ineficaz en el sentido de que esta ni siquiera llegaría a intentarse.

Algunas modalidades de este tipo de cláusulas implican problemas complejos en relación a su validez jurídica, ya que no son admitidas en todos los Estados miembros, conforme a la jurisprudencia y legislación existente, y podrían suponer obstáculos en cuanto su efectividad real.

SÉPTIMA

Otro aspecto problemático gira en torno a la ejecutabilidad directa del acuerdo resultante de la mediación. Esta posibilidad depende en general de su homologación por parte de una autoridad pública del lugar en que se haya adoptado. Sin embargo existen diferencias entre los Estados miembros de la UE en lo que respecta a las condiciones requeridas para garantizar la aplicabilidad de los mismos y al papel desempeñado por la autoridad encargada de la homologación del acuerdo. En ciertos casos, la aplicabilidad sólo es posible tras la ratificación del acuerdo por parte del tribunal, mientras que en otros supuestos se concede al notario un papel importante para convertir el acuerdo en un título ejecutivo mediante su elevación a escritura pública. En el mismo sentido los motivos de la autoridad pública para negarse a homologar el acuerdo varían según los Estados.

OCTAVA

En relación con lo anterior, la falta de un criterio uniforme en las distintas legislaciones de los EEMM en relación a los requisitos para la conversión en título ejecutivo del acuerdo resultante de mediación, produce que la protocolización del mismo requiriera en infinidad de ocasiones la presencia conjunta de todas las partes. En consecuencia, esto puede conllevar problemas en la práctica ya que una vez celebrado el acuerdo, una de ellas puede negarse a elevarlo a escritura pública, con lo cual quedará sin el efecto vinculante que se pretendía en un inicio y la otra parte deberá iniciar un procedimiento ordinario para que el juez se pronuncie sobre la existencia, validez, contenido e incumplimiento del acuerdo. Debería permitirse la solicitud unilateral o en su caso, otorgar validez a una estipulación en el acuerdo que se entendiera como un consentimiento explícito necesario para instar su formalización como título ejecutivo.

En consecuencia, la ausencia de un criterio uniforme a nivel europeo, repercute negativamente en el ámbito de las mediaciones transfronterizas impidiendo la circulación y ejecución efectiva de los acuerdos.

NOVENA

Con el objetivo de unificar criterios respecto a las mediaciones transfronterizas podría desarrollarse un conjunto de normas básicas comunes de DIPr sobre aspectos clave, que esclarecieran los aspectos relativos a la determinación de la competencia judicial internacional y a la ley aplicable a los distintos contratos que se desarrollan en una mediación y proporcionaran respuestas flexibles y armónicas a las cuestiones que se suscitan en este ámbito, asegurándose igualmente la circulación de los acuerdos de mediación por todo el territorio de la Unión.

En la actualidad el Reglamento Roma I sirve de soporte para la determinación de la ley aplicable a los distintos tipos de contratos que tienen relación con una mediación. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los acuerdos de mediación pueden tener contenidos y obligaciones muy diversos y es posible que su objeto, o parte de él, no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento, por lo que probablemente habría que acudir a las normas internas de cada EEMM. En el mismo sentido, y dado que existen distintas concepciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula de mediación, la aplicación de Roma I puede resultar controvertida.

Este instrumento jurídico podría configurarse como un Reglamento que armonizase a nivel conflictual las distintas legislaciones de los EEMM. No obstante, siendo realistas, la creación de un instrumento único no está exenta de dificultades. En primer lugar habría que lograr la aceptación uniforme por parte de todos los EEMM lo cuál parece poco probable. En segundo lugar podría subsanarse este inconveniente mediante el procedimiento de la cooperación reforzada, en la misma línea de los últimos Reglamentos aprobados. Sin embargo, esta opción supondría un desarrollo de la mediación a dos velocidades, aspecto que no contempla la Directiva 2008/52/CE, ni se encuentra en consonancia con los principios que esta propugna.

Otra de las posibles opciones podría ser la creación de un título ejecutivo europeo de mediación que, en base al principio de confianza en las autoridades de los Estados miembros, permitiese el reconocimiento y ejecución de estos acuerdos en el resto de los países de la Unión Europea, con independencia del documento notarial o judicial o de otro tipo en el que estuviera inserto. Ante la previsible oposición que pudiera suscitarse en algunos Estados, podría explorarse el recurso a la cooperación reforzada como ya ha ocurrido para otros ámbitos.

La CNUMDI ya trabaja en un instrumento similar cuya conclusión se prevé para los próximos meses. Si este instrumento permitiera la ejecución de acuerdos de mediación puramente

privados, *per se*, aun cuando no estén formalmente en una sentencia o acto auténtico, es decir, con independencia del tipo de documento en el que estuviesen contenidos, estaríamos ante un instrumento mucho más flexible y tendría un efecto en la circulación de los acuerdos de mediación en la UE. Por ello, y a la vista final de este documento, sería recomendable una reformulación del sistema actual con el objetivo de que la normativa en la UE no quedase desfasada de lo previsto por UNCITRAL.

DÉCIMA

En definitiva, a la vista de todo lo expuesto, podemos concluir que la Directiva 2008/52/CE ha introducido el marco europeo necesario, aunque sin duda excesivamente genérico y mejorable como ha quedado patente a lo largo de esta tesis, para que la mediación comience a ser considerada un método eficaz de resolución de conflictos extrajudiciales, e incidiendo positivamente en los ordenamientos jurídicos de los EEMM, tanto en las legislaciones previamente existentes, como en aquellas que se han formalizado a consecuencia de su transposición. Ha establecido un conjunto de grandes pautas, muchas de ellas caracterizadas por su flexibilidad pero también algunos aspectos quedan fuera de su regulación y hubiera sido recomendable la inclusión de ciertas reglas concretas en relación al DIPr.

No obstante, la mediación se ha extendido de manera desigual en el territorio de la Unión y pese a las altas expectativas generadas, los resultados no han sido los esperados. Presumiblemente su aceptación general e intensiva utilización, tardará tiempo en llegar. Lo que sí podemos afirmar, tras la investigación desarrollada, es que la mediación se está incorporando imparable y plenamente en un nuevo modelo de justicia.

**BIBLIOGRAFÍA: OBRAS GENERALES, MONOGRAFÍAS, ARTÍCULOS, NOTAS Y
COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES _____**

AA.VV.

- *The ADR Practice Guide. Commercial Dispute Resolution*, (coord. MACKIE, K), Tottel Publishing Ltd., Reino Unido, 2007.

ABARCA JUNCO, A. P.; GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M; MIRALLES SANGRO, P.P; PÉREZ VERA, E; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.:

- *Derecho Internacional Privado*, UNED, 2016.

ABAY CASTAÑEDO, A.

- “Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy”, en AAVV, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, (Dir. GONZALO QUIROGA), M. Dykinson, S.L., Madrid, 2006.

AGUILAR GRIEDER, H.

- *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, De conflictum legum. Estudios de Derecho Internacional Privado, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de intercambio Científico, 2001.
- “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa” *CDT*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 308-338. www.uc3m.es/cdt

REDING, V.

- “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, (AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A.traduccion), *InDret*, Barcelona, 2/2011.

ALMANSA LOPEZ, A.

- “Aportaciones a la mediación desde el ámbito profesional de la abogacía”, *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación”, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 347-357. http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

ÁLVAREZ TORRES. M., GIL VALLEJO, B., MORCILLO JIMÉNEZ. J.J.

- *Mediación civil y mercantil*, Colección Práctica de mediación, Madrid, Dyckinson, 2013.

ANDRÉS CIURANA, B.

- “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 12, 2005, pp. 60-69.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1470/documento/art4.pdf?id=2067>

- “El título ejecutivo europeo: un paso hacia el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 11/2005, pp. 67-72.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1382/documento/articuloUM.pdf?id=3208>

ANDREWS, N.

- “Mediation in England” en *Development and Resistance in South Europe Justice Systems to Restorative Justice* (dir. SOLETO MUÑOZ, E), Madrid, Dyckinson, 2015. pp. 13-30.

http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24035/development_soleto_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ANTICH, F.

- “Access to Justice in Italy and Mandatory Mediation Statutory Provisions: Is the Third Wave Gaining a New Momentum”, *UMass Boston Conflict Studies Conference*, 2010.

https://www.academia.edu/2454453/Gender_and_Diversity

ARANDA GODOY, A.

- “Comentarios sobre la Ley Modelo de la Conciliación Comercial Internacional”, *Ponencia para el XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado* (AMDIPC) Prof. Friedrich K. Juenger, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Iberoamericana Tijuana, University of San Diego, Tijuana, Baja California, noviembre 2002.

<http://www.derecho.unam.mx/seminarios/descargas/internacional/ArandaGodoy.pdf>

ARTEAGA VIOQUE, B.

- “La mediación, el futuro. Desjudicialización de los conflictos”, *El Notario del Siglo XXI*, núm.10, 2006, <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/2682-la-mediacion-el-futuro-desjudicializacion-de-los-conflictos-0-7294836675091495>

ARTUCH IRIBERRI, E.

- *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, S.L., 1997.

ASIN CABRERA, M^a.A.

- “La Mediación: una herramienta de intervención en la Resolución de litigios comerciales internacionales y su incidencia en las relaciones hispano-marroquíes”, *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el mediterráneo. (Iniciativa para la mediación en el mediterráneo)*, (Coord. MARTÍNEZ CAPDEVILA, C.), AEPDIRI, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2015, pp.239-250.

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documentos/LaAplicaci%C3%B3ndelaMediaci%C3%B3n.pdf>

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.

- “Impulso de la Mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *REEI*, 2013.

www.reei.org/index.php/revista/num25/.../Estudio_AZCARRAGA_Carmen.pdf

- “La mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de la Haya”, *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)*(Coord. MARTÍNEZ CAPDEVILA. C.)AEPDIRI. Ministerio Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2015, pp 251-260. <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/LaAplicaci%C3%B3ndelaMediaci%C3%B3n.pdf>

- “Capitulo IV. El limitado impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, (Ed.BARONA VILAR, S), Estudios sobre arbitraje, Navarra, Thomson Reuters, 2016, pp. 103-116.

BALMASEDA SERRAT-VALERA, C. Y LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A.

- “La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid”, *La Ley*, núm. 8258, 2014. http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3975/documento/Art_UM.pdf?id=4923

BANDINI A, SOLDATI, N.

- *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, Commento al d.lgs. 4 marzo 2010, n.28. Introduzione di Giovanni Deodato. Prefazione di Francesco Paolo Luiso, Giuffrè, 2010.

BARONA VILAR, S.

- “Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A. e Italia”, *RCEA*, 1998, pp. 55-84.
- Solución extrajudicial de conflictos, *Alternative dispute resolution*, (ADR) y Derecho Procesal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- “Fomento de las ADRS en España. Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social,” *Revista Seqüência*, Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), núm. 51, 2005.
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15175/13800>
- "Solución extrajudicial de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje", en Céllar, N. y Hermida, A. (coords.). *Mediación, un método de solución de conflictos. Estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010.
- “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de derecho*, Coquimbo Universidad Católica del Norte, RDUCN vol. 18, núm. 1, 2011, pp. 185-211 <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art08.pdf>
- Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Acces to Justice*, Luces y sombras en Europa,” *InDret*, 2014 <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>
- “Capítulo I. Justicia integral y *acces to justice*, crisis y evolución del paradigma”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, (Ed. BARONA VILAR, S), Estudios sobre arbitraje, Navarra, Thomson Reuters, 2016, pp. 31-54.

BARUSH BUSH R.A Y FOLGER J.F.

- La promesa de la Mediación, Granica, 1996.

BAIXAULI GALLEGU, E.

- “Mediación en la empresa familiar”, *Simposio Tribunales y mediación, nuevos caminos para la justicia*. Comunicaciones. GEMME, Barcelona, 18-19 junio 2009. pp.73-82.
http://www.huygens.es/ebooks/Simposi_tribunals_mediacio.pdf

BELLOSO MARTÍN, N.

- “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles,” *Revista*

Eletrônica de Direito Processual, 2ª Edição vol. II, 2008. pp. 257-291.
www.revistaprocessual.com

- “El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia”, *ADR Maremma, Alternative Dispute Resolution*, 2012.

<http://www.adrmaremma.it/espanol/bellosoes01.pdf>

BELTRÁN MONTOLIU, A.:

- “Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones” *Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, 2014. pp. 23-52.
<https://www.uv.es/iccp/recri14/recri14a02.pdf>

BENVENUTO VIGNOLA, L.D.

- “La mediación civil y comercial obligatoria”, disponible en:
<http://prensamarplatense/2012/05/20/la-mediacion-civil-ycomercial-obligatoria>

BERGE, J.S., FRANCO, S., GARDEÑES SANTIAGO, M.

- *Boundaries of European private international law, les frontieres du droit international prive europeen*, Bruylant, 2015.

BERNAL SAMPER, T.

- “Conflicto y mediación”, en Medios alternativos de solución de controversias, *AFDUAM*, núm. 11, 2008. pp. 111-122.
<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/Conflicto%20y%20Mediacion%20Trinidad%20Bernal.pdf>
- “Capítulo 21. La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación” III, en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación”, Madrid septiembre 2013, pp.209-2014.
http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

BLANCO CARRASCO, M.

- *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Madrid, Reus, 2009.

BLANKLEY, K. M.

- “Keeping a secret from yourself? Confidentiality when the neutral serves both as mediator and as arbitrator in the same case”, *Baylor Law Review*, vol. 63, núm. 2, 2011. pp. 317-377. College of Law, Faculty Publication, University of Nebraska.

<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=lawfacpub>

BORN, GARY B.

- *International commercial arbitration: commentary and materials*, The Hague: Transnational: Kluwer Law International, cop. 2001.

BOUZAL VIDAL N.

- “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004

BROOKE, H.

- “La Mediación en Inglaterra y Gales” (Reseña) disponible en <http://documents.jdsupra.com/7933f1a9-59f3-4d7a-afa4-849408dd96f4.pdf>

BUTTS GRIGGS, T.

- “Capítulo 11. Calidad y ética en la formación de mediadores: reflexiones sobre el estado actual y cómo podemos mejorar”. Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil”, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp.141-148. http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

CAIRNS D.J.A. Y MADALENA, I.

- “El Reglamento de la ICC relativo a los “Dispute Boards”, RCEA, 2006.

CALDERÓN CONCHA, P.

- “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista Paz y Conflictos*, núm.2, 2009, pp.60-81. http://www.redcimas.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/08/m_JGaltung_LAteoria.pdf

CALDERÓN CUADRADO, M^a.P. E IGLESIAS BUHIGUES, J.L.

- “La mediación como alternativa a la jurisdicción. Directiva 2008/52/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.): *Derecho procesal civil europeo*, vol. II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

CALVO CARAVACA, A.L.

- “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. núm. 21. 2003. pp.49-69 Disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57101>
- “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *CDT*, vol. 1, núm... 2, 2009, pp. 52-133. <http://.uc3m.es>

CALVO CARAVACA, A.L Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.

- “Los Contratos Internacionales y el mito de la “Nueva Lex Mercatoria”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, 12, 01-20 vol. 1. 2015, pp.1-20.
www.revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/download/661/619
- *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., Comares, 2014.
- *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 15ªed., Comares, 2014.

CAPPELLETTI, M.

- “Alternative Dispute Resolution Processes within the framework of the world-wide access to Justice Movement”, *Modern Law Review*, 1993.

CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRIGUEZ NEBOT, A., RODRIGUEZ VAZQUEZ, MªA., YBARRA BORES, A.

- Manual de Derecho Internacional Privado, Madrid, Tecnos, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ J.

- “La mediación en los conflictos internacionales entre particulares”. *Actualidad de Derecho Internacional Privado*.
www.accursio.com/w%20Actualidad%20DIP.html
- La ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I, Colección El derecho de la globalización, Madrid, Colex, 2009.

CARRETERO MORALES, E.

- “El estatuto del mediador civil y mercantil”, *Revista de Mediación*, vol. 7, núm. 1, 2014. pp. 10-23. <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2014/05/Revista-Mediacion-13-2.pdf>
- “Capítulo 18. ¿Calidad de la mediación?”, *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 187-191.
http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf
- La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, Madrid, Dyckinson, 2016.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.

- Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas, Opinión, *El Notario del Siglo XXI*, ENS XXI, núm. 69, septiembre - octubre 2016.
<http://www.elnotario.es/i>

CARULLA BENÍTEZ, P.

- “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 1, 2001.

CASAUX-LABRUNÉE, L.

- Jornada sobre mediación mercantil intrajudicial en ESADE *Law School*, *Abogacía Española*, 2017. <http://www.abogacia.es/2017/01/25/jornada-sobre-mediacion-mercantil-intrajudicial-en-esade-law-school/>

CASTILLEJO MANZANARES, R.

- “Artículo 23. El acuerdo de mediación” *Comentarios a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, (DirCASTILLEJO MANZANARES, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 233-243.

CLARK, E., CHO, G., y HOYLE, A.

- “Online dispute Resolution: Present Realities, Pressing Problems and Future Prospects”, *International Review of Law, computers & Technology*, 2010.

CLÉMENT DUPOIRIER, C. y ARCHER, P.

- “French Supreme Court confirms its hostility to unilateral jurisdiction clauses”, *Thomson Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I6a6b97e82bd611e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=assetPage&transitionType=KnowHowItem&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I6a6b97e82bd611e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=assetPage&transitionType=KnowHowItem&contextData=(sc.Default))

COBAS COBIELLA, M. E.

- “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp.153-172.
- “Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación”, *La Mediación: algunas cuestiones de actualidad* (Dir. PARDO IRANZO V.) Tirant Lo Blanch, Valencia 2015. pp.17-44

CONDE CARREÑO, S., BUSTILLO GUZMAN, J., y LARA NAJAR, D.

- “La mediación en el ámbito del conflicto empresarial (Business Dispute Resolution Through Mediation)”, *Working Paper IE Law School* AJ8-206 03-10-2013, pp.4-31.
<http://catedracervello.ie.edu/wp-content/uploads/sites/124/2013/11/AJ8-206.pdf>

CONNERTY, A.:

- “The Role of ADR in the Resolution of International Disputes”, *Arbitration International*, vol. 12, núm. 1, 1996.

- “Contrato de mediación o corretaje”, *Guías Jurídicas Wolters Kluwer*, disponible en:

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUMjQwMDtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-hkhlQaptWmJOcSoADgW0pDUAAAA=WKE

CORDÓN MORENO, F.

- El arbitraje de derecho privado, estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

CORNELIUS, H Y FAIRE, S.

- Tú ganas, yo gano. Como resolver conflictos creativamente y disfrutar con las soluciones, Ed. 5º, Madrid, Gaia Ediciones, 1998.

CORTES, P.

- “Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de litigios de consumo”, *InDret*, Barcelona, 2015, pp.1-34. http://www.indret.com/pdf/1186_es.pdf

CREMADES, B.M.

- “Del convenio arbitral y sus efectos (arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. de Martín y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid, Marcial Pons, 2006
- “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, núm. 1, 2006, pp. 185-220. http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf
- Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral Libro Convenio Arbitral, Tomo 1.indb 659, 2011, pp. 659-676.

CRUZ VILLALÓN, P.

- “Medios alternativos y Constitución”, *Medios Alternativos de solución de controversias, ADFUAM*, núm. 11, 2008, pp. 15-26. <https://www.uam.es>

DAVIS, W., TURKU, H.

- “Access to Justice and Alternative Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri, School of Law Scholarship Repository 2011, pp. 1-20.

<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1614&context=jdr>

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M.

- “Asimetría, separabilidad, sinalagma”, *Uría Menendez*, <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/073mdb.pdf>

DE DIEGO VALLEJO, R., GUILLÉN GESTOSO, C.

- Mediación, Proceso, Tácticas y Técnicas, ed. Pirámide, Madrid, 2012.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (DIR.)

- *Derecho procesal civil europeo*, vol. II, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.

- “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, núm. 8013, 2013, pp.1-19.<http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf>
- “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, REDI, vol, 68, 2016, pp.99-108

DE PALO, G.

- “A False ‘Prince Charming’ Keeps ‘Sleeping Beauty’ in a Coma: On Voluntary Mediation Being the True Oxymoron of Dispute Resolution Policy” en *Development and Resistance in South Europe Justice Systems to Restorative Justice*, (dir. SOLETO MUÑOZ, S), Dyckinson, Madrid, 2015 pp.97-106.

DIAGO DIAGO, M^a P.

- “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado” en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E.: *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp.265-298.
- “Modelos normativos para una regulación de los MARC (mecanismos alternativos de resolución de conflictos)”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Estudios sobre la contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp.151-178.

DIAZ FRAILE, J.M.

- “Artículo 56: Ejecución de documentos públicos extranjeros”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil* (Dir. MENDEZ GONZALEZ F.P y PALAO MORENO, G.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp.645-669.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.

- *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/ 2003, de 23 de diciembre*, AAVV, (coord. González Soria), Thomson Aranzadi, Madrid, 2004, p.107.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.

- "La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2012.

DUEÑAS RUART, J.P.

- “La ¿suficiente? Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Legal Today*, 9/05/2012, (artículo en línea) <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/la-suficiente-ley-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles>

DWIGHT GOLANN. D.

- “Mediation Advocacy, The Role of Lawyers in Mediation”, *ADR Center*, https://www.jamsinternational.com/hubfs/PDFs_resources/JAMS-Mediation-Advocacy.pdf?t=1474627474430

EMMERT, F.

- *European Union Law: Documents*, Kluwer Internacional Law, 1999.

ESCOBAR HERNÁNDEZ Y OTROS, C.

- *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.171-188.

ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G.

- Civil and Comercial Mediation in Europe, National Mediation Rules and Procedures, Intersentia, 2013.

ESPLUGUES MOTA, C Y AZCARRAGA MONZONIS, C.

- “Artículo 3. Mediación en conflictos transfronterizos” en *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013. pp.46-68.

ESPLUGUES MOTA, C, IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G.

- *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2015.

ESPLUGUES MOTA, C. Y IGLESIAS BUIGUES J.L.

- “Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU”, *Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the ‘Mediation Directive’*, Final Report Directorate-General Justice and Consumers, European Commission, 2016.

ESPLUGUES MOTA, C. Y MCNERNEY, M.

- “International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law”, *Boston College International and Comparative Law Review Boston*, 1986.

ESPLUGUES MOTA, C.

- “El Régimen Jurídico de la Mediación Civil y Mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de Julio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 46, 2013, núm. 136, Enero-Abril,

pp. 165-199. <http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-el-regimen-juridico-mediacion-civil-S0041863313711256?redirectNew=true>

- *Derecho del comercio internacional*. 7º Ed. Tirant Lo Blanch, 2016.

ESTAVILO CASTRO, F.

- “Mecanismos alternativos de solución de controversias”, Jurídica. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996. pp. 203-250. http://estavilloarbitraje.com/archivos/6_medios-alternativos-de-solucion-de-controversias.unam..pdf

ESTEBAN DE LA ROSA, G.

- “Irrupción del movimiento ADR (Alternative Dispute Resolution) en las relaciones transfronterizas”. *RCEA*. 2005, vol. 20.
- “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, *REDI*, vol. 69/1, enero junio 2017, Madrid, pp. 109-137. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.1.2017.1.4>

ESTEVE GONZALEZ, L.

- La mediación transfronteriza de carácter civil y mercantil en la Ley 5/2012, *University of Alicante Intellectual Property & Information Technology UAIPIT*, Universidad de Alicante, <http://www.uaipit.com/>

FAJARDO MARTOS, P.

- “Capítulo 16. Mediación empresarial y mercados. ¿Se está ofreciendo la formación quedemandan los usuarios?”, *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 173-176. http://www.huylgens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

FARRÉ SALVÁ, S.

- *Gestión de Conflictos: Taller de Mediación*, Barcelona, Ariel, 2004.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.

- “Particularidades en materia de reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de acuerdos de mediación dictados en el extranjero (Ley 5/1012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº 14-15, 2014/2015, pp.395-416.
- “El exequátur de los acuerdos de mediación entre particulares en la región mediterránea”, *La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el*

mediterráneo), AEPDIRI Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2015.

FENTIMAN, R.

- “Unilateral jurisdiction agreements in Europe”, *Cambridge Law Review*, Volume 72, Issue 1, March 2013, pp. 24-27.

FERNÁNDEZ ARRIBAS G,

- “La actividad mediadora de la Union Europea a través del instrumento de estabilidad” en La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo (Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo)”, AEPDIRI. Ministerio Asuntos Exteriores y de Cooperación <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/LaAplicaci%C3%B3ndelaMediaci%C3%B3n.pdf>

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.

- *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, Iurgium, Madrid, 2013, pp 77-78.

FERNÁNDEZ CANALES C, GARCÍA VILLALUENGA L, VÁZQUEZ DE CASTRO E, TOMILLO URBINA J.L., YBARRA BORES, A.

- “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español”. *REEI*, núm. 23, 2012.

FERNANDEZ PEREZ, A.

- “Clausulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *CDT*, Marzo, 2017, Vol. 9, núm. 1, pp.99-124.

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183>

FERNANDEZ PRIETO, F.

- “Guía para el uso notarial de cláusulas de mediación y arbitraje” Disponible en:

<http://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf>

FERNÁNDEZ RIQUELME, S.

- “La mediación social”. La razón histórica. *Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, 2009, pp.82. <https://digitum.um.es/>

FERNANDEZ RODRIGUEZ, L.

- *Mediación comercial internacional*, Colección práctica de mediación, Dyckinson, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS J.C.

- *Derecho internacional privado*, Ed. Civitas, 2017.
- “La situación actual del arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro”, *RCEA*, vol. III, 1986, pp.29- 52.
- “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637.
- “Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales”, en *Derecho de la regulación económica*, vol. VIII. Comercio exterior (González García, J.V (dir.), Madrid, Iustel, 2009 pp. 83-137.
- El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, Estudios de arbitraje, Libro homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar, coordinador académico profesor, Eduardo Picand Albónico Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 698-725.
- “Rechazo de formalización judicial por la presencia de una cláusula imprecisa entre arbitraje y otros MASC en el sector de la automoción”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n° 2, 2014, pp. 509-527.

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183>

FERNANDEZ ROZAS, J.C. Y DE MIGUEL ASENSIO P.A.

- *Derecho Internacional Privado, Textos y materiales*, Civitas, Thomson Reuters, 2015

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Y ARTUCH IRIBERRI, E.

- *Validez y eficacia del convenio arbitral internacional*, Tratado de Derecho arbitral, Bogotá, Colección Estudios.

FIGUEROA VALDÉS, J.A.

- “Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”
<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construccion-Mexico.pdf>

FISHER, R. URY, W. PATTON, B.

- *Obtenga el Sí. El arte de negociar sin ceder*. Gestión 2000. 1996.

FLOYER ACLAND, A.

- *Como utilizar la mediación para resolver conflictos organizacionales*, Barcelona, Paidós, 1993.

FOLGER J.

- La Promesa de la Mediación: Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento, Granica, 1996.

FONT I MAS, M.

- “La ley de mediación aplicable en supuestos internacionales e interregionales”, en MARTINEZ CAPDEVILLA C, (Coord), “La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo”, AEPDIRI <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/LaAplicaci%C3%B3ndelaMediaci%C3%B3n.pdf>

FRANCO CONFORTI, O.D.

- “Mediación en las organizaciones”, *Revista de Mediación*. 2014, vol. 7, No. 2, pp. 10-25.

GALEOTE, M.P.

- “Novedades en materia de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”. *Diario la Ley*, núm. 7456 sección tribuna 29 de julio de 2010

GALTUNG, J.

- “Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia”. Bilbao, Gernika Gogoratz, 1998.

GARAU SOBRINO, F. F.

- “Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional”, Palma, Universitat de les Illes Balears, 2008.
- “Artículo 42.Procedimiento de exequatur”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional Civil* (Dir. MENDEZ GONZALEZ F.P y PALAO MORENO, G.) Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017. pp. 450-467.

GARCÍA MONTORO, L.

- “El resquicio de la mediación intrajudicial como última oportunidad de alcanzar una solución amistosa al litigio”, *Publicaciones jurídicas, Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla-La Mancha*, 2016, p.2 <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/37/80.pdf>

GARCIA VILLALUENGA, L.

- Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia. Ed. Reus, Madrid, 2006.
- “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, núm.4, 2010, pp.717-756.

<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>

GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.

- “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad*, núm. 1, 2013, pp.71-98. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=273539>
- “Mediación a debate en Europa ¿hacia la voluntariedad mitigada?”, *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Reus, 2015, pp.21-36. [https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/La mediacion a debate en Europa Hacia la.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41339/La%20mediacion%20a%20debate%20en%20Europa%20Hacia%20la.pdf)

GARCIA VILLARUBIA, M.

- “El orden público como fundamentación de los acuerdos sociales”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, num.45, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2016.

GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J.

- “El título ejecutivo europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 47, 2009.
- “La supresión del exequatur en Europa: el Título Ejecutivo Europeo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004, pp. 1619-1629.

GARNETT,

- R.A practical guide to international commercial arbitration, New York, Oceana, 2000.

GARRIDO SOLER, S.

- “Retrospectiva y retos para los abogados-mediadores”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 13/2013 (Segunda Época). Universidad de Jaén, pp.1-23. www.rej.ujaen.es

GASCON INCHAUSTI, F.:

- El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, Aranzadi, 2005
- “Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una class action en Estados Unidos”, *ADFUAM*, 16, 2012, pp.261-290.
- “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *CDT*, (Octubre 2015), Vol. 7, núm. 2, pp. 158-187 www.uc3m.es/cdt

GINEBRA MOLINS, M.E Y TARABAL BOSCH, J.

- “La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación”, *InDret*, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/270125/357682>
- GINEBRA MOLINS, M.E Y TARABAL BOSCH, J. en “Capítulo 23. Mediación obligatoria e inducción a la mediación”, *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de Tribunales y mediación, Madrid, 2013, http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

GISBERT POMATA, M Y DIEZ RIAZA, S.

- *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Colección estudios prácticos de contratación privada, Navarra, Thomson Reuters, Civitas, 2014.

GOMEZ JENE, M.

- “Artículo 3. Arbitraje internacional,” *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, (coord. por ARIAS LOZANO, D), 2005, pp. 39-46.
- Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima” *CDT*, (Octubre 2014), vol. 6, núm. 2, pp. 112-129, www.uc3m.es/cdt
- “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I Refundido, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 8, núm. 1, 2015, pp. 15-48.
- “Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia” (coord. por Silvia Barona Vilar), 2016, pp. 461-476

GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M.

- “El futuro instrumento opcional de Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, núm. 1, 2012.

GONZALEZ CAMPOS, J.J. Y ABARCA JUNCO, A.P.

- *Derecho internacional privado*, vol I, UNED, Madrid, 2008.

GONZALEZ CAPITEL, C.

- *Manual de mediación*, Ed. 2º, Barcelona, Atelier, 2001, pp. 206-208.

GONZÁLEZ MARTÍN, L.A.

- “Mediación Judicial Civil”, Ponencia, *Curso de especialización en mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Ilustre Colegio provincial de abogados de A Coruña 28 de febrero y 1 de marzo de 2013

http://www.icacor.es/fileadmin/user_upload/archivos/contenidos/MEDIACION_INTRAJUDICIAL_CIVIL_1.pdf

GONZALO QUIROGA, M.

- Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar, Dykinson, 2006.
- “Una Justicia más progresista y universalizada”, en *Métodos Alternos de solución de conflictos, Herramientas de paz y modernización de la justicia*, SANCHEZ GARCIA, A. (Coord.) Ciencias jurídicas y sociales, Madrid, Dickynson, 2011, pp. 41-66.
- “Situación actual del Marco Normativo de la Mediación en España”. En VV.AA. *Estado del Arte de la Mediación*, Aranzadi, Navarra, 2013.

GORGOLAS MEDEL

- “Cláusulas arbitrales patológicas”, *Boletín informativo Ilustre Colegio Abogados Vizcaya*, 2016, disponible en http://www.icasv-bilbao.com/images/boletines/2016/Boletin_abogados247webCAS.pdf

GRIGGS BUTTS, T., MUNDUATE L., BARÓN, M. Y MEDINA, F.

- “Intervenciones de mediación” en AA.VV.: *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, LABRADOR, F. (Dir.), MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F.(coord.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009

GUZMÁN ZAPATER, M.

- *Sociedad Internacional y Derecho Internacional Privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Ed. Colex, Madrid, 2006.

HANKS, M.

- “Forum: Perspectives on Mandatory Mediation”, *UNSW Law Journal*, Volume 35(3), 2012, pp. 929-95.
<http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/>

HERNANDEZ RAMOS, C.

- “Mediación transnacional: una aproximación practica en el ámbito de las relaciones privadas”. *Revista castellano –Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 19, 2015

HERNÁNDEZ, A.

- “Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»” *CDT*, vol. 6, núm. 1, 2014.
<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1915/908>

HERRERA DE LAS HERAS, R.

- “La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo”. *Revista de Derecho*, Vol. XXV - Nº 1 - 2012, pp. 175-193. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100008>
- La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles, *InDret*, 2017 <http://www.indret.com/pdf/1282.pdf>

HETSLER RG. JR.

- *Mediators Marketing Handbook*, Robert G Hetsler Jr. 2010

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L.

- “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, *AFDUAM*, núm. 11, 2007. pp. 27-48.
<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/Aspectos%20eticos%20Liborio%20Hierro.pdf>

HINOJOSA SEGOVIA, R. (COORD). VVAA

- *Sistemas extrajudiciales de solución de conflictos*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006

HÖRNLE, J.

- *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009.

HUALDE MANSO, T.

- “Del Proyecto de ley española de mediación (2011) al RD Ley de mediación 2012”. Disponible en www.mediacionarbitraje.eu/

HUALDE, M.T. Y MESTROT, M.

- “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: la transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España”. La Ley, 2013.

IGLESIAS BUIGUES, J.L. PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R.:

- “Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos” en *Comentarios a la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp.276.

IGLESIAS BUIGUES, J.L.:

- “Artículo 41. Ámbito de aplicación”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación judicial internacional civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 443-449.

- International Dispute Resolution Directory, 2006, United States of America, Lexis Nexis, Martindale-Hubble, 2006.

IGLESIAS VAZQUEZ, MDA.

- “Globalización, globalización jurídica, global law y derecho internacional privado *CDT*, (Marzo 2017), vol. 9, núm.1, pp. 215-235. www.uc3m.es/cdt

IZAGUIRRE ARTAZA, J.

- “El arbitraje y la mediación en EEUU». Informe de la Oficina económica y comercial de España en Washington DC, ICEX España Exportación e Inversiones, 2014, pp. 14-16, disponible en <http://docplayer.es/18689556-El-arbitraje-y-la-mediacion-en-estados-unidos-septiembre-2014.html> 12/09/2016 22.00

JOHNSON, A.M.

- “La Mediación en Inglaterra y Gales”, ponencia en Mediación nuevos enfoques de la justicia, celebrada el 20 y 21 de octubre El Puerto de Santa María (Cádiz), 2011, disponible en http://www.fundacionmediara.es/docs/i-jornadas-mediacion/andrew_jonson_c.pdf

KAWANO K.

- “Capitulo IX. Court annexed conciliation en Japón desde una perspectiva de las ADR”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, (Ed.BARONA VILAR, S), Estudios sobre arbitraje, Navarra, Thomson Reuters, 2016, pp. 219-232.

KINDLER, HERBERT S.

- *Cómo Gestionar los Conflictos*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

KHEEL, T.W.

- *The keys to conflict Resolution. Proven methods of resolving disputes voluntarily*, Four Walls Eight Windows, New York, 1999.

LÁZARO GUILLAMÓN, MDC. Y JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO, J.L.:

- “Algunas consideraciones sobre la mediación perspectiva histórica y on line dispute resolution”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 24, 2015, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=5689>

LAPIEDRA, R.

- *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

LAUROBA LACASA, M.E. Y ORTUÑO MUÑOZ, P. (COOR.):

- “Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil”, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación”, Madrid, 2013, disponible en http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

LAUROBA LACASA, M. E., BARRAL VIÑALS, I., TARABAL BOSCH, J., VIOLA DEMESTRE, I.

- “La construcción institucional y jurídica de la mediación”, en CASANOVAS, P., MAGRE, J., LAUROBA, M. E., *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, (<http://www.llibreblancmediacio.com/>)

LEE, G.

- “Capítulo VIII. ADR en Corea”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, (Ed. BARONA VILAR, S), Estudios sobre arbitraje, Navarra, Thomson Reuters, 2016, pp.197-217.

LEDERACH, J.P.

- Construyendo la Paz. Reconciliación Sostenible en Sociedades Divididas. Bakeaz y Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998.
- El abecé de la paz y los conflictos: Educación para la paz. Catarata, Madrid 2000.

LEW, JULIAN D.M.

- Comparative international commercial arbitration / by Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll The Hague, Kluwer Law International, cop. 2003.
- London International commercial arbitration nimportant contemporary questions / general editor, Albert Jan Van Den Berg with the assistance of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, The Hague International commercial arbitration important contemporary questions / general editor, Albert Jan Van Den Berg with the assistance of the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, The Hague.

LOSS DE ANDRADE, J.

- Reconocimiento y eficacia de los acuerdos de mediación mercantil internacional, en *Development and Resistance in South Europe Justice Systems to Restorative Justice*, (dir. SOLETO MUÑOZ, S.), Madrid, Dyckinson, pp.167-188.

LOPEZ DE ARGUMEDO, A.

- “Spain: Multi-Step Dispute Resolution Clauses”, *Mondaq*, 10/01/2011 <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=117062>

LÓPEZ DE ARGUMEDO, A. Y FERNÁNDEZ DE LA MELA, J.M.

- “El acuerdo de mediación”, *Actualidad Uría Menéndez*, http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4481/documento/20150116_um.pdf?id=5651

LÓPEZ MARTÍNEZ, M. (DIR.).

- *Enciclopedia de Paz y Conflictos*, Universidad de Granada, Eirene 2004.

LÓPEZ RUIZ, F.

- “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la Lex Mercatoria” *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/196/250>
- “Notas sobre la nueva lex mercatoria”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, RDMF, 2007,

LÓPEZ SIMÓ, F. Y GARAU SOBRINO, F. F. (COORDS.).

- “Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española” (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014

LÓPEZ VALLÉS, S. Y LÓPEZ CÁRDENAS, C.M.

- “Aproximación a la regulación de la mediación en el Derecho internacional privado y el derecho europeo”, *Revista de Derecho Privado*, num.16, 51, 2014.

LORCA NAVARRETE, A.M.

- *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, p. 102
- “La mediación en asuntos civiles y mercantiles, Real Decreto Ley 5/2012, de 5 marzo”, *Instituto vasco de Derecho Procesal*, San Sebastián, 2012, Disponible en:
https://books.google.es/books?id=XwiKAgAAQBAJ&pg=PA284&lpg=PA284&dq=lorca+navarrete+la+mediacion+en+asuntos+civiles+y+mercantiles&source=bl&ots=e2pSalTYC&sig=e18u3RwBiYPIrZ-szo6D54KkZco&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjz5_22uO3SAhUFicAKHVuWCuAQ6AEILDAE#v=onepage&q=lorca%20navarrete%20la%20mediacion%20en%20asuntos%20civiles%20y%20mercantiles&f=false

LOZANO CORREA, L.

- “¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?” *Revista de Mediación*, núm. 10. 2º, 2012, <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2016/11/Revista10-7.pdf>

MACHO GÓMEZ, C.

- “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa”, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=AN-U-C-2014-30093100996
- “Los ADR, Alternative Dispute Resolution en el Comercio Internacional”, *CDT*, vol. 5, núm. 2., 2013.
<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828/854>

MAGRO SERVET, V.

- "Vías de optimización de la mediación civil para el éxito de su implementación en España" en *Diario La Ley*, núm.7951, 2012

MAGRO SERVET, VICENTE

- “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”. *Diario La Ley*, N° 7852, Sección Doctrina, 7 Mayo 2012, Año XXXIII, Ref. D-190, Editorial. LA LEY 3152/2012.

MALARET J.

- Manual de negociación y mediación, Negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos de empresas, Madrid, Colex, 2003.

MANTILLA SERRANO, F,

- Ley de Arbitraje: una perspectiva internacional, Madrid, Iustel, 2005

MARIN HITA,

- ¿Para qué una nueva Ley autonómica de mediación familiar? *Diario La Ley*, N° 8503, Sección Doctrina, 18 de Marzo de 2015, Ref. D-107, Editorial LA LEY

MARINARO, M.,

- “La doppia obbligatorietà della mediazione. In vigore dal 21 settembre 2013”.<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidAlDiritto/civile/civile/pri miPiani/>

MÁRQUEZ CHAMIZO.E y PANSARD ANAYA.A.

- “La ejecutividad de los acuerdos de mediación en la Unión Europea. Algunas reflexiones”, *REJIE*, núm. 10, junio 2014, pp. 37-70.
<http://www.eumed.net/rev/rejie/10/mediacion.pdf>

MARTÍN DIZ, F.

- “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica Española. La Ley*, tomo 3, 2006

MARTINEZ CAPDEVILLA C, (COORD)

- “La aplicación de la mediación en la resolución de los conflictos en el mediterráneo”, Asociación española de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales:

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documentos/LaAplicaciondeLaMediacion.pdf>

MCILWRATH M, JOHN SAVAGE J.

- *International Arbitration and Mediation: A Practical*, Kluwer Law, 2010

MEDINA CANELO, H.

- “Ejecutividad del acuerdo de mediación”

http://www.academia.edu/9629924/Ejecutividad_del_acuerdo_de_mediacion

MEDINA FANDIÑO, A. J.

- “Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas” p. 19. Disponible en:

<http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf>

MEDINA, F. Y MUNDUATE, L.

- “La naturaleza de la negociación” en AA.VV.: Gestión del conflicto, negociación y mediación, LABRADOR, F. (Dir.), MUNDUATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F. (coord.), 3ª Ed., Madrid, PIRÁMIDE, 2009.

MNOOKIN, R.H., PEPPET, S.R. Y TULUMELLO, A.S.

- Resolver conflictos y alcanzar acuerdos, Cómo plantear la negociación para generar beneficios, Ed. 1º, Barcelona, Gedisa, 2003.

MARTÍNEZ DEL HOYO CLEMENTE, A.

- “Por qué no triunfa la mediación?”, Diario LA LEY, nº 8829, de 22 de septiembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer

MEDINA ORTEGA, M.

- “La aceptación de documentos públicos en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 835–871

MONTOBBIO, M.

- “Indonesia: Construcción nacional y gobernanza democrática”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 89-90, 2010, www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/download/191571/257480

MOORE, C.

- *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*, San Francisco, 1986.

MOORE, C. W.,

- *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Granica, Barcelona, 1995.

MORAN, G,

- “La Mediación en USA”, *America Mediation & Alternative Resolutions* Asociaciones de Mediación y Arbitraje en USA, Agencia del Servicio de Mediación y Conciliación Federal de los Estados Unidos, <https://www.youtube.com/watch?v=0QhUOqHo9sA>

MORELLO, L.,

- “Parte la mediazione obbligatoria. Vediamo nel dettaglio come”. <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/civile/primiPiani/2013/09>.

MORENO CORDERO, G.

- “La Directiva comunitaria 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”. RCEA, 2009

MORENO, F.:

- “Lex mercatoria, Derecho de la globalización sin Estado”, 2008, Versión digital disponible en: <http://www.liberalismo.org>

MOURE PINO, A.M.:

- “El Ombudsman: Un estudio de derecho comparado con especial referencia a Chile”, Madrid, Dykinson.

MULLERAT BALMAÑA, R. M^a.

- “La Justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, 3 (2002) *Anuario de Justicia Alternativa*.
- “Las disputas en la construcción precisan métodos alternativos de solución de conflictos. ¿Es el arbitraje un método idóneo?” *Annals de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 3, 2009, pp. 369-390. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=200996>

MURPHY, JIM.

- *Cómo Manejar los Conflictos en el Trabajo*. Fundación Confemetal. Madrid 2002

NAVAS GLEMBOTZKY, J.R.

- “El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: análisis, estudio comparado y recomendaciones”, *Indret*, núm. 2. 2014. http://www.indret.com/pdf/1054_es.pdf

NOGUERAS, D.J.

- *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

NOGUEROLES PEIRÓ, N.

- “Inscripción de documentos públicos extranjeros” en *Comentarios a la Ley de Cooperación judicial internacional civil*, Tirant Lo Blanch MENDEZ GONZALEZ, F.P. Y PALAO MORENO, G (Dir), Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 735-772.

NÚÑEZ OJEDA, R.

- “Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias”, *Informe de Métodos alternativos*, 2013, <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf>

OCHIPINTI E.

- “La mediazione civile e commerciale riformata”, https://www.liderlab.sssup.it/lider/dbfiles/allegati/Occhipinti_Mediazione_e_responsabilit%C3%A0_sanitaria_RIML.pdf

ÖDON PÄLLA.

- “Nota sobre el arbitraje y la mediación en EEUU, Oficina económica y comercial de España”, Washington, Embajada de España, disponible en http://www.icex.es/staticFiles/NOTA%20SOBRE%20EL%20ARBITRAJE%20Y%20LA%20MEDIACION%20EN%20EEUU_12614.pdf.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.

- “The law applicable to international Mediation contracts”, *Simposio Tribunales y mediación, nuevos caminos para la justicia*. Comunicaciones. Organizado por GEMME, Barcelona, 18-19 junio 2009. pp.37-47 http://www.huygens.es/ebooks/Simposi_tribunals_mediacio.pdf

ORFANO, M.

- “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010”, *RIEDPA*, 2011, www.riedpa.com

ORTÉU CEBRIÁN, F.

- *Exequátur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958: doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch, 2003.

ORTIZ, E.

- *La mediación en el siglo XXI*, ediciones impresas milenio

ORTUÑO MUÑOZ, J. P. Y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.

- “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de Trabajo, núm.110, 2007, en <http://pascualortuno.wordpress.com>

ORTUÑO MUÑOZ, P,

- “El Proyecto de Directiva Europea sobre la mediación”, apartado VI, letra d), <http://es.scribd.com/doc/30265404/MEDIACION-EUROPA>
- “Principios de la Directiva europea 52/2008, sobre mediación en el ámbito civil y mercantil”
<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/.../principios-de-la-directiva-5-2008>.
https://www.academia.edu/2454453/Gender_and_Diversity
- “Introducción: El impulso a la mediación en la experiencia de los PNPM”, en *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp.3-13. http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf
- “La intervención del profesional en la mediación” en la intervención profesional del mediador”, *Reflexiones sobre la Ley 5/2012*, <http://www.cmpimentel.com/comunicacion/wp-content/uploads/2013/06/IMPARCIALIDAD-Y-NEUTRALIDAD-EN-MEDIACION.pdf>
- “Sistemas de derivación: la experiencia europea”, en *Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia*, GEMME, Documento interno de trabajo, 2015 <https://mediacionesjusticia.es>
- “Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia” *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2016.
https://www.auditorsensors.com/uploads/20160711/Article_multidoor_pascual_ortuc3b1o_cat_2016.pdf

OVIEDO ALBAN, J.

- “Los Principios Unidroit para los contratos internacionales”, *Revista Dikaion, Lo Justo*, núm. 11, 2016, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116043.pdf>

PACHECO, D.

- “La perspectiva portuguesa de la institucionalización de la mediación” p. 61 *Revista de Mediación ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, vol. 7 núm. 2. <https://revistademediacion.com/articulos/la-perspectiva-portuguesa-de-la-institucionalizacion-de-la-mediacion/>

PALAO MORENO, G.

- “Mediación y Derecho Internacional Privado”, en M^a E. Vázquez Gómez; M^a d. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (coords.) *El arreglo pacífico de controversias internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 649-674.
- “El Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles” en *AEPDIRI* vol, 64, num. 2, 2012, pp. 315-320.
- “Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012” en *Diario la Ley*, núm. 7847, 27 de abril de 2012,
- “Enforcement of Foreign Mediation Agreements within the European Union”, en *Boundaries of European Private International Law, Las fronteras del Derecho Internacional Privado Europeo*, Jean-Sylvestre Bergé, Stéphanie Francq, Miguel Gardenes Santiago, Bruylant, Ed. 1^o, 2015.
- “La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado”; libro Homenaje al prof. Dr. Juan Montero Aroca, 2012, pp. 1337-1352.
- “La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *REDI*, vol. 65, num. 1, 2013, págs. 277-280.

PAREDES PEREZ, J.I.

- “Artículo 54: Proceso” en *Comentarios a la Ley de Cooperación judicial internacional civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, MENDEZ GONZALEZ, F.P. Y PALAO MORENO, G (Dir), 2016, pp.634-639.

PARDO LOZANO, J.M.

- “La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 14, diciembre 2016.

www.revistaidj.com/index.php/RIDJ/article/download/11/6

PASSAGLIA, P.

- *La mediazione nelle controversie di diritto privato*, 2012.

REIG FABADO, I.

- “Capítulo XXIV. La resolución alternativa de las controversias en el sector internacional de la construcción: El Dispute Adjudication Board (DAB)”, *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, (Ed. BARONA VILAR, S), Estudios sobre arbitraje, Navarra, Thomson Reuters, 2016, pp. 513-526.

PELLISÉ DE URQUIZA, C.

- “Disposición final tercera. Modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, (Dir. MENDEZ GONZALEZ F.P y PALAO MORENO, G.), Tirant Lo Blanch, 2017, pp.1045-1048.

REMÓN PEÑALVER, R.

- “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, InDret, 2007, www.indret.com

PERELLA, C. Y MASUTTI, A.

- “Supreme Court considers unilateral jurisdiction clauses”, *International Law Office*. 2013.
<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=96a96834-36d8-4685-9167-cc59e23bfa8a#Decision>

PEREZ CEBADERA, M.A.

- “La ejecutoriedad del acuerdo de mediación”, *Revista de Jurisprudencia*, num.2, 2013, http://www.elderecho.com/civil/ejecutoriedad-acuerdo-mediacion_11_507430004.html

PÉREZ DAUDÍ, V.

- “La mediación y las medidas cautelares”, InDret, Revista para análisis del Derecho, Barcelona, 2012, http://www.indret.com/pdf/905_es.pdf
- “La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil”, InDret, 2012 http://www.indret.com/pdf/905_es.pdf

PEREDA GÁMEZ, F.J.

- “La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación”, *Mediación es justicia, El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, GEMME, Huygens, Barcelona, 2014.
http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

PEREZ GONZALEZ, B.

- *Mediación familiares: Las distancias de la mediación en Europa*, Universidad de Cádiz. Facultad de Ciencias de la Educación, 2006.

PÉREZ MARTELL R.

- *Mediación civil y mercantil en la Administración de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PEREZ MARTIN, L.A.

- “Nuevos reglamentos europeos sobre regímenes económicos matrimoniales y uniones registradas, una oportunidad perdida para la mediación”, en *El derecho internacional privado de familia, nuevas soluciones y ¿nuevos problemas?*, Edt. Tirant lo Blanch, (en prensa) (por cortesía del Autor).

PEREZ PACHECO, Y.

- “El Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro, La adhesión de México y la posible incorporación de otros estados latinoamericanos”, *Revista Perspectiva Jurídica*, Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, num.2.

<http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/el-convenio-de-la-haya-sobre-acuerdos-de-eleccion-de-foro-la-adhesion-de-mexico-y-la-posible-incorporacion-de-otros-estados-latinoamericanos>

PEREZ-UGENA COROMINA, M.

- “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, núm. 1, 2014, <http://revista-estudios.deusto.es>

PETROCHILOS, G.

- *Procedural law in international arbitration*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2004

PICKER, B.G.

- Guía práctica para la mediación, Manual para la resolución de conflictos comerciales, Paidós Mediación, núm. 10, Buenos Aires, Paidós, 2001.

POUDRET, J.F.

- “Droit comparé de l'arbitrage international”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, *Publicaciones electrónicas de actualité e droit international*, Vol. 53, núm.3, pp.746-749. <http://www.ridi.org/adi/home.html>

QUESEDO AVILES, A.

- “Los remedios para evitar el pleito: Mediación en Inglaterra y Gales”, *Spain arbitration review: Revista Club Español del Arbitraje*, núm.16, 2013. pp.67-77.

REDORTA, J.

- *Cómo Analizar los Conflictos. La tipología de los Conflictos como Herramienta de Mediación*, Barcelona, Paidós, 2004.
- *El poder y sus conflictos*. Paidós Iberica, 2005.
- “La justicia del futuro”, *Simposio Tribunales y mediación, nuevos caminos para la justicia*. Comunicaciones. Organizado por GEMME, Barcelona, 18-19 junio 2009. pp. 3-11.
http://www.huygens.es/ebooks/Simposi_tribunals_mediacio.pdf

ROCA AYMAR J.L.

- *El arbitraje comercial internacional*, ICEX, Madrid, 2006.
- *El arbitraje mercantil internacional on line*, ICEX, Madrid 2011.

RODRÍGUEZ BENOT, A. E YBARRA BORES, A.

- “Introducción: La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y las competencias autonómicas”, en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coords.), “Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española” (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 89.
- RODRIGUEZ BENOT, A. *Manual de Derecho Internacional Privado*, Tecnos, 2016, pp.241-249.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.

- “Métodos alternativos de resolución de conflictos”, *emarketservices*, ICEX, 2010.
<http://www.emarketservices.es/icex>

RODRIGUEZ L.F.

- *Mediación comercial internacional*, Colección practica de mediación, Madrid, Dykinson, 2016.

RODRÍGUEZ PRIETO, F.

- “La introducción de cláusulas de mediación en los negocios de familia: una necesidad social”, *El Notario del Siglo XXI*, 2016, núm. 70.
<http://www.elnotario.es/index.php/arbitraje-y-mediacion/7095-la-introduccion-de-clausulas-de-mediacion-en-los-negocios-de-familia-una-necesidad-social>

- “La ejecutividad del acuerdo de mediación”, *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, 1º Ed. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp.439-469.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A.

- “A propósito del título ejecutivo europeo (Algunas reflexiones sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados)”, *Anuario de derecho europeo*, num.2, 2002, pp. 353-373 Disponible en http://institucional.us.es/revistas/derecho/2/art_16.pdf
- “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), vol. 6, num.1, pp. 330-347 disponible en www.uc3m.es/cdt

ROMAN GARCIA, A.

- “La eficacia jurídica de los precontratos”, *Anuario de Derecho*, Universidad de Extremadura.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/813983.pdf>

ROMUALDI E. E.

- “Solución de Controversias en el Transporte Aéreo Internacional”, *Revista Ateneo del Transporte*, núm. 35, 2014.
http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110002-romualdisolucion_controversias_en_transporte.htm

RUGGERI, L.

- “ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC (IDP)*, UOC, núm. 10, 2010.
www.idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.v0i10.972/galley/436/download

SABATER MARTÍN, A.

- *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*, Madrid, Tecnos, D.L. 2002.

SAIZ GARITAONANDIA, A.

- “El med arb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos”, *Revista Jurídica Mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, Bufete Barrilero y Asociados, 2014, disponible en http://www.barrilero.com/wpcontent/uploads/2014/05/El_Medarb_y_otras_formulas_hibrias_de_resolucion_de_conflictos.pdf

SALINAS ADELANTADO, C. Y MONSALVE, A.

- “La Ley de Mediación a la luz de la experiencia inglesa”, *Expansión*, 2012 <http://www.expansion.com/2012/03/22/juridico/opinion/1332419353.html>

SAN CRISTÓBAL REALES, S.

- “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. XLVI, 2013. pp 39-62. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4182033>

SANCHEZ GARCIA, A. Y LOPEZ PELAEZ, P.

- Tipología contractual de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, 1º Ed. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 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*, núm. 31, 2013, pp.19-55. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

SANTOS VIJANTE, J.M.

- “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación”, *RIEDPA*, núm. 1. 2013. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4407141.pdf>

SCHÄFER, E.

- ICC arbitration in practice / Erik Schäfer, Herman Verbist, Christophe Imhoos The Hague [etc.]: Kluwer Law International [etc.], 2005.

SENÉS MOTILLA, C.

- “La eficacia del compromiso de mediación y de los acuerdos de mediación”, 2012, *LegalToday.com*, <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-eficacia-del-compromiso-de-mediacion-y-de-los-acuerdos-de-mediacion>

SENÉS MOTILLA, C.,

- «El acuerdo de mediación y su ejecución», en LOPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. F. (coord.)

SILVOSA TALLON, J.M.

- “La transacción en la LEC”, *Revista internauta de Práctica Jurídica*, núm. 24, 2009, págs. 13-36.

http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num24/2SILVOSATRANSAC.pdf

SMITH FREEHILLS, H.

- “Dispute Resolution”, *ADR Notes*, <http://hsfnotes.com/adr/our-adr-practice/>

SIX, J-F.

- *Dinámica de la Mediación*. Paidós Mediación, Barcelona, Paidós, 1997.

SOLETO MUÑOZ, H.

- “Capítulo 12. La mediación en la Unión Europea”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (coords.) *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Madrid, Tecnos, 2007, Universidad Carlos III de Madrid, Repositorio institucional e-Archivo, 2007, pp.185-203.

http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10215/mediacion_soletto_2007.pdf

- “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III, Brasil, 2009. <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/la-mediacion-metodo-de-resolucion-alternativa-de-conflictos-en-el-proceso-civil-espanol/>

- “Manejar las diferencias de poder en las negociaciones”, *Revista Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, 2009, n°143, pp. 24-27. http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10690/manejar_soletto_RI_2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- “La nueva normativa de mediación y la oportunidad de impulsar una práctica colaborativa del Derecho”, *El Notario del siglo XXI*, n. 43, mayo-junio 2012, pp. 18-21.

http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18353/nueva_soletto_NSX_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- “Development and Resistance in South Europe Justice Systems to Restorative Justice” en *Development and Resistance in South Europe Justice Systems to Restorative Justice*, Dyckinson, 2011, pp.281-311. <http://earchivo.uc3m.es/handle/10016/24035>

STONE-MOLLOY, M Y RUBENSTEIN, W.

- “Principios de resolución alternativa de conflictos: resumidos reexpuestos y comentados”, *Conservation Clinic*, University of Florida, Levin College of Law, 2001, pp.1-32. https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers-clinics/clinics/conservation/resources/ADR_spanish.pdf

SUARES, M.

- *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.* Buenos Aires, Paidós, 1999

TAMAYO HAYA, S.

- “Artículo 23. El acuerdo de mediación”, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C. (Dir.), Reus, Madrid, 2012, pp. 290-342.

TARABAL BOSH, J.

- “Mediación obligatoria e inducción a la mediación”, *Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, Actas del III Simposio de “Tribunales y mediación, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 227-233. http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

TOCHTERMANN, P.

- “Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution”, *Uniform Law Review*. Unidroit, Institute international pour l’unification droit privé, 2008. t. 13, num. 3. pp. 685-712. www.unidroit.org/english/.../review/.../2008-3-tochtermann-e.pdf

TORRE DELGADILLO, V.

- “La transcendencia de la cláusula arbitral en la contratación internacional”, *Letras Jurídicas*, núm. 17, 2013, pp.1-14. http://www.saejee.eu/pdf/16_esp_arbitraje_de_inversion_extranjera/programa.pdf

TORRES SALAZAR, M.

- “Mecanismos de resolución de conflictos comerciales internacionales”, *Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico*, 2011, pp.1-6. www.iberiasia.org

TOVAR GIL, M.C.

- “Aplicación de la Lex Mercatoria internacional por los árbitros”, *Lima Arbitration*, núm. 2, 2007, pp.106-125. http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf

TROCKER, N. Y DE LUCA, A.

- “La Direttiva CE 2008/52 in materia de mediazione”, *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011.

TWEEDDALE, A.

- *Arbitration of commercial disputes: International and English law and practice* / Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale Oxford: Oxford University Press, 2005.

URY, W.L Y FISHER, R.

- *Getting to Yes*, Boston, 1981

VARA GONZÁLEZ, J. M.

- “Aspectos notariales de la Ley de Mediación. Referencia a la mediación familiar”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 82, 2012, pp. 456.

VÁRADY, TIBOR.

- *International commercial arbitration: a transnational perspective*, Tibor Várady, John J. Barceló III, Arthur T. von Mehren St. Paul (Minn.): West Group, 2003.

VARGAS PAVEZ, M.

- “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, num. 2, 2008, pp. 183-202.
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200008

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.

- “Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 27, 2011, pp.17-33.

VÁZQUEZ GÓMEZ-ESCALONILLA, L.

- “Consideraciones generales sobre los MASC en Derecho Español”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y arbitraje*, RIEDPA, n° 1, 2016. pp.1-76.
<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11604.pdf>

VERDERA SERVER, R.

- Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre), AAVV, (coord. BARONA VILAR, S.), Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp.389.

VIDAL TEIXIDÓ, A.

- “Capítulo 20. La confidencialidad como principio rector e identificador de la mediación. Mediación es justicia. El impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil, Actas del III Simposio de Tribunales y mediación, (Coord. LAUROBA LACASA, M.E. y ORTUÑO MUÑOZ, P), Madrid, septiembre, 2013, pp. 203-204.
http://www.huygens.es/ebooks/ebook_Mediacion.pdf

VILALTA NICUESA, A.E.

- “Legal framework and harmonization of online disputes resolution methods,” Internacional Workshop on ADR/ODRs. Building bridges: legal framework and principles, IN3, UOC September 15, 2009, pp.1-8. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/>
- “La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Union Europea y de la CNUMDI”. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 33, 2014, pp.1-35. <http://docplayer.es/17092140-La-paradoja-de-la-mediacion-en-linea-recientes-iniciativas-de-la-union-europea-y-de-la-cnudmi.html>

VINYAMATA CAMP, E.

- Manual de Prevención y Resolución de Conflictos: Conciliación, Mediación y Negociación. Ariel, Barcelona 1999.
- *Conflictología*, Barcelona, Ariel, 2001.
- Tratamiento y Transformación de Conflictos. Métodos y Recursos en Conflictología, Barcelona, Ariel Social, 2003.
- *Aprender Mediación*. Barcelona, Paidós Ibérica, 2003.
- *Aprender del Conflicto. Conflictología y Educación* (Coord), Barcelona, Grao, Barcelona 2003.
- *Guerra y Paz en el Trabajo. Conflictos y Conflictología en las Organizaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

VIOLA DEMESTRE, I.

- “El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación”, *Simposio Tribunales y mediación, nuevos caminos para la justicia*. Comunicaciones. Organizado por GEMME, Barcelona, 18-19 junio 2009. pp.21-29. http://www.huygens.es/ebooks/Simposi_tribunals_mediacio.pdf
- “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, *Revista de internet, Derecho y Política*, UOC, núm. 11, 2010, pp.1-10. <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n11-viola/n11-viola-esp>

VIRGÓS SORIANO, M.

- “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2006, pp.13-28. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>
- “Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional” en *Medios alternativos de solución de controversias* (dir.

HEREDIA CERVANTES, I), AFDUAM, núm. 11, 2007. pp. 79-88.
<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/procedimientos%20alternativos.pdf>

VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J.

- *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 639 a 642.

VIRGÓS SORIANO, M. Y GUAL GRAU, C.:

- “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2008, pp.21-29.
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2004/documento/articuloUM.pdf?id=3151>

WEISMAN, M.C.

- “Med-Arb: The Best of Both Worlds”, *Dispute Resolution Magazine*, vol. 19, núm.3, American Bar Association, Section of Dispute Resolution, 2013, pp.40-41
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/dispute_resolution_magazine/spring2013.authcheckdam.pdf

WIRTH, C. Y ECKSTEIN, C.

- “Mandatory mediation in the EU”, *Financier Worldwide*, 2015. Disponible en <https://www.financierworldwide.com/mandatory-mediation-in-the-eu/#.WPqop2mLTGg>

WORTHINGTON, F.

- “Asymmetric jurisdiction clauses valid as a matter of English law”, Ashurst, artículo en línea, <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/asymmetric-jurisdiction-clauses-valid-as-a-matter-of-english-law/>

YBARRA BORES, A.

- “Mediación familiar internacional, la directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Reei, (2012), pp.1-26. www.reei.org

ZATO ETCHEVERRÍA, M.

- “Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea”, *Revista de Mediación*, vol. 8, núm. 1, 2015, pp.72-83.
<http://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2015/07/Revista-Mediacion-15-8.pdf>

XIN CHUNYING.

- “Dispute Resolution Process in China,” *Institute of Law Chinese Academy of Social Science Beijing, Asian Law*, Series núm. 15, 2002, pp. 39. <http://www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Als/15.html>

DECISIONES JUDICIALES¹ _____

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJCE 9 noviembre 1978, Asunto 23/78, *Meeth vs. Glacetal*, *Recueil*, 1978.
- STJUE de 4 de febrero de 1988, Asunto C-145/86, *Hoffmann c.Krieg*.
- STJUE de 17 de junio de 1999, Asunto C-260/97, *Unibank A/S*.
- STJUE 17 de septiembre de 2002, Asunto C-334/00. *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*.
- STJUE de 2 de abril de 2009, Asunto. C-394/07, *Gambazzi*.
- STJUE de 23 de abril de 2009, Asunto C-533/07 *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch y Gisela Weller-Lindhorst*.
- STJUE de 14 de mayo de 2009, Asunto C-189/08, *Zuid-Chemie BV contra Filippo's Mineralenfabriek NV/SA*.
- STJUE de 18 de marzo de 2010, relativa a los asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08.
- STJUE 14 de marzo de 2013 Asunto C-19/11, *Ceska sporitelna a.s.vs.Gerald Feicher*, FD 47.
- STJUE de 27 de junio de 2013, Asunto C-492/11, *Ciro Di Donna y Società imballaggi metallici Salerno srl (SIMSA)*.

¹ Las decisiones judiciales se han ordenado por países y, a su vez, de forma cronológica.

SENTENCIAS NACIONALES**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1984, de 12 de noviembre de 1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 1989 [RTC 1989, 54]
- STS 9/10/1989,
- TC S 92/1985 de 24 /7;
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1991 [RTC 1991,132]
- Sentencia del Tribunal Constitucional 289/1993, de 4 de octubre de 1993 [BOE núm. 268, de 09 de noviembre de 1993]
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005 STC 75/96
-

TRIBUNAL SUPREMO

- Auto del Tribunal Supremo 372/2005, de 15 de septiembre de 2005 [Roj:
- Auto del Tribunal Supremo 10227/2009, de 7 de septiembre de 2009 [Roj:
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 [RJ 1986,7190].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002. [RJ 2002/525].
- Sentencia del Tribunal Supremo, 433/2003 de 9 de mayo de 2003 [Roj: STS 3152/2003]
- Sentencia del Tribunal Supremo 818/2007 de 10 de julio de 2007 [Roj: STS 4805/2007]
- Sentencia del Tribunal Supremo 826/2007 de 10 de julio de 2007 [Roj: STS 4815/2007

- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 860/2007 de 10 de julio de 2007 [Roj: STS 4828/2007].
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 4455/2009, de 2 de julio de 2009 [Roj
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 527/2009 de 2 julio de 2009 [RJ\2009\6462]
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 537/2009, de 3 de julio de 2009 [RJ\2009\5491]
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremos 604/2009 de 17 septiembre de 2009. RJ 2009\4589
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo, 129/2011, de 5 marzo de 2010 [Roj STS 984/2010]
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo, 324/2010, de 20 de mayo de 2010. [Roj STS 2290/2010]
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 109/2011 de 2 marzo de 2011 [RJ\2011\2616]
- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 392/2015 de 24 junio de 2015 [Roj: STS 2828/2015].

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de marzo de 2005 [
- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 8 Mar. 2010, rec.47/2009[
- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 9 de diciembre de 2013 [Roj: STSJ CAT 13862/2013]
- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de junio de 2014. [Roj: STSJ M 10346/2014].
- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de septiembre de 2014. [RJ 2014\6419]
- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015[
- ❑ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de marzo de 2015[Roj: STSJ M 3279/2015].

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 abril 2015[Roj: STSJ M 4051/2015]
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 21 abril 2015[Roj: STSJ M 4055/2015]

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 octubre de 2013 [Roj: AAP M 1988/2013]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de noviembre de 1999 [Roj: SAP M 15299/1999]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 1 de septiembre de 2004 [Roj: SAP J 1045/2004]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2005 [Roj: AAP M 3834/2005]
- Sentencia núm. 138/2012, de 14 marzo de 2012 [JUR\2012\129098]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álavade 6 febrero de 2012 [JUR\2012\183512]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 marzo de 2012 [JUR\2012\143980]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourensede 17 abril de 2013 [JUR\2013\183979]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragonade 18 octubre de 2013 [JUR\2013\358571]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 noviembre de 2013 [JUR\2013\383694]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 enero de 2014 [JUR\2014\52487]
- Sentenciade la Audiencia Provincial de Madrid de 8 abril de 2014 [JUR\2014\133760]
- Sentenciade la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo de 2014. [JUR 2014\178081]
- Sentenciade la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 mayo de 2014 [JUR\2014\227655]

- ❑ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2014. [JUR 2014\268347]
- ❑ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de julio de 2015. [JUR 2015\270669]
- ❑ Sentencia Audiencia Provincial de de Barcelona de 15 de septiembre de 2015. [JUR 2015\260873]
- ❑ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de mayo de 2016 [Roj: SAP B 7372/2016]

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- ❑ Auto del Juzgado de Primera Instancia número 52 de Barcelona, de 26 de enero de 2015.
- ❑ Sentencia 65/2009 del Juzgado de Instrucción número 10 de Barcelona [Procedimiento Juicio de faltas 493/2008] [NIG: 08019-43-2-2008-1055249]
- ❑ Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Gijón, de 26 abril 2012 [ROJ: SJPI 13/2012] [AC\2012\389]
- ❑ Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Málaga de 27 septiembre de 2012 [AC\2012\1920]
- ❑ Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Málaga de 17 diciembre de 2013 [Roj: SJPI 124/2013] [JUR\2014\3276]

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- ❑ Resolución de 25 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. [Disposición 8163 del BOE núm. 178 de 26 de julio 2013].

SENTENCIAS EXTRANJERAS**FRANCIA**

- ❑ Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre civile 1)* de 4 de diciembre de 1990 (n.º de *pourvoi* 89-16047)
- ❑ Sentencia de la *Cour de Cassation, (Chambre civile 1)* de 8 de abril de 2009, (08-10.866)
- ❑ Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre civile 1)* de 26 de septiembre de 2012 (n.º de *pourvoi* 11-26022).
- ❑ Sentencia de la *Cour de Cassation, (chambre civile 1)*, 25 mars 2015, (13-27.264).

ITALIA

- ❑ Sentencia del Tribunal Supremo 5705 de 11 de abril de 2012 (*Grinka in liquidazione v. Intesa San Paolo, Simest HSBC*).
- ❑ Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 22 de septiembre de 2011 (*Sport Italia v. Microsoft Corporation*).
- ❑ Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de diciembre de 2012, n. 272, de 12 de diciembre de 2012.

REINO UNIDO

- ❑ *Mauritius Commercial Bank Ltd v Hestia Holdings Ltd & Anor* [2013] EWHC 1328 (Comm) (24 May 2013). Commercial Court.
- ❑ *Asunto Pittalis vs. Sherefettin*
- ❑ *NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd.* [2004] APP.L.R. 10/13
- ❑ *Law Debenture Trust Corporation Plc. vs. Elektrim Finance BV and Others* 2 AER 476

LEGISLACIÓN

1. LEGISLACIÓN

➤ UNIÓN EUROPEA

- ❑ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- ❑ Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia.
- ❑ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
- ❑ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- ❑ Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

- Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).
- Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
- Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.
- Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.
- Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.
- Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, 12 de diciembre del 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición).
- Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.
- Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la

competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

2. CONVENIOS INTERNACIONALES

➤ CONVENIOS MULTILATERALES

- ❑ Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958.
- ❑ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961.
- ❑ Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
- ❑ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.
- ❑ Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000.
- ❑ Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro.
- ❑ Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007.
- ❑ Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007.

➤ CONVENIOS BILATERALES

- ❑ Convenio de Cooperación Jurídica en materia civil, entre el Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989.
- ❑ Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989.
- ❑ Convenio entre el Reino de España y el Estado de Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén el 30 de mayo de 1989.
- ❑ Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992.
- ❑ Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.
- ❑ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000.
- ❑ Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001.
- ❑ Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005.

3. LEYES EUROPEAS DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE

- **ALEMANIA:** GESETZ ZUR FÖRDERUNG DER MEDIATION UND DER VERFAHREN ANDERER AUßERGERICHTLICHEN KONFLIKTBEILEGUNG, 2012.¹
- **AUSTRIA:** EU MEDIATIONSGESETZ DE 2011;ZIVILRECHTS-MEDIATIONS-GESETZ DE 2003 BGBl I 2003/29.²
- **BÉLGICA:** LOI MODIFIANT LE CODE JUDICIAIRE EN CE QUI CONCERNE LA MEDIATION, LOI DU 21 FÉVRIER 2005.³
- **BULGARIA:** MEDIATION ACT DE 2004, (PROMULGATED, STATE GAZETTE NO. 110/17.12.2004, AMENDED AND SUPPLEMENTED, SG NO. 86/24.10.2006, SUPPLEMENTED, SG NO. 9/28.01.2011, AMENDED AND SUPPLEMENTED, SG NO. 27/1.04.2011).
- **CHIPRE:** THE CERTAIN ASPECTS OF MEDIATION IN CIVIL MATTERS LAW, 2012 (No. 159(I)/2012).
- **CROACIA:** ZAKON O MIRENJU, NARODNE NOVINE,(OFFICIAL GAZETTE), No. 18/2011.⁴
- **ESTONIA:** (LEPITUSSEADUS, ELEKTROONILINE RIIGI TEATAJA). CONCILIATION ACT 2009.⁵
- **ESLOVENIA:** ZAKON O MEDIACIJI V CIVILNIH IN GOSPODARSKIH ZADEVAH, URADNI LIST RS (OF. JOURNAL REPUBLIC SLOVENIA), NR.56/2008 DE 6.6.2008. // ACT ON ADR IN JUDICIAL MATTERS (ZARSS).⁶
- **ESLOVAQUIA:** ZÁKON Č. 420/2004 Z. Z. O MEDIÁCII A O DOPLNENÍ NIEKTORÝCH ZÁKONOV, ZBIERKA ZÁKONOV SR (OFFICIAL JOURNAL), N.179, 4.7.2004.⁷
- **ESPAÑA:** LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.
- **FINLANDIA:** ACT ON CONCILIATION IN CRIMINAL AND CERTAIN CIVIL CASES (1015/2005) Y ACT ON MEDIATION IN CIVIL MATTERS AND CONFIRMATION OF SETTLEMENTS IN GENERAL COURTS (394/2011).

¹ Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de 21 de julio de 2012.

² Ley Civil de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2003.

³ Ley de Belga de mediación, de 21 de febrero de 2005.

⁴ Ley de mediación de 2 de febrero de 2011.

⁵ Ley No. 562 de 3 de diciembre de 2009.

⁶ Ley sobre resolución alternativa de litigios en asuntos judiciales de 2009 (traducción propia).

⁷ Ley nº 420/2004 de mediación.

- **FRANCIA:** L'ORDONNANCE N°2011-1540 DU 16 NOVEMBRE 2011. DÉCRET N° 2012-66 DU 20 JANVIER 2012 PRIS EN APPLICATION DE L'ORDONNANCE DU 16 NOVEMBRE 2011.
- **GRECIA:** LEY DE MEDIACIÓN 3898/2010.
- **HOLANDA:** MEDIATION ACT 2012.
- **HUNGRÍA:** MEDIATION ACT 2013.(LEY CCLII DE 2013 QUE MODIFICA LA LEY LV DE 2002).
- **IRLANDA:** CIVIL LIABILITY AND COURTS ACT (2004).⁸ EUROPEAN COMMUNITIES (MEDIATION) REGULATIONS 2011.
- **ITALIA:** DECRETO LEGISLATIVO N° 28, ADOPTADO EL 4 DE MARZO DE 2010.
- **LETONIA:** THE MEDIATION LAW, OP: "LV", 108 (5168), 04.06.2014.⁹
- **LITUANIA:** LEY DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN EN MATERIA CIVIL.LAW ON CONCILIATORY MEDIATION IN CIVIL DISPUTE15 JULY 2008.
- **LUXEMBURGO:** LOI DU 24 FÉVRIER 2012 DE MÉDIATION EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE.¹⁰LEY DE 24 DE FEBRERO DE 2012.
- **MALTA:** MEDIATION ACT, 2004.
- **POLONIA:** MEDIATION ACT 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015.
- **PORTUGAL:** DECRETO-LEY 29/2009 DE 29 DE JUNIO, QUE INTRODUJO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL LOS ARTÍCULOS 249.º A, B E C Y EL ARTÍCULO 279.º
 - Lei n.º 29/2013, de 19 de abril (conhecida como Lei da Mediação)
- **REINO UNIDO:**
 - Inglaterra y Gales: Civil Procedure Rules de 1998 (CPR)//The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011.
 - Escocia: Cross-Border Mediation Regulations 2011 (SSI 2011/234).
- **REPUBLICA CHECA:** ACT ON MEDIATION AND CHANGE OF SOME LAWS (ACT No. 202/2012).

⁸ Ley sobre responsabilidad civil y órganos jurisdiccionales de 2004 artículos 15 y 16).

⁹ Ley de mediación de 2014.

¹⁰ Ley de mediación en materia civil y comercial de 24 de febrero de 2012.

- **RUMANIA:** ORDEN GUBERNATIVA DE 2012, No. 12/201087.
- **SUECIA:** MEDIATION ACT 22-06-2011(SFS 2011:860).

4. LEYES NACIONALES DE LOS EEMM DE REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

➤ **ALEMANIA**

- ❑ Bürgerliches Gesetzbuch, 1881(Código Civil).
- ❑ Zivilprozessordnung, (ZPO) Código Procesal Civil.
- ❑ Gesetz zur Förderung der Mediation und der Verfahren Anderer außergerichtlichen Konfliktbeilegung.¹¹

➤ **AUSTRIA**

- ❑ Zivilrechts-Mediations-Gesetz de 2003.¹²
- ❑ Zivilrechts-Mediations Ausbildungsverordnung de 2004.¹³
- ❑ EU Mediationsgesetz de 2011 y a través de la introducción de un precepto, el 433^a, en la Zivilprozessordnung de 1950.¹⁴
- ❑ Austrian Arbitration Act 2013.

➤ **BÉLGICA**

- ❑ *Code Judiciaire* of 10.10.1967 (artículos 1724-1737)
- ❑ Ley Belga de Mediación, de 21 de febrero de 2005.

¹¹ Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de 21 de julio de 2012.

¹² Ley Civil de Mediación en asuntos civiles y mercantiles 2013.

¹³ Reglamento de formación del mediador.

¹⁴ Ley de transposición de la Directiva 2008/52/CE. Modificada en 2016

<http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-mediacion/europa-resto/austria-zivilprozessordnung.pdf>

- Loi relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire. 19 Février 2001.
- Part seven of the Belgian Judicial Code - mediation
- **BULGARIA**
 - Mediation Act Law on International Commercial Arbitration 1988.
- **CHIPRE**
 - The Certain Aspects of Mediation in Civil Matters Law, 2012.
 - The International Commercial Arbitration Law, 1987.
- **CROACIA**
 - Narodne novine, Boletín Oficial de la República de Croacia, nº 18/11. (02/02/2011) Ley de mediación
 - Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine (Official Gazette), No. 35/05, 41/08. Family Act
 - Zakon o radu) Narodne novine (Official Gazette), No149/09, 61/11, 82/12 Labour Act
- **DINAMARCA**
 - Chapter 27 of the Danish Administration of Justice Act. Judiciary Mediation.
 - Danish Arbitration Act 2005. Act no. 553 of 24 June 2005 on Arbitration
- **ESLOVENIA**
 - Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, Uradni list RS (Of. Journal Republic Slovenia), Nr. 56/2008 de 6.6.2008
 - Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov, Uradni list RS, Nr. 97/2009 of 30.11.2009. (Act on ADR in Judicial Matters (ZARSS))

➤ **ESPAÑA**

➤ AUTONÓMICAS

- ❑ Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.
- ❑ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

➤ AUTONÓMICAS SOBRE MEDIACIÓN

- ❑ Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña
- ❑ Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (Galicia).
- ❑ Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- ❑ Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (Canarias).
- ❑ Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (Castilla-La Mancha).
- ❑ Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.
- ❑ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar (Asturias).
- ❑ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- ❑ Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (País Vasco).
- ❑ Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- ❑ Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (Cataluña).

- Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.
- Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.
- Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.(País Vasco).
- **ESTONIA**
 - Code of Civil Procedure Passed 20.04.2005
 - Conciliation Act, Passed 18.11.2009
- **FINLANDIA**
 - Act on Conciliation in Criminal and Certain Civil Cases (1015/2005)
 - Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts (394/2011)
 - Oikeudenkäymiskaari, 1.1.1734/4, (Chapter 20, Sections 1-5).¹⁵
- **FRANCIA**
 - Loi n. ° 95-125, de 8 de febrero de 1995, Décret n° 96-652 de 22 de julio de 1996
 - Código de Procedimiento Civil de 1981, artículos 1442-1507 de arbitraje
- **GRECIA**
 - Ley 3898/2010 (Boletín Oficial, Serie A, n° 211, de 16.12.2010).
 - Ley 2735/1999 de 18 de agosto de arbitraje internacional.

¹⁵ Código Procesal finlandés, referido a la eficacia jurídica del acuerdo.

➤ **HOLANDA**

- ❑ Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken), Staatsblad (Official Journal) n. 570, de 20.12.2012.¹⁶
- ❑ The Netherlands Arbitration Act, 27/5/2014.

➤ **HUNGRÍA**

- ❑ Act LXXI of 1994 on Arbitration.

➤ **IRLANDA**

- ❑ Statutory Instruments.S.I. No. 209 of 2011 European Communities (Mediation) Regulations 2011.
- ❑ Arbitration Act 2010.

➤ **ITALIA**

- ❑ Decreto Legislativo n° 28, adoptado el 4 de marzo de 2010, de ejecución del artículo 60 de la Ley n° 69, de 18 de junio de 2009, sobre la mediación para la conciliación en asuntos civiles y mercantiles.
- ❑ Decreto-Ley de 21 de junio de 2013, n°. 69 (Decreto “del Fare”, convertido en ley de 9 de agosto 2013 n°. 98
- ❑ Arbitration (Title VIII of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure)

➤ **LETONIA**

- ❑ Arbitration Law 2014.
- ❑ Mediation Law 2014.

➤ LITUANIA

- ❑ Law on conciliatory mediation in civil disputes 15 July 2008 – No X-1702.
- ❑ Law on commercial arbitration 2 April 1996 No I-1274.

➤ LUXEMBURGO

- ❑ Loi du 24 février 2012 Médiation en matière civile et commerciale.
- ❑ Nouveau Code de Procédure Civile

➤ MALTA

- ❑ Arbitration Act (Chapter 387).
- ❑ Mediation Act 2004 (Chapter 474).

➤ POLONIA

- ❑ Code of Civil Procedure (Dz. U. of 1964, no. 43, item 296) - new provisions concerning arbitration that came into force on 17 October 2005.

➤ PORTUGAL

- ❑ Lei n° 78/2001, de 13 de julio (Julgados de Paz).
- ❑ Lei n°. 29/2009 de 29 de junio 2009.
- ❑ Lei n°. 29/2013, de 19 de abril (Lei da Mediação).
- ❑ Lei n°. 63/2011 de 14 de diciembre (Lei de Arbitraje Voluntaria).

➤ REINO UNIDO

- ❑ Arbitration Act 1996.
- ❑ Arbitration (Scotland) Act 2010.

¹⁶ Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles 2012 (traducción propia).

- ❑ The Civil Procedure (Amendment) Rules 2011.
- ❑ The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011.
- ❑ The Cross-Border Mediation (Scotland) Regulations 2011.

➤ **REPÚBLICA CHECA**

- ❑ Act on Mediation and Change of Some Laws (Act No. 202/2012).
- ❑ Law No. 99/1963 Coll. Civil Procedure.

➤ **REPÚBLICA ESLOVACA**

- ❑ Zákon č. 420/2004 Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov, Zbierka zákonov SR (Official Journal), n.179, 4.7.2004.¹⁷
- ❑ Zákon č. 141/2010 ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 420/2004 Z. z. o mediácii a o doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 136/2010 Z. z. o službách na vnútornom trhu a o zmene a doplnení niektorých zákonov a ktorým sa dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov, Zbierka zákonov) n. 58, de 8.4.2010.¹⁸

➤ **RUMANIA**

- ❑ Lege 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, Monitorul Oficial al României 441¹⁹, publicada el 22.5.2006.
- ❑ Government Emergency Ordinance no. 51/2008.
- ❑ Ordonanță Nr. 13 of 29.1.2010, Monitorul Oficial al României (Official Journal) No. 70 of 30.1.2010.²⁰

¹⁷ Ley no. 420/200488 sobre mediación. (Traducción propia).

¹⁸ Reforma de la anterior por la Ley 141/2010 de 9 Marzo 2010.

¹⁹ LAW No 192 of 16 May 2006 on mediation and organization of the profession of mediator.

²⁰ Orden gubernativa No. 12/201087 de transposición de la Directiva de Servicios.

- Codul de procedura civila - Noul Cod de Procedura Civila, Cartea IV – Despre arbitraj

➤ **SUECIA**

- Mediation Act (SFS) (Official Journal) 2011:860.²¹
- Rättegångsbalk 1942:740, kapitel 42.²²
- Förordning (1980:1030) med hyresnämndsinstruktion.²³
- The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116)²⁴

5. LEGISLACIÓN DE TERCEROS ESTADOS

➤ **ARGENTINA**

- Ley 13951 de la provincia de Buenos Aires, publicada en el B.O. de 10 de febrero de 2009.

➤ **EEUU**

- Social Security Act, de 14 de agosto de 1935.
- National Labor Relations Act, de 5 Julio de 1935.
- Civil Rights Act 1964.
- Alternative Dispute Resolution Act, de 30 de octubre de 1998.
- Uniform Mediation Act, (UMA)/Ley Uniforme de Mediación 2001.
- Mandatory Mediation Act de California.

²¹ Ley de mediación en algunos supuestos de conflictos civiles (2011).

²² Capítulo 42 del Código Procesal.

²³ Ley de arrendamientos.

²⁴ Puede consultarse en español en <http://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/europa-resto/suecia-ley-de-arbitraje.pdf>

- ❑ Federal Arbitration Act (FAA).

➤ **INDONESIA**

- ❑ Ley núm. 30/1999, de Arbitraje.

➤ **JAPÓN**

- ❑ Labour Relations Adjustment Law, 1946.
- ❑ Labour Union Law, 1949.
- ❑ Construction Business Law, 1949.
- ❑ Civil Conciliation Act, 1951 (Law for the Determination of Family Affairs).
- ❑ Act on the Settlement of Environmental Pollution Disputes, 1970.

➤ **SRI LANKA**

- ❑ Arbitration Law, 1995.

6. NORMATIVA NACIONAL COMPLEMENTARIA

- ❑ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.
- ❑ Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.
- ❑ Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.
- ❑ Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.
- ❑ Anteproyecto de Ley de Mediación en el ámbito civil y mercantil, elaborado por el Ministerio de Justicia y elevado ante el Consejo de Ministros 19 de Febrero del 2010.
- ❑ Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración

General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

- Ley 11/2011 de 21 de mayo de 2011, de reforma de la Ley 60/2003 de arbitraje.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

7. LEYES MODELO

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) con enmiendas adoptadas en 2006.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

INFORMES, GUÍAS, REGLAMENTOS, CÓDIGOS DE CONDUCTA Y OTROS DOCUMENTOS _____

1. INFORMES Y DIRECTRICES

➤ NACIONES UNIDAS

- ❑ Guía para la Resolución de controversias, Administración de Justicia de las Naciones Unidas, Nueva York, septiembre 2009.
- ❑ Fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución. Asamblea General de las Naciones Unidas, Sexagésimo sexto período de sesiones, Tema 34 a) del programa Prevención de los conflictos armados, 25 de junio de 2012.
- ❑ Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz “United Nations Peacemaker, Nueva York, septiembre 2012.

➤ CNUDMI/UNCITRAL

- ❑ Informe del Grupo de Trabajo II (Arreglo de Controversias) sobre la labor realizada en su 66° período de sesiones (Nueva York, 6 a 10 de febrero de 2017), Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 50° período de sesiones Viena, 3 a 21 de julio de 2017

Distr. General 16 de febrero de 2017 A/CN.9/901 <https://documents-dds-ny.un.org>

➤ PARLAMENTO EUROPEO

- ❑ Stephan Prayer, ¿Por qué no se utiliza más a menudo la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos? Dirección General de Políticas Interiores Departamento Temático c: derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Asuntos jurídicos (2012) <http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/789.pdf>
- ❑ De Palo, G., D'Urso, L., Trevor, M. et al., 'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Brussels, 2014.
- ❑ The Implementation of the Mediation Directive WORKSHOP, Compilation of In-depth Analyses, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 29 November 2016.

➤ COMISIÓN EUROPEA

- ❑ Estudio a cargo de la Dirección General de Políticas Interiores de la Unión, titulado «Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis» (Cuantificación de los costes de no utilizar la mediación — un análisis de datos).
- ❑ Evaluación europea de la aplicación de la Directiva sobre la mediación, llevada a cabo por la Unidad de Evaluación de Impacto Ex Post del Servicio de Estudios del Parlamento Europeo.
- ❑ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos

aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles Bruselas, 26.8.2016. COM (2016) 542 final.

- ❑ Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)) y Propuesta de Resolución adoptada por unanimidad, Comisión de Asuntos Jurídicos 15.7.2011
- ❑ Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Bruselas, 19 abril de 2002, COM (2002) 196 final (2002/03/04),
- ❑ Memorándum explicativo del Comité de ministros del Consejo de Europa, a la Recomendación (98)1, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar.
- ❑ Proyecto de Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación), Comisión de Asuntos Jurídicos, Parlamento Europeo, 7.3.2017 (Ponente: Kostas Chrysogonos)
- ❑ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC—the ‘Mediation Directive, 2014.
- ❑ Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC—the ‘Mediation Directive, Final Report, 2016.

➤ RECOMENDACIONES

- ❑ Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia, adoptada por el Comité de Ministros, el 14 de mayo de 1981.

- ❑ Recomendación n.º 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, adoptada por el Comité de Ministros, el 16 de septiembre de 1986.
 - ❑ La Recomendación (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la mediación familiar.
 - ❑ Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.
 - ❑ Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en cuestiones penales.
 - ❑ Recomendación n.º 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares.
 - ❑ Recomendación n.º 10/2002 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre mediación en asuntos civiles.
- CÓDIGOS DE CONDUCTA Y CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS
- ❑ Código de Conducta Europeo para mediadores 2004.
 - ❑ Código Deontológico para el ejercicio de la mediación (Model Standards of Conduct for Mediators) de 2005.
 - ❑ Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía (CGAE).
 - ❑ Código de Buenas Prácticas en Mediación del Club Español del Arbitraje (CEA) (2013).
 - ❑ Código ético para mediadores croatas de 2009
 - ❑ Model Rules of Professional Conduct de la American Bar Association.

- ❑ Model Standars of Conduct for Mediators, 2005 (AAA, ABA, ACR) American Arbitration Association, American Bar Association, Association for Conflict Resolution)
- ❑ Recomendaciones National Center of Technology and Disputes Resolution (NCTDR)
- ❑ US Federal Trade Commission Standards.

➤ GUÍAS

- ❑ Directrices de la International Bar Association (IBA) para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional Adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA 7 de Octubre de 2010 International Bar Association, Reino Unido, 2010
- ❑ Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2012.
- ❑ Guía Europea de Mediación y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos CPR, *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, 2015.
- ❑ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial. Consejo General del Poder Judicial, 2016.
- ❑ Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas, The International Centre for Dispute Resolution.
- ❑ International Arbitration Guide. A Latin American Overview, Uría Menéndez's Latin American network, 2014.
- ❑ Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, (Pompeu Casanovas, Magre, J, Lauroba, M^oE, (dir)), Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2011.

- Practical Guidelines and Steps for Getting Started Mini-Trial: Involving Senior Management. American Arbitration Association (AAA).

➤ REGLAMENTOS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

- Mediation Rules, 2012 The London Court of International Arbitration (LCIA)
http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx
- Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI), (Rules for expertise), <http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/reglamentos/ReglamentodePeritaje.pdf>
- Procedimientos internacionales de resolución de disputas (Incluye Reglamento de Mediación y de Arbitraje) International Center for Dispute Resolution (ICDR). <https://www.icdr.org>
- Reglamento sobre nombramiento de terceros y peritos y administración de procedimientos de peritaje (ICC/CCI) 2014 [http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-OSPAReglamentosobrePeritos\(2015\).pdf](http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-OSPAReglamentosobrePeritos(2015).pdf)
- Reglamento de Mediación de la OMPI (2016) <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/rules>
- American Arbitration Association's Comercial Arbitration Rules2013/2016
<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Rules.pdf>
- Reglamento de actuación, "European Network for Dispute Resolution" (ENDR/REAM).
http://images1.pie.camcom.it/f/ADR/Arbitrato/10/10803_UCCP2_9112010.pdf
- Reglamento en materia de mediación comercial y arbitraje The Institute of Arbitrators and Mediators Australia <http://www.iama.org.au/>

➤ INFORMES NACIONALES

- ❑ Acuerdo de colaboración para la promoción de la mediación entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia (27/4/2015).
- ❑ Comentarios al Anteproyecto de Ley de mediación, Instituto Español para la Mediación.28.04.2010.
- ❑ Consejo General del Poder Judicial, (2016). Informe sobre la situación de los órganos judiciales en el primer trimestre de 2016.
- ❑ Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia, GEMME, Documento interno de trabajo, 2015.
- ❑ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de mediación.
- ❑ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Grupo de trabajo procesal. Notas urgentes sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- ❑ Informe 3/2012 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) sobre el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- ❑ Instituto Español para la mediación. Comentarios a la primera reunión de la mesa Ad Hoc de mediación ICAM.
- ❑ Instituto Español para la Mediación. Comentarios al anteproyecto de Ley de mediación.
- ❑ Memoria anual 2016, Consejo General del Poder Judicial.
- ❑ Primera reunión de la mesa Ad Hoc de mediación del Instituto Español para la mediación (ICAM).

- Protocolo de actuación de Mediación Civil Intrajudicial seguido en el Juzgado de Primera Instancia del Juzgado núm. 73 de Madrid en los años 2009-2010.

2. INSTITUCIONES Y CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

➤ EUROPA

➤ ALEMANIA

- Arbitration Court of the Frankfurt Chamber of Commerce and Industry. <http://www.fiac-arbitration.de/>
- Hamburg Chamber of Commerce. <http://www.hk24.de>
- Waren-Verein der Hamburger Börse e.V. <http://www.waren-verein.de/>
- Asociación Federal de Mediación (Bundesverband Mediation e.V., BM) <https://www.bmev.de/>
- Asociación de Abogados de Alemania (Arbeitsgemeinschaft Mediation im Deutschen) Berlín, Alemania <http://mediation.anwaltverein.de/startseite>
- Centro de Mediación (Centrale für Mediation GmbH & Co. KG, CfM) <http://www.centrale-fuer-mediation.de/>
- Instituto Alemán de Arbitraje (DIS) <http://www.disarb.org/scho/>

➤ AUSTRIA

- Vienna International Arbitral Centre (VIAC) <http://www.viac.eu/de/>

➤ BÉLGICA

- Belgian Center for Arbitration and Mediation (CEPANI) <http://www.cepani.be>
- Commission fédérale de médiation (Bélgica) <http://www.cfm-fbc.be/fr>

- BULGARIA
 - ❑ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria (BCCI) <http://www.bcci.bg/english/>
- CHIPRE
 - ❑ Cyprus Arbitration & Mediation Centre (CAMC) <http://www.ciba-cy.org>
 - ❑ Cyprus Chamber of Commerce and Industry <http://www.ccci.org.cy>
- CROACIA
 - ❑ Cámara de Economía croata, la Asociación Croata de Mediación, y el Colegio de Abogados de Croacia.
- DINAMARCA
 - ❑ Instituto danes de arbitraje
- ESLOVENIA
 - ❑ Centro de Arbitraje de Liubliana de la Cámara de Comercio e Industria de Eslovenia
- ESPAÑA
 - ❑ Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) <http://www.cimaarbitraje.com>
 - ❑ Corte Española de Arbitraje <http://www.corteespanolaarbitraje.es>
 - ❑ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao (CCB) <http://www.camarabilbao.com>
 - ❑ Court of Arbitration of the Official Chamber of Commerce and Industry of Madrid <http://www.arbitramadrid.com>
 - ❑ Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) <http://www.tab.es>

➤ ESTONIA

- ❑ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Estonia (ACECCI) <http://www.koda.ee/>

➤ FINLANDIA

- ❑ The Arbitration Institute of the Finland Chamber of Commerce <http://www.arbitration.fi/>
- ❑ Union Internationale des Huissiers de Justice (UIHJ).

➤ FRANCIA

- ❑ Academy of Family Mediators, (AFM)
- ❑ Asociación para la Mediación Familiar (APMF) (Francia)
- ❑ Comité Français de l'Arbitrage (CFA), www.cfa-arbitrage.com/
- ❑ Federación Nacional de Asociaciones de Mediación Familiar (FENAMEF) (Francia)
- ❑ <https://iccwbo.org/>

➤ GRECIA

- ❑ Athens Chamber of Commerce and Industry <http://www.acci.gr/>
- ❑ Asociación Griega de Mediadores (www.diamesolavisi.com)
- ❑ Centro Griego de Mediación y de Arbitraje www.hellenic-mediation.gr

➤ HOLANDA

- ❑ JAMS International (Amsterdam) <https://www.jamsadr.com>
- ❑ Netherlands Arbitration Institute <http://www.nai-nl.org>

➤ HUNGRÍA

- ❑ Court of Arbitration at the Hungarian Chamber of Commerce and Industry

<http://www.mkik.hu/en/magyar-kereskedelmi-es-iparkamara/court-of-arbitration-2071>

➤ IRLANDA

- ❑ International Mediation and Arbitration Services LLP (IMAS)
<http://www.imasadr.com>

➤ ITALIA

- ❑ ADR Center, Mediation, Arbitration, and ADR services
<http://www.adrcenter.com>

- ❑ Associazione Italiana per L'Arbitrato <http://www.arbitratoaia.org>

- ❑ Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bolzano
<http://www.hk-cciaa.bz.it>

- ❑ Camera Arbitrale di Milano (CAM) <https://www.camera-arbitrale.it/it/index.php>

- ❑ JAMS International (Rome) <https://www.jamsadr.com>

- ❑ Swiss Chamber of Commerce in Italy (CCSI) <http://www.ccsi.it>

- ❑ The Chamber of Arbitration of Milan (CAM) <http://www.camera-arbitrale.it>

- ❑ Venice Chamber of Arbitration <http://www.camera-arbitrale-venezia.com>

➤ LETONIA

- ❑ Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Letonia (LCCI)
<http://www.chamber.lv/en>

➤ LITUANIA

- ❑ Vilnius Tribunal de arbitraje comercial (VCCA) <http://www.arbitrazas.lt/>
- ❑ Lithuanian Court of Arbitration <http://www.arbitrazoteismas.lt/en/about-lithuanian-court-of-arbitration>

➤ LUXEMBURGO

- ❑ Centre d'Arbitrage de la Chambre de Commerce du Grand-Duché de Luxembourg (CC) <http://www.cc.lu/>

➤ MALTA

- ❑ The Malta Arbitration Centre <http://www.mac.com.mt/>
- ❑ Malta Mediation Centre- (MJCL) <https://mjcl.gov.mt/>

➤ POLONIA

- ❑ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Polaco - "Tribunal Económico Arbitrażowy przy Krajowej Izbie" (SAKIG) <http://www.sakig.pl/>

➤ PORTUGAL

- ❑ Centro de Arbitragem da Camara de Comercio e Industria Portuguesa <http://www.acl.org.pt>

➤ REINO UNIDO

- ❑ Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) <http://www.cedr.com>
- ❑ JAMS International (London) <https://www.jamsadr.com>
- ❑ London Court of International Arbitration (LCIA) <http://www.lcia.org>
- ❑ The Scottish Arbitration Centre <http://www.scottisharbitrationcentre.org/>

- ❑ Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL) www.arbitration.qmul.ac.uk
- REPÚBLICA CHECA
 - ❑ Corte de Arbitraje de la Cámara Económica de la República Checa <http://en.soud.cz/>
- REPÚBLICA ESLOVACA
 - ❑ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Eslovaquia <http://www.scci.sk/>
- RUMANÍA
 - ❑ Asociación de Mediadores de Bucarest (Asociația Mediatorilor București) <mailto:asociatia@mediatoribucuresti.ro>
 - ❑ Constanta Mediation Centre (Centrul de Mediere Constanta) (Rumania) <http://www.mediere-constant.ro/>
 - ❑ Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional dependiente de la Cámara de Comercio de Industria de Rumania (CICA) <http://ccir.ro/en/>
- SUECIA
 - ❑ Cámara de Comercio de Estocolmo <https://www.chamber.se/>
 - ❑ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) <http://www.sccinstitute.com/>
 - ❑ Cámara de Comercio e Industria de Suecia Occidental <https://www.vastsvenskahandelskammaren.se/Start/>
- SWITZERLAND
 - ❑ Swiss Chambers' Arbitration Institution <http://www.swissarbitration.org>

➤ EEUU

- ❑ American Arbitration Association, (AAA) <https://www.adr.org>
- ❑ American Bar Association (ABA) www.americanbar.org/
- ❑ American Society of International Law/ Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional <https://www.asil.org>
- ❑ Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos/Centro Internacional para la Resolución de Disputas <https://www.icdr.org>
- ❑ Federación Interamericana de Abogados (FIA) www.iaba.org
- ❑ International Center for Dispute Resolution (ICDR).<https://www.icdr.org>
- ❑ Miami International Arbitration Society (MIAS) <https://www.miamiinternationalarbitration.com>
- ❑ New York International Arbitration Center (NYIAC) <https://nyiac.org/>

➤ ASIA Y PACIFICO**➤ AUSTRALIA**

- ❑ Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) <https://acica.org.au/>
- ❑ Institute of Arbitrators and Mediators Australia <http://www.iama.org.au/>

➤ CHINA

- ❑ Beijing Arbitration Commission/Beijing International Arbitration Center (BAC/BIAC) www.bjac.org.cn/english
- ❑ China Society of Private International Law (CSPIL)
- ❑ Comisión de Arbitraje Internacional Económico y Comercial de China (CIETAC) China International Economic and Trade Arbitration Comisión <http://www.cietac.org/>

- ❑ Commercial Arbitration Centre, Hong Kong Mediation Centre (HKMC), www.mediationcentre.org.hk/.../MediationandArbitrationMechani...
- ❑ Hong Kong Mediation Council. <http://hkiac.org/mediation/what-is-mediation/hong-kong-mediation-council>
- ❑ Hong Kong, Centro de Arbitraje internacional (Hong Kong Internacional Arbitration Centre) <http://www.hkiac.org/>
- JAPÓN
 - ❑ Japan Commercial Arbitration Association (JCAA) <http://www.jcaa.or.jp/e/index.html>
- INDONESIA
 - ❑ Indonesia Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) <http://www.baniarbitration.org/ina/procedures.php>
- MALASIA
 - ❑ Malasia, Bar Council, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA) <http://klrca.org/>
- NUEVA ZELANDA
 - ❑ Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ) <https://www.aminz.org.nz/>
- SINGAPUR
 - ❑ Singapur Centro Internacional de Arbitraje (SIAC) <http://www.siac.org.sg/>
- SRI LANKA
 - ❑ Colombo International Arbitration Center (CIAC) <https://www.newtonarbitration.com/Arbitration/colombo-international-arbitration-center-ciac/>

➤ SRI LANKA

- ❑ National Arbitration Centre (SLNAC) <http://slnarbcentre.com/>
- ❑ Institute for the Development of Commercial Law and Practice (ICLP)(Sri Lanka) <http://www.iclparbitrationcentre.com/>

➤ **LATINOAMÉRICA**

- ❑ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) <http://www.camaralima.org.pe>
- ❑ Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/>
- ❑ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de Bolivia (CAC) <http://www.arbitraje.bo/index.php?mc=19>
- ❑ Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA) <http://camara-comercio.com/sobre-el-cca>
- ❑ Consejo de Arbitraje de la Industria de la Construcción www.caic.com.mx
- ❑ Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) www.ciac-iacac.org

3. PÁGINAS WEB DE REFERENCIA

- ❑ American Arbitration Association <https://www.adr.org>
- ❑ Aryme
- ❑ Asociación Europea de Arbitraje <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org>
- ❑ Cámara de Comercio Internacional (www.iccwbo.org)
- ❑ Chartered Institute of Arbitrators www.ciarb.org/

- ❑ Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (www.uncitral.org)
- ❑ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) www.uncitral.org/uncitral/es
- ❑ Comisión Europea <http://ec.europa.eu>
- ❑ Consejo de Europa Council of Europe - European Commission for the Efficiency of Justice:
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp
- ❑ Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) www.cciag.com/
- ❑ European E-justice- Mediation:
https://e-justice.europa.eu/content_mediation-62-en.do
- ❑ European Judicial Civil Atlas in Civil Matters:
[http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/me_informati
on_en](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/me_informati
on_en)
- ❑ European Mediation Network Initiative:
<http://www.mediationeurope.net/>
- ❑ Fédération des Barreaux d'Europe, 2016
www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Mediation_ES-7.pdf
- ❑ Hague Conference on Private International Law - The World Organisation for Crossborder Co-operation in Civil and Commercial Matters:
http://www.hcch.net/index_en.php?act=home.splash
- ❑ Institute for Mediation and Conflict Resolution (IMCR). www.imcr.org/
- ❑ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)
- ❑ International Academy of Mediators (IAM) www.iamed.org/

- ❑ International Bar Association/ Asociación Internacional de Abogados
<http://www.ibanet.org/A>
- ❑ International Commercial Arbitration Moot (MAA)
- ❑ International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce (ICC/CCI). <https://iccwbo.org/>
- ❑ International Mediation Institute, Jerusalem Arbitration Center (JAC)
www.iccisrael.co.il/the-jac.htm
- ❑ Internet Bar association (IBA) www.ibanet.org
- ❑ Mediación del ICAV <http://www.mediacion.icav.es>
- ❑ Naciones Unidas <http://www.un.org>
- ❑ The Court of Arbitration for Sport <http://www.tas-cas.org/>
- ❑ WIPO Arbitration and Mediation Center <http://www.wipo.int/amc>
- ❑ Wolters Kluwer Mediation Blog: <http://kluwermediationblog.com/>