

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN CONFLICTOS TRANSFRONTERIZOS EN ESPAÑA TRAS LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO*

THE LEGAL REGIME OF CIVIL AND COMMERCIAL CROSS-MEDIATION IN SPAIN AFTER THE ENACTMENT OF THE SPANISH MEDIATION ACT OF 6.7.2012

Carlos ESPLUGUES MOTA**

RESUMEN: El presente artículo analiza en profundidad la regulación que la Ley 5/2012, de 6-7, incorpora de la mediación transfronteriza, abordando diversos aspectos esenciales de ésta. La regulación del acuerdo de sometimiento a mediación, el papel de los mediadores, su formación y reconocimiento de su condición, la eventual ley aplicable al fondo del litigio o la eficacia alcanzada por el acuerdo concluido por las partes son, en este sentido, algunos de los aspectos clave estudiados. El análisis realizado pone de manifiesto el logro intrínseco que la Ley supone y su relevancia a la hora de fomentar el recurso a la institución en España, a la vez, que refleja la necesidad de que la Ley se aplique para resolver algunos de los interrogantes que hoy por hoy suscita.

Palabras clave: mediación, mediación transfronteriza, ADR, eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación extranjeros.

ABSTRACT: This article analyzes in depth the regulation set forth by the Act 5/2012, of 6-7 as regards cross-border mediation. The article addresses some essential issues of this institution. Thus, the regulation of the agreement to mediate; the role played by mediators, their training and the recognition of their status; the law applicable to the merits of the dispute or the foreign recognition of any agreement reached between the parties after a mediation procedure are some of the issues studied in this article. The analysis highlights the relevance of the Act 5/2012 in Spain for promoting the use of mediation in Spain. But at the same time it shows the need for the Act to be fully implemented in order to solve some of the questions and problems that it still raises.

Keywords: mediation, cross-border mediation, ADR, recognition and enforcement of foreign mediation agreements.

* Artículo recibido el 12 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 10 de octubre de 2012. El presente capítulo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación MEC-DER 2010-17126, “La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia española del siglo XXI” y del proyecto GV-Prometeo/2010/095, “Mediación y arbitraje: piezas esenciales en el modelo de justicia del siglo XXI”.

** Master of Laws (LLM, Harvard), Master Science (MSc, Edinburgh). Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Valencia, España.

SUMARIO: I. *Integración europea y litigiosidad transfronteriza.* II. *El régimen jurídico español sobre la mediación transfronteriza tras la transposición de la Directiva 2008/52/CE.* III. *A modo de valoración.*

I. INTEGRACIÓN EUROPEA Y LITIGIOSIDAD TRANSFRONTERIZA

La Unión Europea (UE) ha consolidado con el paso de los años un mercado interior integrado carente de fronteras interiores y en el que circulan en libertad mercancías, personas, servicios y capitales.¹ Consecuencia lógica de esta realidad ha sido la constitución, en el seno de la Unión, de un espacio de libertad, seguridad y justicia articulado sobre el “*respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros*”.² Dentro de la pluralidad de objetivos de naturaleza diversa que conlleva la consolidación de este espacio europeo, presenta una especial relevancia el aseguramiento de la tutela judicial efectiva a todas las personas que se encuentren en Europa.³

De forma muy significativa, el éxito de la Unión y la correlativa consolidación del mercado interior han puesto bajo presión a algunos de los más trascendentes objetivos y consecuencias que conlleva el logro de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. En concreto, la creación de un mercado único sin fronteras interiores en Europa conduce directamente a un incremento incesante de los movimientos y de las transacciones intracomunitarias de todo tipo en el seno de la Unión y, como reflejo directo de ello, a un aumento constante de la litigiosidad, crecientemente transfronteriza, surgida a su amparo.⁴ Todo apunta, además, a que esta

¹ Artículo 26.2 TFUE.

² Artículo 67.1 TFUE.

³ Artículo 67.4 TFUE, artículo 60. del Convenio de Roma de 1950 y artículo 47 Carta de los DD.FF. de la UE. Un principio que, además, ha sido elevado desde antiguo a la condición de “Principio general del derecho comunitario” (STJUE de 15.5.1986, en el asunto 222/84, *Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Rec.*, 1986, p. 1651).

⁴ Las cifras que reflejan las estadísticas del Consejo de Europa son tan espectaculares como alarmantes. Al incremento constante de supuestos, lamentablemente no aparecen diferenciados los de carácter doméstico y los de naturaleza transfronteriza, se une un aumento generalizado de la inversión anual en justicia realizada por los distintos países. Nótese en tal sentido, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *European Judicial Systems. Edition 2010 (data 2008): Efficiency and quality of justice*, 2010, p. 302, Table 6, disponible en <https://wcd.coe.int/com.intranet.IntraServlet?command=com.intranet.CmdBlobG>

tendencia lejos de remitir irá incrementándose en los próximos años, según se vaya profundizando en el proceso iniciado.

El aumento de la litigiosidad transfronteriza crea importantes problemas tanto, en concreto, para los justiciables como, en abstracto, para los diversos sistemas de justicia de los Estados miembro de la Unión. Desde el punto de vista de los primeros, el incremento absoluto del número de supuestos con elementos de extranjería conlleva directamente un aumento de la complejidad de los asuntos planteados y un incremento exponencial del tiempo y de los costos que estos suponen para ellos, y que en ocasiones devienen auténticamente inasumibles.⁵ Ello cuenta con una incidencia directa, y muy negativa, sobre la viabilidad práctica del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por su parte, desde la perspectiva de los modelos jurídicos estatales, las controversias transfronterizas aparecen dotadas de una especial complejidad en su sustancia y en su gestión, exigiendo además una dedicación extra por parte de todos los operadores jurídicos involucrados en su resolución. Al verse confrontadas con ella, los tribunales y jueces, que sufren una habitual sobrecarga de trabajo, han de hacer frente a situaciones que presentan un grado adicional de complejidad y en las que se suscitan cuestiones de verificación de la jurisdicción competente y de determinación del derecho aplicable, de su prueba y eventual aplicación,⁶ amén de plantearse su posible eficacia extraterritorial. Esta especial complejidad exige una mayor dedicación temporal a los operadores jurídicos involucrados, genera un grado adicional de presión para los jueces, amén de incrementar los gastos para las partes y colocar al sistema en su conjunto bajo una presión adicional.⁷ Si a todo ello le unimos que el aumento incesante del comercio y de la actividad económica en el seno del mercado interior lle-

et&IntranetImage=1694098&SecMode=1&DocId=1653000&Usage=2 (consultada el 25 de junio de 2012).

⁵ Algo que ya era manifiesto en 2002. Al respecto véase Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, COM (2002) 196 final, Bruselas, 19.4, núm. 5 2002, p. 7, disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf (consultada el 9 de julio de 2012).

⁶ *Ibidem*, núm. 6, p. 8.

⁷ Palo, G. de et al., *Quantifying the Cost of Not using Mediation – A Data Analysis*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs, 2010, p. 3, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/>

va a que capas de la población que tradicionalmente han permanecido ajena a esta realidad se vean ahora activamente involucradas en ella, y que esto se traduce en un incremento exponencial de la litigiosidad transnacional, tendremos una imagen tan clara como poco satisfactoria de la situación que confrontamos, y de los problemas de fondo que en la misma subsisten.

La complejidad intrínseca que lleva aparejada este tipo de conflictividad encuentra, además, en estos momentos unas peculiaridades propias motivadas por la situación económica que están padeciendo gran parte de los Estados miembro de la Unión, y que comportan la limitación en la inversión en el sistema de justicia por parte de éstos.

La combinación de todo lo dicho hasta el momento genera en los ciudadanos una creciente dificultad para ejercitar con plenitud su derecho a la tutela judicial efectiva en el seno de la Unión,⁸ especialmente cuando de litigios transfronterizos se trata. En estos supuestos, la presencia de elementos de internacionalidad en las controversias planteadas⁹ da lugar a una situación extremadamente compleja que en demasiadas ocasiones resulta difícilmente manejable, tanto por los propios interesados como por el Estado. Las cifras de nuevos litigios anuales son enormes y rampantes, y el contraste entre el número anual de casos resueltos y pendientes también resulta llamativo.¹⁰ Y estos números, a su vez, adquieren una nueva y

activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf (consultada el 9 de julio de 2012).

⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, *op. cit.*, núm. 6, p. 8.

⁹ A esta —de por sí— compleja situación se unen, a su vez, dos datos exógenos que no hacen sino agudizar la anterior aseveración. Por un lado, la cantidad, complejidad y en muchas ocasiones, el carácter abstruso de la normativa aplicable por el operador jurídico, normativa de naturaleza y origen diverso, que no hace sino crecer de forma geométrica en los últimos tiempos. Y, por otro, en el caso específico de la litigiosidad transfronteriza, la ausencia en el seno de la UE de normas comunes en materia de determinación del contenido y vigencia del derecho extranjero. Al respecto, véase Esplugues Mota, C., “The Long Road towards a Common Rule on the Application of Foreign Law by Judicial Authorities in Europe”, *ZZP Int.*, 2009, pp. 202 y ss.

¹⁰ En el caso de España, en 2010, se habla de 1'984,098 nuevos asuntos en el orden civil, con un número de asuntos resueltos que asciende a 1'901,040. Aun existiendo un desfase de 83,000 casos, 2010 es considerado por el propio CGPJ como una año especialmente positivo en el que se incrementó en 8.9%. A pesar de ello, 2010 concluyó con un aumento de 4.1% en el número de asuntos pendientes que a finales de dicho año ascendían a la cantidad de 1'384,742. Información disponible en CGPJ, *La justicia dato a*

aún más dramática dimensión, si los cotejamos con al menos dos factores adicionales: en primer lugar, con el volumen de inversión realizado en el ámbito de la justicia por parte de los Estados Miembro de la Unión y, en segundo, con el costo y duración media de los procesos judiciales en el ámbito civil en Europa.¹¹

Todas estas dificultades y problemas son conocidos y asumidos por la propia Unión, y si bien no puede hablarse de que constituyan la razón última del fomento de los mecanismos de ADR en el viejo continente, no cabe duda de que se encuentran entre los motivos que lo justifican, motivan y jalean. Máxime si tenemos en cuenta que los enormes volúmenes de litigiosidad suscitada ante los tribunales estatales, que no han hecho sino crecer en los Estados Miembros de la Unión Europea en los últimos años hasta niveles prácticamente insopportables para los Estados y para los propios ciudadanos, contrastan con el uso ridículo de los mecanismos de ADR por parte de estos últimos.¹² Se habla, así, de que tan sólo entre 0.5 y 2% de todos los litigios surgidos en Europa son remitidos a mediación en los litigios mercantiles y de que esta cantidad se reduce al 0.05% cuando se trata de litigación transfronteriza. De hecho, se afirma que una cuarta parte de las disputas surgidas en la Unión Europea en el marco de la normal actividad comercial y empresarial queda sin resolver. En otras palabras, ante las dificultades y costes que una acción transfronteriza

dato 2010. *Estadística judicial*, p. 46, disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadística_Judicial/Análisis_estadístico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato_anio_2010 (consultada el 8 de julio de 2012).

¹¹ Al respecto, nótese, ADR CENTRE: *The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation*, Rome, 2010, p. 47, disponible en www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Survey_Data_Report.pdf (consultada el 10. de julio de 2012).

¹² España resulta especialmente sintomática al respecto. Los 1.901.040 nuevos asuntos suscitados en el orden civil en 2010 contrastan con las 769 mediaciones y los 208 arbitrajes que se reputan para todo el país. CGPJ: *La justicia dato a dato 2010...*, cit., p. 76. Incluso si aceptamos que estas cifras pueden estar desenfocadas y nos centramos en la realidad del arbitraje de consumo, con diferencia el modelo arbitral más extendido en España, la memoria del INC de 2007, última disponible, habla de 61.759 solicitudes de arbitraje en todo el sistema nacional. Una cantidad respectable pero bien lejos de las cifras manejadas al referir a la litigiosidad suscitada ante los tribunales estatales.

comporta, el potencial actor prefiere no hacer nada antes que acudir a los tribunales estatales.¹³

En este complicadísimo escenario, el recurso a mecanismos de ADR cuenta con una enorme potencialidad para todos los involucrados. Por un lado, a los justiciables estos instrumentos les aseguran un elevado nivel de satisfacción de su derecho al acceso efectivo a la justicia. Los mecanismos ADR les ofrecen vías efectivas de resolver sus litigios, asegurándoles una reducción drástica de los tiempos y costes de litigación.¹⁴ En suma, les pueden aportar una solución “económica y rápida” para sus litigios civiles y mercantiles de carácter tanto transfronterizo como puramente interno, a través de procedimientos plenamente “adaptados a las necesidades de las partes”.¹⁵ En el caso específico de la mediación se les ofrece un sistema con un nivel de efectividad más elevado que el de los tribunales estatales en tanto en cuanto la propia naturaleza de la institución, articulada sobre la concurrencia activa de la voluntad de las partes, asegura un mayor nivel de cumplimiento voluntario de los acuerdos alcanzados por ellas,

¹³ Véase Tilman, V., *Lessons learnt from the implementation of the EU Mediation Directive: the business perspective*, Bruselas, European Parliament-Directorate General for Internal Policies. Policy Department: Citizen's Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2011, pp. 4 y 5, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19584/20110518ATT19584EN.pdf> (consultada el 10 de agosto de 2012); véase Palo, G. de *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴ Las cifras existentes son bien claras en este punto, al menos en lo referente a la mediación. Un porcentaje de 75% de éxito de una eventual mediación a desarrollar en Bélgica puede evitar a las partes 330 días de litigio y hasta 5.000€ por asunto. Más aún, y debido a las peculiaridades propias de cada país, el mismo porcentaje de éxito en Italia puede evitar a las partes 860 días de litigio y reducir sus costes de litigio en una cifra que ronda los 7.000€ por asunto. Todo ello considerando que los costes medios de un litigio civil en la Unión Europea asciende a 10.449€ mientras que el coste medio de una mediación en el viejo continente sobre ese mismo litigio no supera los 2.497€, prácticamente, una cuarta parte del anterior. Véase. Palo, G. de *et al.*, *op. cit.*, p. 4. Sobre la reducción de costes, considérense, entre otros, Ansfiel, B., “The Cost Implications for Refusing to Avail of ADR in Civil Litigation in the Superior Courts”, *Commercial Law Practitioner*, enero de 2011, pp. 8 y ss.; Thornberg, E., “Reaping what we sow: anti-litigation rhetoric, limited budgets, and declining support for civil courts”, *C. J. Q.*, 2011, pp. 74 y ss.; Quinn, M. y White, N., “Mediation-the answer to legal costs critics?”, *G. L. S. I.*, núm. 4, 2011, pp. 20 y 21; Hunter, C., “Editorial Funding and Costs - is there a Way Forward?”, *J. H. L.*, núm. 4, 2011, pp. 75 y ss.; Smith, R., “More fees, Less Justice”, *L. S. G.*, núm. 24, 2011, pp. 8 y ss.; Kratsch, S., “The Financial Crisis: Arbitration as a Viable option for European Financial Institutions”, *Arbitration*, núm. 4, 2010, pp. 680 y ss.

¹⁵ Directiva 2008/52/EC de 21de mayo de 2008, considerando 6.

amén de preservar “*una relación amistosa y viable entre las partes*”.¹⁶ Todos estos beneficios, que resultan manifiestos cuando se trata de disputas puramente internas, “*son aún más perceptibles en situaciones que presenten elementos transfronterizos*”,¹⁷ atendida la varias veces reiterada complejidad que les acompaña.

Por su parte, desde la perspectiva del modelo, los mecanismos de ADR alivian la presión sobre un sistema judicial estatal “*over-crowded*”,¹⁸ favoreciendo la eficiencia del sistema en su conjunto a la hora de resolver las disputas planteadas por los ciudadanos.¹⁹

La Unión es consciente de toda la situación pergeñada hasta el momento y en consecuencia es muy favorable al fomento del recurso a los mecanismos de ADR en su territorio.²⁰ Esta apuesta se ve plenamente refrendada por el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,²¹ que explícitamente afirma que:

1. 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*.

Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Palo, G. de *et al.*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹ Véase “The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank”, *Doing Business in a More Transparent World*, Washington, IBRD/WB, 2012, p. 56, disponible en <http://www.doingbusiness.org/~media/fpdkm/doing%20business/documents/annual-reports/english/db12-fullreport.pdf> (consultada el 6 de julio de 2012).

²⁰ En relación con los diversos instrumentos e instituciones englobables bajo la denominación global de ADR, véase Barona Vilar, S., “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en Cuéllar, N. y Hermida, A. (coords.), *Mediación: un método de solución de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, 2010, pp. 73 y ss.

²¹ Artículo único del capítulo 3 —“Cooperación judicial en materia civil”— del título V TFUE.

- el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y *extrajudiciales*, así como su ejecución;
- la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- la cooperación en la obtención de pruebas;
- una tutela judicial efectiva;
- la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios*;
- el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia...²²

En consonancia con los Principios adoptados en la Cumbre de Tampere en 1999,²³ el artículo 81.2.g) incluye un apoyo expreso a la promoción del recurso a los instrumentos ADR en el territorio de la Unión Europea.²⁴ La decisión alcanzada resulta objetivamente relevante por el propio

²² Cursivas nuestras. Nótese, además, que el pfo. 3 de este artículo precisa que: “*3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.*

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo...”.

²³ Véase las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) núm. 30: “30. El Consejo Europeo invita al Consejo a que, a partir de propuestas de la Comisión, instaure normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión, así como normas especiales de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía, así como a demandas de pensión alimenticia y a reclamaciones sin oposición. Los Estados miembros deberían instaurar asimismo procedimientos extrajudiciales alternativos”, disponible en *at http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm* (consultada el 29 de junio de 2012).

²⁴ La promulgación de una “Directiva sobre Resolución Alternativa de Conflictos (ADR)-mediación” se encontraba prevista para el año 2006 por el núm. 4.3 de la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo-Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia* (COM/2005/0184 final, referido en el *Diario Oficial* C 236, de 24 de septiembre

hecho de dejar constancia expresa en el seno de los Tratados Europeos de la realidad de las ADR y, por ende, de su utilidad como medio para resolver las disputas surgidas entre los ciudadanos en Europa. Con esta mención, el TFUE consolida la opción de las ADR como una vía disponible para los ciudadanos. Una vía realista, accesible, habitual y “de primera clase”²⁵ para hacer frente a los problemas surgidos en el tráfico privado, tanto interno como transfronterizo, en el seno del Mercado interior. Con ella, además, da un paso adelante en la reformulación del principio básico de derecho al acceso a la justicia, en el sentido de abarcar tanto la referencia tradicional al acceso a los tribunales estatales, como a los mecanismos de resolución ADR en el territorio de la Unión.²⁶

A pesar de todos los beneficios reputables a los mecanismos ADR y, en concreto a la institución de la mediación, la realidad se empieza en mostrar unas cifras de utilización de ésta realmente bajos en Europa. De ahí que la Unión se fije como objetivo imprescindible la promoción de su práctica y la consecución de su consolidación como una alternativa real a la justicia estatal. El logro de estos objetivos requiere tanto el diseño de un marco regulatorio uniforme y común que facilite un nivel suficiente de previsibilidad y seguridad jurídicas a las partes, como el desarrollo de un conjunto amplio y decidido de medidas de publicidad e información

de 2005) disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:ES:HTML> (consultada el 29 de junio de 2012). Como continuación de aquel, el “Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” (*Diario Oficial* C 115, de 4 de mayo de 2010), núms. 2.3.2 (“Por lo que respecta al secuestro interparental, además de aplicar efectivamente los instrumentos jurídicos en vigor en este ámbito, debería estudiarse la posibilidad de recurrir a la mediación familiar en el nivel internacional, sin dejar de tener en cuenta las buenas prácticas de los Estados miembros. La Unión debería seguir desarrollando mecanismos de alerta relativos al secuestro criminal de niños, fomentando la cooperación entre las autoridades nacionales y la compatibilidad de los sistemas”) y 3.4.1 (“El acceso a la justicia en el espacio judicial europeo debe hacerse más fácil, en particular en los procedimientos transfronterizos. Al mismo tiempo, deben seguir mejorándose los métodos alternativos de resolución de conflictos, concretamente en la legislación sobre consumo. Es necesario actuar para ayudar a los ciudadanos a superar las barreras lingüísticas que obstruyen el acceso a la justicia...”).

²⁵ El Considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE incide en esta idea de justicia de primera y segunda clase. En tal sentido, y refiriéndose expresamente a la mediación, señala que ésta “no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes...”.

²⁶ Véase Barona Vilar, S., “De como la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela del ciudadano”, *Libro homenaje al prof. Dr. Juan Montero Aroca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 (en prensa).

favorecedoras del recurso a la mediación por parte de los ciudadanos europeos. La promulgación de la Directiva 2008/52/CE de 21.5.2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles constituye, y debe verse como, un paso decisivo en esta dirección.²⁷

La Directiva, que vincula a todos los Estados miembro de la Unión con la excepción de Dinamarca,²⁸ debía ser traspuesta en los diversos Estados miembros no más tarde del 21.5.2011, a pesar de lo cual a fecha de hoy todavía existen algunos países que no han procedido a ello.²⁹ En España, la transposición ha tenido lugar a través de la Ley 5/2012, de 6.7., de mediación en asuntos civiles y mercantiles,³⁰ que deroga³¹ el R.D-L. 5/2012, de 5.3, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.³²

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL SOBRE LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA TRAS LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE

La Directiva 2008/52/CE articula una “legislación marco”³³ común en relación con la mediación civil y mercantil de carácter transfronterizo en Europa.³⁴ Como ya se ha apuntado, su promulgación constituye en sí

²⁷ Véase Palao Moreno, G., “La mediación y su codificación en Europa: aspectos de derecho internacional privado”, *Libro homenaje al prof. Dr. Juan Montero Aroca, cit.*; Nolan-Haley, J. M., “Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation”, *Proceedings of the Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, (en prensa, publicación prevista en 2012), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1942391>, pp. 2-5 (consultada el 28 de junio de 2012).

²⁸ Que permanece fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Véase artículo 1.3 y Considerando 30.

²⁹ Con fecha 24 de noviembre de 2011, la Comisión inició actuaciones formales contra seis Estados miembro de la Unión por ausencia de transposición de la Directiva (Chipre, Chequia, España, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos). Al respecto, véase <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1432&type=HTML> (consultada el 31 de mayo de 2012). De estos países, al menos Francia y España han cumplido en el primer trimestre de 2012 con su obligación de transposición.

³⁰ BOE de 7.7.2012.

³¹ Atendido el tenor de su disposición derogatoria.

³² Boletín Oficial del Estado de 6 de marzo de 2012.

³³ Directiva 2008/52/EC de 21 de mayo de 2008, Considerando 7.

³⁴ Véase Verougastrae, I., *Lessons Learned From Implementation of the Mediation Directive The Judge's Point of View*, Bruselas, European Parliament-Directorate General for Inter-

misma un paso muy positivo en el camino del fomento del recurso a los mecanismos de ADR en Europa. Sin embargo, por su propia condición de Directiva, el texto de 2008 exige una transposición por parte de los distintos Estados miembro de la Unión³⁵ y éste es, precisamente, uno de los primeros problemas que puede plantear con vistas al logro de sus objetivos últimos. La transposición de un marco legal tan genérico como el que recoge la Directiva otorga a los legisladores estatales un amplio margen de maniobra y puede conllevar, en última instancia, la persistencia de diferencias, de mayor o menor calado, en los distintos sistemas jurídicos europeos que pueden acabar afectando tanto a la realidad de la puesta en práctica del texto de la Directiva, como a la consecución del objetivo último de fomento de la institución en el territorio de la Unión.

Estos problemas, además, se hacen especialmente manifiestos cuando se trata de hacer frente a litigios de carácter transfronterizo. En concreto, y centrándonos en la lectura conjunta de la Directiva 2008/52/CE y de la Ley 5/2012, de 6.7, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, diversas cuestiones surgen desde el punto de vista estricto de su aplicación a este tipo de conflictos. Con independencia de que la raquítica práctica existente en el viejo continente en relación con las mediaciones transfronterizas no permite avanzar con claridad cuales sean los puntos de fricción futura que puedan existir en la práctica del modelo, sí pueden aventurarse ciertos ámbitos de debate, algunos de los cuales resultan especialmente importantes a la hora de asegurar el correcto funcionamiento del marco normativo diseñado por la Directiva para la mediación transfronteriza y son capaces de hecho, y como hemos avanzado, de afectar a su práctica y a la plena consecución de sus objetivos.

En tal sentido, y una vez realizada la descripción de qué se entienda por mediación transfronteriza, se detectan potenciales fricciones en relación con la naturaleza del acuerdo de mediación y con las relaciones generadas entre las partes y entre éstas y el mediador como consecuencia del mismo. A su vez, otra área de posible conflictividad se centra en la figura del mediador, de su formación y de los requisitos requeridos para su actuación dentro y fuera de un concreto país. A ello se añade, lógicamente,

nal Policies. Policy Department: Citizen's Rights and Constitutional Affairs. Legal Affairs, 2011, pp. 10 y ss.

³⁵ Considérese el artículo 12.

te, la cuestión de la determinación de la ley reguladora de la mediación y del acuerdo concluido al amparo de ella y, como corolario de todo lo anterior, la problemática del aseguramiento de su eficacia extraterritorial. En las próximas páginas abordaremos todos y cada uno de estos sectores y lo haremos desde la doble perspectiva de la Directiva 2008/52/CE y de la Ley 5/2012.

1. La noción de mediación transfronteriza

Centrándonos en el significado de “litigio transfronterizo”, la Directiva se aplica a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo³⁶ buscan alcanzar de manera voluntaria y por sí mismas un acuerdo amistoso para la resolución de su litigio, con la ayuda de un mediador.³⁷ Qué se entiende en concreto por “conflicto transfronterizo” viene concretado en el artículo 2.1 de la Directiva 2008/52/CE donde se señala que bajo tal denominación se incluye a:

aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:

- a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o
- b) un tribunal dicte la mediación,
- c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o
- d) a efectos del artículo 50., se remita una invitación a las partes.

La presencia física de las partes en dos Estados miembro diferentes y no las circunstancias que rodean al litigio se convierte, de acuerdo con la Directiva, en el dato determinante a efectos de verificar la condición transnacional que acompaña a un conflicto o su naturaleza puramente interna. La presencia de las partes en conflicto en Estados miembros distintos pone en valor a las nociones de “residencia habitual” y “domicilio”, criterios utilizados para especificar dicha vinculación. La naturaleza de ambas nociones difiere y ello afecta directamente a la forma de proceder a su verificación práctica. De esta suerte, mientras que la noción de re-

³⁶ Artículo 1.2.

³⁷ Directiva 2008/52/EC de 21.5.2008, considerando 10.

sidencia habitual es puramente fáctica, la idea de domicilio es jurídica y su entendimiento y significado puede variar de país a país en el marco de la Unión Europea. En tal sentido, y siguiendo lo que es habitual en otros textos normativos de la Unión, la Directiva precisa en su artículo 2.3 que la concreción del domicilio de las partes a efectos de la Directiva se realizará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento Bruselas I³⁸ que incorpora respuestas uniformes a esta cuestión.³⁹ La normativa española sobre mediación de 2012 incorpora la noción de litigio transfronterizo en su artículo 3.1. Curiosamente estamos ante un precepto que no coincide plenamente con lo dispuesto en la Directiva, en la medida en que las cuatro opciones presentes en ésta se ven matizadas en la solución recogida en la Ley:

Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado de domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto

Cuatro son los cambios más notables que incorpora el precepto de la Ley frente a la solución prevista en la Directiva:

1) Por un lado, y de forma absolutamente lógica, se elimina la referencia a “Estado miembro” presente en el texto europeo. La Ley regula la mediación interna y la transfronteriza sin limitarse a los conflictos de carácter intraeuropeo. Consecuentemente habla de dos Estados distintos sin más, independientemente de su condición de Estado miembro de la Unión.

De hecho, para esta última categoría, esto es la de “los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la

³⁸ *Diario Oficial L* 12, de 16 de enero de 2001.

³⁹ Véase Iglesias Buhigues, J. L., “La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen institucional”, en Esplugues Mota, C. e Iglesias Buhigues, J. L., *Derecho internacional privado*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 96 y 97.

Unión Europea” —hubiera sido técnicamente más correcto hablar de que “se hallen”, o “se encuentren” en lugar de hacer converger residencia y domicilio, por mucho que el artículo 40 Cc así lo haga también—, el artículo 3.2 de la Ley reproduce el mandato previsto en la Directiva de referir la determinación del domicilio a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22.12.2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

2) Junto a ello, en segundo lugar, se incorpora una referencia global a la decisión de las partes de hacer uso de la mediación —“*acuerden hacer uso de la mediación*” dice el precepto—, desvinculándolo del momento concreto en que se inicia el litigio, del momento en que se produce la remisión a la mediación que eventualmente pueda realizar un tribunal o en que se formula la invitación a someterse a mediación, instantes todos ellos a los que refiere de forma explícita el artículo 2.1 de la Directiva.

Si bien la opción realizada puede entenderse como inocua suscita directamente la cuestión de fondo de conocer la fecha exacta “que ha de tenerse en cuenta para determinar si un litigio que las partes intentan resolver por mediación reviste o no carácter transfronterizo”,⁴⁰ un dato, éste, en el que la Directiva hace hincapié de forma expresa, buscando con ella ofrecer la máxima “seguridad jurídica”.⁴¹ De esta suerte, del sentido exacto que se atribuya a la expresión “*acuerden hacer uso de la mediación*” presente en el artículo 3.1 de la Ley de junio de 2012 dependerá considerar que la exigencia de concreción temporal recogida en la Directiva se ha visto satisfecha o no.

(A) Entonces, si la decisión se reputa de forma genérica al momento en que se concluye el “acuerdo por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir” al que hace mención el artículo 6o. de la Ley, podemos encontrarnos con problemas a la hora entender satisfecho el estándar fijado por la Directiva, que exige saber la fecha exacta que debe tenerse en cuenta para saber si un litigio es interno o transnacional y, por ende, si la mediación que va a comenzar cuenta con una u otra naturaleza. Y ello por mucho que la

⁴⁰ Directiva 2008/52/EC de 21.5.2008, Considerando 15.

⁴¹ *Idem*.

Ley 5/2012 se reputa de todos los litigios transfronterizos, y no solo de los intracomunitarios.

(B) Al contrario, si la mención al uso de la mediación queda referida al momento en que efectivamente se inicia la mediación —posición lógica pero que no se desprende con claridad del tenor de la norma— al amparo de la normativa sobre mediación española, quedará salvada esa exigencia de concreción temporal a efectos de verificar si estamos ante una mediación interna o transfronteriza.

Como decimos, la necesaria certeza legal y la previsibilidad de los resultados a alcanzar en la mediación que se pretende iniciar exigen a las partes tener clara la fecha relevante a efectos de determinar si la disputa que quieren resolver a través del recurso a la mediación va a considerarse como transnacional o cuenta, sin embargo, con la condición de nacional. La voluntad de no generar controversia alguna en relación con este punto lleva a la propia Directiva a afirmar que en aquellos supuestos de ausencia de un acuerdo escrito entre las partes para remitir sus disputas a mediación, “debe considerarse que las partes convienen en recurrir a la mediación en la fecha en que toman medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación”.⁴² Una regla clara y taxativa que contrasta con la solución prevista en el artículo 3º. de la Ley de mediación y obvia los problemas de interpretación a que ésta puede conducir. La ambigua referencia a “hacer uso de la mediación” prevista en la Ley se torna aquí en tomar “medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación”.

3) En tercer lugar, y vinculado también al punto anterior, el artículo 3.1 *in fine* reputa la concreción del carácter interno o transnacional de la mediación a “cuando... sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable”. De nuevo se incorpora un cambio, aparentemente de matiz, respecto de lo dicho en la Directiva, que puede dar lugar a problemas de interpretación. La Directiva reputa la obligatoriedad a lo previsto en la ley nacional mientras que la Ley incluye una fórmula genérica a “la ley que resulte aplicable”, sin especificar a qué resulta aplicable esta ley, ni de qué ley en concreto se trata; si la ley española o una extranjera.

4) Por último, y frente a lo que recogía el RDL 5/2012, la Ley 5/2012 incluye ahora un cuarto supuesto de consideración de una mediación

⁴² *Idem.*

como transfronteriza atendiendo a la vocación que acompaña al acuerdo alcanzado de ser ejecutado fuera de nuestras fronteras. En concreto señala que tanto los conflictos previstos o resueltos por un acuerdo de mediación, independientemente del lugar en que se haya realizado, tendrán la condición de transfronterizos cuando “como consecuencia del traslado del domicilio de algunas de las partes” bien el pacto o algunas de las consecuencias derivadas del mismo —sin que se sepa muy bien que quiere esto decir— “se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”.

La solución alcanzada, fruto de una enmienda presentada por el Grupo de UPyD⁴³ y que tiene como justificación la voluntad de incardinarse en el texto la previsión recogida en el artículo 2.2 de la Directiva,⁴⁴ genera un resultado extraño en la medida en que la solución incorporada se ve atribuida un carácter general —cuando la Directiva lo limita a las materias cubiertas en sus artículos 7o., confidencialidad, y 8o., incidencia sobre los plazos de caducidad y prescripción—, y se articula, además, sobre unas reglas de atribución de la condición de transnacionalidad un tanto diferentes a las que existen en la Directiva. El resultado final es una solución bienintencionada y no especialmente sofisticada que plantea dos problemas importantes. En primer lugar, y como regla general, no es la pretensión aparente de ejecutar una decisión o acuerdo, de forma inmediata o en un futuro, lo que le convierte en extranjero, sino el acto mismo de solicitar tal efectividad extraterritorial. Sólo en ese momento cabe hablar de una internacionalidad que hasta ese instante es meramente potencial. Junto a ello, en segundo lugar, y como complemento de lo anterior, al cambio de domicilio de una de las partes involucradas se le atribuye un carácter de presunción general de internacionalidad, incidiendo de nuevo en la mera potencialidad. La regla del artículo 2.2 de la Directiva cuenta con una clara voluntad de asegurar la confidencialidad y el respeto a las

⁴³ BOCG, Congreso de los Diputados, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, serie A (proyectos de Ley), núms. 6 y 7, de 24 de mayo de 2012, enmienda núm. 36, p. 39.

⁴⁴ El artículo 2.2 de la Directiva expande la noción de litigio transfronterizo al señalar que con independencia de lo dispuesto en el apartado 1 del precepto, en el que se concreta el significado atribuible a “transfronterizo”, a efectos de los artículos 7o. —“Confidencialidad de la mediación”— y 8o. —“Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción”— se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que, tras concluir la mediación, se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje entre las partes, en un Estado miembro distinto de aquel en que éstas se encuentren domiciliadas o residan habitualmente, en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) y c).

normas sobre limitación de caducidad y prescripción, algo que aparece desenfocado en la Ley 2012.

2. *El régimen jurídico del acuerdo de mediación transfronterizo en la Ley 5/2012*

La Directiva 2008/52/CE aporta una noción común de mediación directamente vinculada a la voluntad de las partes; así lo expresa su artículo 3(a)⁴⁵ y lo resalta, igualmente, su Considerando 13. Esta articulación de la mediación sobre el libre albedrío de las partes apoyaría la base contractual del acuerdo de sometimiento a mediación alcanzado por éstas, y ello con independencia del grado de exigibilidad que el mismo pueda recibir en las distintas legislaciones de mediación europeas.

En el caso concreto de España, la descripción que realiza el artículo 6o. del acuerdo de las partes de someter a mediación las disputas que existan entre ellas favorece de manera indubitable esta condición contractual: se habla así de un “*pacto* por escrito que exprese el *compromiso* de someter a mediación las controversias”.⁴⁶ Esta condición del acuerdo de someter una disputa a mediación como un negocio jurídico basado en la libre voluntad de las partes y, por lo tanto, dotado de un carácter contractual, se vería a su vez apoyada por el tenor del artículo 10.2.III de la Ley, referente al papel de las partes en la mediación, en el que con claridad se favorece su exigibilidad y se afirma que: “El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de éstas 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”.

Esta calificación contractual apoyaría la eventual aplicación de las soluciones previstas en el Reglamento “Roma I”⁴⁷ a los litigios que pudieran surgir en relación con la validez e interpretación del acuerdo de sometimiento a mediación en los supuestos de controversias con elementos de

⁴⁵ “...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”.

⁴⁶ Cursivas nuestras.

⁴⁷ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17.6.2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *Diario Oficial L* 177, de 4 de julio de 2008.

extranjería. El Reglamento “Roma I” excluye en su artículo 1.2.e) a “*los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente*” de su ámbito de aplicación, pero nada dice de los acuerdos de sometimiento a mediación, por lo que de partida su aplicación sería factible. Esta opción, además, se reputaría tanto de las mediaciones a desarrollarse fuera del proceso judicial como en el marco del mismo.

3. *Las relaciones generadas entre las partes entre sí, y entre éstas y el mediador y/o la institución de mediación, al amparo del acuerdo de someter sus disputas a mediación transfronteriza*

A. *Relaciones entre las partes*

A pesar del silencio que tanto la Directiva como la Ley mantienen en relación con la calificación del acuerdo de someter las eventuales disputas surgidas entre las partes a mediación, la dependencia directa de éste de la libre voluntad de las partes, y la consiguiente naturaleza contractual derivada de ello, favorecería la aplicabilidad del Reglamento “Roma I” a las relaciones surgidas entre las partes del acuerdo al amparo del mismo. Y ello, una vez más, tanto en lo relativo a las mediaciones realizadas fuera del proceso judicial como en el marco del mismo. En relación con estas últimas, la circunstancia de que sea el juez quien invite a las partes a someter su disputa a mediación no oculta el hecho de que la decisión sobre la oferta, en última instancia, le corresponde en forma libre a ellas. De nuevo, sin embargo, tanto la Directiva como la Ley mantienen silencio al respecto.

B. *Relaciones entre las partes y el mediador*

Por su parte, la relación surgida entre las partes y el mediador tampoco es abordada por la Directiva de forma expresa. El texto de 2008 tan sólo hace una mención indirecta en su artículo 9o., intitulado “*Información al público*”, al fomento por parte de los Estados miembro de información sobre la forma de contactar con mediadores y organismos “que presten servicios de mediación”. La mención a prestación de servicios parecería apoyar la condición contractual del servicio “prestado”.

Más explícita en este ámbito resulta la Ley 5/2012. En ella existen elementos de referencia suficientes para considerar que la Ley apuesta

por calificar como contractual la relación establecida entre el mediador y las partes que le refieren su disputa. El tenor de su artículo 14, intitulado “Responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación”, apoya esta opción al establecer que la aceptación de la mediación “obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo...”.⁴⁸ Un encargo realizado de forma conjunta y voluntaria por las partes que el mediador acepta, también de forma plenamente voluntaria. De nuevo, en el supuesto de mediaciones transfronterizas ello implicaría una referencia al Reglamento “Roma I” a efectos de determinar la ley reguladora de la relación generada entre las partes y el mediador o mediadores.

A partir de la premisa anterior habría que abordar la problemática de la responsabilidad que para el mediador se derive del incumplimiento de dicha obligación. El artículo 14 del RDL 5/2012, texto ahora derogado por la Ley 5/2012, optaba por parafrasear el mandato del artículo 1101 Cc y, reproduciendo sin más el artículo 21.1 LA de 2003, afirmaba que el incumplimiento fiel de dicho “encargo” le haría incurrir al mediador en “responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo”. La redacción del precepto en la Ley 5/2012 opta por eliminar cualquier adjetivación, refiriendo sin más a la “responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren”. Esto es, se favorece una responsabilidad objetiva por parte del mediador.

La exclusión de estos tres adjetivos pareciera querer obviar todo atisbo de duda sobre la responsabilidad generada en el ejercicio de sus funciones de mediación, arrumbando cualquier vuelta al viejo debate sobre la responsabilidad por culpa, presente en la doctrina y jurisprudencia española desde antiguo. Esto es, evitar que la referencia a la mala fe, temeridad y dolo presente en el precepto pudiera interpretarse en el sentido de que su ausencia exonera al causante de cualquier tipo de responsabilidad o, al contrario, de si al amparo del mandato del artículo 1107 Cc el carácter doloso del incumplimiento no exoneraría al incumplidor —en este caso al mediador— de su responsabilidad, sino que agravaría la misma.⁴⁹

⁴⁸ Se hablaría de un mandato impropio o de una prestación de servicios *sui generis*. Al respecto, véase Olavarria Iglesia, J., “Artículo 21”, en Barona Vilar, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 934.

⁴⁹ Por todos, véase Diez-Picazo, L. y Ponce de León, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. II Las relaciones obligatorias*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 577 y 578.

El análisis de la tramitación del proyecto de Ley, sin embargo, refleja un debate bastante menos profundo, aunque el objetivo a alcanzar parezca claro. El artículo 14 fue objeto de cuatro enmiendas durante la tramitación parlamentaria. De ellas, tan sólo una, la núm. 83 del Grupo Socialista, fue aprobada por la ponencia⁵⁰ y dio lugar al texto actual. La justificación de dicha enmienda no podía ser más pobre: “mejora técnica” decía.⁵¹

Como decimos, el resultado final favorece una objetivación de la responsabilidad del mediador en el ejercicio de sus funciones. Ciertamente habrá que estar a la interpretación que la futura jurisprudencia realice del precepto. No obstante, para quien suscribe estas líneas, y asumiendo que la relación entre las partes y el mediador es de carácter contractual, del artículo 14 se derivaría una referencia a una responsabilidad exclusivamente civil y de base exclusivamente contractual,⁵² que se circunscribiría temporalmente al tiempo en que el mediador esté ejerciendo sus funciones de mediación.⁵³ Sin embargo, frente a lo que antes decía el RDL y ocurre en el ámbito del arbitraje, para ser exigible esta responsabilidad por la parte no es ahora necesario que exista una conducta determinada por parte del mediador, esto es, que intervenga mala fe, temeridad o dolo, bastando que se pueda probar por la persona o personas interesadas la existencia de una mala *praxis* por parte de aquél.

La nueva redacción puede generar, entre otras, dos consecuencias de trascendencia diversa. En primer lugar, refuerza la obligación que acompaña al mediador, al amparo del artículo 11.3 de la Ley, de suscribir un seguro o prestar garantía equivalente “que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.⁵⁴ En se-

⁵⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, *Informe de la ponencia*, serie A (proyectos de Ley), núms. 6-8, de 6 de junio de 2012, p. 2.

⁵¹ BOCG, Congreso de los Diputados, *Enmiendas e índice de enmiendas al articulado*, serie A (proyectos de Ley), núms. 6-7, de 24 de mayo de 2012, p. 39.

⁵² En favor de lo cual se encuentra el tenor del artículo 11.3 de la Ley que habla de la obligación del mediador de suscribir un seguro o garantía equivalente “que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga”.

⁵³ Olavarria Iglesia, J., “Artículo 21”, en Barona Vilar, S., *op. cit.*, pp. 930, 931 y 936.

⁵⁴ Una responsabilidad que ahora, atendido el nuevo tenor del artículo 14 de la Ley puede claramente salpicar a la institución de mediación, dado que aquella “*derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben*”. El poco sofisticado tenor no deja claro si las obligaciones referidas incumben al mediador o son las propias de

gundo lugar, puede favorecer un sistema exorbitante de responsabilidad del mediador que llegue, en situaciones extremas, a que éste se niegue a aceptar mediaciones, justo lo que se quiso evitar en el ámbito de la Ley de Arbitraje de 2003.⁵⁵ En contra de esta última afirmación, ciertamente, juega el papel desarrollado por el mediador en el proceso de mediación, quien se limita a acercar posturas, sin proponer acuerdos, lo que limitaría esta última consecuencia.

En todo caso, si entendemos la naturaleza de la relación existente entre el mediador y las partes como dotada de una naturaleza contractual, de nuevo en los litigios transfronterizos sería de aplicación el Reglamento “Roma I” para determinar la ley reguladora del mismo. Si por contra, lo dicho hasta el momento es rechazado y se opta por calificar la responsabilidad derivada de la actuación del mediador como extracontractual en las controversias con elementos de internacionalidad, la determinación de su régimen jurídico vendría sometida a lo dispuesto por el Reglamento “Roma II”.⁵⁶

Lo apuntado respecto del mediador sería igualmente reputable de las instituciones de mediación que, como hemos dicho ven ahora reforzada su responsabilidad.⁵⁷ Aunque en este caso concreto entendemos que las potenciales controversias que pudieran surgir en relación con la naturaleza del encargo recibido de las partes por la institución son mucho más limitadas en un supuesto como el presente, en el que claramente se trata de un negocio contractual entre las partes y aquélla.

la institución, pero sí queda clara la filosofía que subyace en el precepto. La nueva norma es fruto de una enmienda presentada en el Senado por el grupo popular (BOCG, Senado, *Enmiendas*, núm. 70, 563 (Serie I) de 13.6.2012, p. 68, enmienda 120). En línea con el mandato del artículo 21 de la Ley de Arbitraje, se “exige de las instituciones de mediación la debida diligencia a la hora de incluir mediadores en sus listas, frente a la irresponsabilidad que parece sugerirse con el texto actual. Esta previsión servirá, asimismo, para disuadir de constituirse en institución de mediación a entidades que no pongan el debido cuidado en la admisión de mediadores en su ámbito” (p. 68, enmienda 120).

⁵⁵ Olavarria Iglesia, J., “Artículo 21”, en Barona Vilar, S., *op. cit.*, pp. 930, 931 y 938.

⁵⁶ Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11.7.2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *Diario Oficial L* 199, de 31 de julio de 2007.

⁵⁷ Véase nota 55 *supra*.

4. *La condición del mediador, su formación y reconocimiento*

Otro punto importante desde la perspectiva transfronteriza es el relativo al reconocimiento de la condición de mediador más allá de las fronteras nacionales. La Directiva se refiere en su artículo 4.2 a la formación continua del mediador y lo hace, además, como un dato esencial para el éxito de la concreta mediación iniciada y, para la consolidación como alternativa real de esta figura en el marco de la Unión Europea. El éxito de la mediación en todos sus ámbitos requiere de un alto grado de confianza por parte de los ciudadanos y ello aparece directamente vinculado a la figura del mediador.⁵⁸ la pieza esencial del sistema de acuerdo con la Ley 5/2012.⁵⁹ Se hace indispensable, por tanto, que estos cuenten con una formación adecuada y constante asegurando, de esta suerte, “la calidad de la mediación”⁶⁰

Esta mención al mediador y a su capacitación y formación continua se deja a la promoción por parte de los Estados “por los medios que consideren adecuados”,⁶¹ y no se acompaña de una noción común de lo que pueda significar e implicar. Nada se dice respecto a eventuales requisitos o exigencias de formación del mediador o de prohibiciones de actuar como mediador comunes a todos los Estados miembro, ni tampoco sobre la posible exigencia de inscripción del mediador en un registro público y las consecuencias, positivas y negativas, que de ello se pueden derivar. Ni sobre el reconocimiento de tal condición en un concreto Estado miembro y fuera de éste. Ni, tampoco, del nivel de cobertura de la eventual responsabilidad que le sea exigible por el desempeño de su función.⁶²

Todo ello, indudablemente, va a dar lugar de forma directa a la coexistencia de requisitos diversos para el ejercicio de la función de mediador en Europa, sin que contemos, por otro lado, con reglas comunes sobre el desempeño de esta función fuera del territorio del Estado en el que

⁵⁸ Directiva 2008/52/EC de 21 de mayo de 2008, considerando 16.

⁵⁹ Exposición de Motivos de la Ley, núm. III.

⁶⁰ Gráfico título del artículo 4o. de la Directiva.

⁶¹ Directiva 2008/52/EC de 21 de mayo de 2008, considerando 16.

⁶² En el caso de España se le exige dar garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir (Exposición de Motivos de la Ley, núm. III) y en tal sentido deberá contratar un seguro o prestar garantía equivalente (artículo 11.3).

eventualmente se encuentre acreditado.⁶³ En el caso concreto de España, y atendiendo al genérico mandato del artículo 12 y de la Disposición final octava de la Ley, esto seguramente se traducirá en la coexistencia de 17 estándares normativos diferentes sobre la figura y requisitos del mediador con independencia de lo prevenido en el último inciso del artículo 11.2 de la Ley.⁶⁴

Esta diversidad de requerimientos para el ejercicio de la condición de mediador y la consiguiente nebulosa sobre el reconocimiento de la condición de mediador acreditado en un Estado miembro fuera del territorio del mismo puede en última instancia generar inseguridad jurídica y afectar a la consecución del objetivo final de la Directiva 2008/52/CE, que no es otro que favorecer la extensión del recurso a la mediación entre los ciudadanos europeos.

Aparentemente más taxativa es la Directiva en relación con la vinculación del mediador a determinados códigos de conducta, un factor que se considera como un mecanismo eficaz de control de la calidad de la mediación y de la función realizada por los mediadores.⁶⁵ La lectura del artículo 4.1 de la Directiva, sin embargo, concreta este objetivo en el nivel del mero fomento por parte de los Estados miembros “de la forma que consideren conveniente”.

5. El procedimiento de mediación y su objeto

La mediación se entiende directamente vinculada a la voluntad de las partes y en consecuencia con ello la Directiva 2008/52/CE reconoce de forma expresa la capacidad que asiste a éstas para conformar el procedimiento de mediación de la forma que estime oportuna y para iniciarla y darlo por concluido cuando lo deseen.⁶⁶ Y esto, además, respecto de todo

⁶³ La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12.12.2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*Diario Oficial L* 376 de 27 de diciembre de 2006) nada dice en concreto sobre este sector.

⁶⁴ “...y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional”.

⁶⁵ Directiva 2008/52/EC de 21 de mayo de 2008, considerando 16.

⁶⁶ Directiva 2008/52/EC de 21 de mayo de 2008, considerando 13.

tipo de mediaciones, tanto la que se celebra fuera del marco del proceso como la que tiene lugar durante la pendencia de éste.

A partir de este aserto, la Directiva incide exclusivamente en su carácter confidencial⁶⁷ y en la exigencia de que se desarrolle en forma eficaz e imparcial.⁶⁸ También la Ley 5/2012 se centra en sentar un conjunto de grandes pautas para el desarrollo del procedimiento de mediación. Un régimen flexible y basado en la autonomía de la voluntad de las partes, y que está en plena consonancia con los principios de “voluntariedad y libre decisión de las partes”.

Potencialmente, el mayor problema que puede generar esta falta de reglas en relación con las bases sobre las que se articula el procedimiento de mediación es la eventual ausencia de igualdad en el tratamiento de las partes y el aseguramiento de su derecho a la tutela efectiva. Estas cuestiones, sin embargo, adquieren una dimensión diferente cuando se reputan de las mediaciones transnacionales. En esta ocasión, lo anterior se combina con la problemática planteada por la determinación de la ley aplicable al procedimiento de mediación con elementos de extranjería. Una ley que resulta relevante a efectos, entre otros extremos, tanto de verificar la igualdad de tratamiento de las partes a lo largo del procedimiento de mediación —ello puede contar con una potencial incidencia en el reconocimiento del acuerdo concluido dentro y fuera del país en que se alcanzó— como a la disponibilidad del litigio civil o mercantil sometido a mediación.

Centrándonos en este último extremo, la Directiva puede ver parcialmente salvado este concreto obstáculo a través de la remisión de la especificación del contenido de la noción de civil y mercantil a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, lo que implicaría afrontar unos conceptos que requieren ser interpretados de forma amplia y autónoma, rechazando cualquier renacionalización de los mismos.⁶⁹ Sin embargo, lo cierto es que la cuestión de la disponibilidad de la concreta materia objeto de litigio queda referida en su artículo 1.2 “a la legislación pertinente”⁷⁰ sin añadir nada más al respecto.

⁶⁷ Artículo 7o.

⁶⁸ Artículo 4.2.

⁶⁹ Véase Iglesias Buhigues, J. L., “La competencia judicial internacional: el modelo español de competencia judicial internacional de origen institucional”, en Esplugues Mota, C. e Iglesias Buhigues, J. L., *op. cit.*, p. 89.

⁷⁰ El considerando 10 habla, por su parte, de la “*legislación aplicable pertinente*”.

La situación de la Ley de 2012, por su parte, resulta aún más compleja en la medida en que a diferencia de la Directiva, que se limita a los litigios en el seno de la Unión, se refiere en general a todos los litigios transfronterizos, sin quedar circunscrita a aquellos que cuentan con una dimensión estrictamente europea. En tal sentido, el segundo párrafo del artículo 2.1 de la Ley determina que en ausencia de sometimiento expreso o tácito a la Ley de mediación de 2012, “la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español”. Ello implica que el régimen jurídico de la Ley sería aplicable, en caso de silencio por las partes, en relación con el régimen jurídico regulador de la mediación transfronteriza, en aquellas ocasiones en que al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en España.

Y decimos en caso de silencio, dado que atendiendo al mandato del artículo 2.1.I de la propia Ley 5/2012, su aplicabilidad quedaría sometida, en última instancia, a la voluntad de las partes. Serían ellas las que de forma expresa o tácita manifestarían su aplicación. 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 la mediación, en línea con lo que ocurre en el arbitraje comercial internacional, que conduciría a reconocer a las partes la fijación del régimen jurídico de la misma, incluso si se realiza en España y al menos una de las partes tiene su domicilio en nuestro país. En otras palabras, el proceso de mediación transfronteriza desarrollada en España no necesariamente vendría regulado por la normativa española.

En definitiva, dándose las previsiones del artículo 2.1.II de la Ley es claro que sería la Ley de Mediación española la reguladora del procedimiento de mediación 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”.⁷¹

Y aquí surge otra cuestión. Esta mención a los “conflictos transfronterizos” suscita directamente la cuestión del significado atribuible a la referencia realizada a la “legislación aplicable” a la hora de valorar la disponibilidad de la materia —civil o mercantil— objeto de la disputa.

⁷¹ Artículo 2.1.

1) Así, por una parte, la determinación de la noción de materia “civil y mercantil” va a venir derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en relación con los litigios que cuenten con una dimensión europea. Mas nada se dice de aquellos otros que carezcan de tal condición siendo internacionales sin más. Siempre cabría entender que el artículo 4 del Reglamento 44/2001 permitiría favorecer el carácter expansivo de las nociones recogidas en éste, pero ello no deja de ser una interpretación sometida a la futura interpretación de la doctrina y de los tribunales. De partida, pues, habría que optar por una extrapolación a este ámbito del mandato del artículo 12.1 Cc sobre calificación.

2) Por su parte, con respecto a la disponibilidad por las partes de la materia objeto de la disputa sometida a mediación transfronteriza —con independencia de su naturaleza— el artículo 2.1.I *in fine* de la Ley lo reputa sin más a la “*legislación aplicable*”. Ello suscita, lógicamente, la cuestión de cual sea esta concreta legislación aplicable y aquí, lógicamente, cabrían dos opciones. En el supuesto de una controversia puramente doméstica, esa ley sería la española. En los casos de disputas transfronterizas, por su parte, deberíamos de estar a lo dispuesto en nuestras normas de derecho internacional privado con vistas a su concreción.

6. *La ley aplicable al fondo del litigio*

Directamente vinculada a la cuestión anterior aparece la problemática de la ley aplicable al fondo del litigio, en el caso de que exista una, y sobre la que se articulará el acuerdo de mediación alcanzado tanto en la mediación desarrollada al margen del proceso como en el seno del mismo. Nada dice la Directiva al respecto. La Ley de Mediación de 2012, aunque silenciosa, sí que aporta ciertas claves para entender la cuestión.

Desde el momento en que las partes pueden disponer sobre los derechos y obligaciones en disputa, la problemática de cual sea la ley reguladora del fondo de la controversia, y del acuerdo alcanzado en relación con ésta, ve reducida su trascendencia última en el ámbito de la mediación transfronteriza, produciéndose aparentemente un desplazamiento de la problemática suscitada desde el ámbito de la determinación del derecho aplicable al fondo del litigio al ámbito del control de legalidad del acuerdo concluido por las partes.

El mandato del artículo 25.2 de la Ley de 2012, referido a todo tipo de acuerdos de mediación, tanto el concluido en relación con litigios transfronterizos como respecto de controversias puramente internas, es significativo al respecto. En el proceso de formalización como título ejecutivo del acuerdo alcanzado por las partes en el marco del proceso de mediación, el notario debe verificar tanto que se han cumplido los requisitos exigidos en la Ley como que su contenido “no es contrario a derecho”. Esta misma expresión se recogía en el artículo 28 del RDL, rubricado “Denegación de ejecución de los acuerdos de mediación” y ahora desaparecido en la Ley de 2012, en el que se afirmaba de forma taxativa la imposibilidad de ejecutar los acuerdos “cuyo contenido sea contrario a derecho”.

1) Bajo la noción de cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley se desprende la obligación que asiste al notario de verificar el cumplimiento de las obligaciones y requisitos que marca la propia Ley de Mediación española en relación con el procedimiento de mediación y con vistas a la consecución del acuerdo de mediación por las partes, independientemente de la naturaleza que陪伴 al litigio, siempre que dicha Ley de Mediación resulte aplicable al amparo de su artículo 2.1.II: a saber, recordemos, en aquellas ocasiones en que las partes se han sometido expresa o tácitamente a ella o cuando no habiéndolo hecho, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. Ciertamente, una interpretación estricta de esta norma daría como consecuencia una aplicación generalizada de la Ley 5/2012 con independencia de la naturaleza del litigio planteado en las materias cubiertas por ella.

Esta verificación no suscitará problemas en aquellas ocasiones, las habituales, en que el acuerdo se haya concluido en España. Mucho más problemático será la verificación de los requisitos previstos en la Ley de Mediación española por parte del notario en relación con aquellos supuestos previstos en el artículo 27.2 de la propia Ley de acuerdos alcanzados fuera de las fronteras españolas y que deben ser elevados a escritura pública en nuestro país para gozar de fuerza ejecutiva en el mismo. Necesariamente en estos casos deberá flexibilizarse la exigencia atendido el origen foráneo del acuerdo para ser susceptible de ser cumplida por el operador jurídico y entender que el cumplimiento de los requisitos viene referido no a la satisfacción de las estrictas exigencias procedimentales diseñadas en la Ley de Mediación española sino al conjunto de derechos que quedan salvaguardados por éstas.

2) Los problemas que se atisban a la hora de cotejar el cumplimiento de la Ley española se incrementan notablemente al valorar qué significa exactamente la idea de contrariedad al derecho. Si la respuesta está clara cuando se tratan de litigios domésticos —contrariedad al derecho español— mucho más complejo resulta especificar su significado cuando lo reputamos de mediaciones transfronterizas desarrolladas en España, o de acuerdos de mediación concluidos en el extranjero que se pretenden elevar a escritura pública ante notario español con vistas a dotarlas de ejecutividad.

De partida, en el ámbito de la litigiosidad transfronteriza, y atendido tanto al carácter dispositivo de las materias susceptibles de ser llevadas a mediación como al amplio juego reconocido a la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial y, crecientemente, en el sector del derecho de familia y sucesiones por las normas de derecho internacional privado españolas, así como la ausencia de normas sobre la ley aplicable al fondo de la disputa en la Ley de Mediación llevarían a considerar que la contrariedad “a derecho” a la que hace referencia el artículo 25.2 *in fine* no debería interpretarse sin más en el sentido de contrariedad con el derecho español o de ausencia de coincidencia con sus soluciones. El eventual sometimiento por las partes de la disputa y del consiguiente acuerdo alcanzado a una ley diferente de la española conduciría, al amparo de las diversas normas de derecho internacional privado presentes en nuestro ordenamiento jurídico a la aplicación de la ley convocada por éste —española o extranjera— y ello con independencia de que se cumpliera la exigencia de domiciliación de una de las partes y desarrollo de la mediación en nuestro país referidas por el artículo 2.1 como base de la aplicación de la Ley de Mediación de 2012. Esto, en el caso de un derecho extranjero aplicable al litigio, plantearía el problema adicional de valorar la relación existente entre el operador jurídico español —el notario— y el derecho extranjero convocado por la norma de conflicto española.⁷²

Ello apoyaría que la referencia a que “su contenido no es contrario a derecho” más bien aparecería relacionado con la doble noción de no contrariedad con la ley eventualmente seleccionada por las partes para regular su controversia y el acuerdo alcanzado, y con el concepto de nor-

⁷² Al respecto, y por todos, véase Iglesias Buhigues, J. L. *et al.*, “Spain”, en Esplugues Mota, C. *et al.*, *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier, 2011, pp. 368 y ss.

mas no disponibles, de disposiciones imperativas o de contrariedad con el orden público español. Algo que, por otra parte, dependerá directamente del tipo de controversia suscitado. En otras palabras, la mención de la contrariedad a derecho como referida al derecho español sería correcta cuando habláramos de una situación interna sometida por tanto al derecho patrio, pero no tendría un sentido claro ni unívoco y conduciría a confusión cuando se tratase de litigios transfronterizos.

La solución alcanzada, lógica si consideramos que la Ley de Mediación no incorpora reglas sobre derecho aplicable, es sometida a presión si atendemos a las reglas incorporadas por la propia Directiva con vistas a lograr la ejecutividad del acuerdo alcanzado por las partes. Si la Directiva ha de constituir el punto de referencia necesario a la hora de aproximar las soluciones de la Ley, en esta ocasión su tenor nos retornaría al punto de partida de la discusión en tanto en cuanto su artículo 6.1 reconoce la obligación de hacer ejecutivo el acuerdo alcanzado “...a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo”.

La mención es exclusivamente realizada al derecho del Estado donde se formule la solicitud de ejecutividad, no a la ley eventualmente elegida por las partes o a la ley del país donde se desarrolla la mediación, donde se concluyó el acuerdo o donde se pretende potencialmente ejecutarlo. ¿Actúa esta referencia a la ley del Estado de formulación de la solicitud como un estándar mínimo que cumpliría un papel equivalente al del orden público y que, por lo tanto, podría permitir la referencia a otras leyes distintas de ésta, máxime cuando se trate de situaciones no europeas? La regla recogida en el artículo 6.1 es doblemente genérica, lo es en cuanto refiere a todas las mediaciones y lo es en la medida en que sólo hace referencia a la contrariedad con la ley —no con el orden público— del Estado miembro donde se formule la solicitud. Ello abre ciertos interrogantes que sólo la práctica notarial podrá ir respondiendo, y que puede acabar implicando una limitación —posiblemente no prevista por el legislador patrio— de la capacidad de las partes de seleccionar la ley aplicable al fondo de la controversia y al acuerdo concluido por ellas en el marco de una mediación transfronteriza, tanto si se ha concluido el acuerdo en España como fuera de nuestras fronteras. El tiempo dirá.

7. Eficacia extraterritorial del acuerdo alcanzado por las partes

Todo lo dicho hasta el momento apunta a un marco normativo previsto en la Directiva 2008/52/CE excesivamente genérico, y a una correlativa falta de previsión por parte del legislador español. La realidad demostrará más pronto que tarde que no hay una mediación sino que existe una pluralidad de mediaciones atendiendo al tipo concreto de litigio existente. Y que esta afirmación, además, adquiere una especial sustantividad cuando la reputamos de las controversias transnacionales. En tal sentido, el silencio del legislador nacional y de otros muchos legisladores nacionales que han traspuesto la Directiva no coadyuva, precisamente, a la consolidación de un marco jurídico estable y uniforme que potencie el papel de la institución como una alternativa real a los tribunales estatales y, en tal sentido, va en contra del objetivo último de la Directiva.

Sin embargo, pudiendo ser trascendente todo lo que hemos apuntando hasta el momento, la problemática de la eficacia extraterritorial del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de una mediación, ya sea ésta fuera de los tribunales o en el marco de un proceso judicial constituye, con diferencia, la cuestión esencial a la hora de abordar la viabilidad de la mediación como forma de solucionar los litigios transfronterizos en el seno de la Unión Europea.

La Directiva 2008/52/CE es taxativa a la hora de considerar que la mediación no puede presentarse como una justicia de segunda clase, en el sentido de que la eficacia de los acuerdos alcanzados en su seno queden dependientes únicamente de la voluntad de las partes, y ello por muy elevado que sea el nivel de cumplimiento voluntario de los acuerdos concluidos en el marco de una mediación. Consecuentemente, la Directiva insta a los Estados a que aseguren que “las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva”.⁷³ En esta línea se manifiesta de forma expresa su artículo 60.: “Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación”.

⁷³ Directiva 2008/52/EC de 21 de mayo de 2008, Considerando 19.

También la Ley de 2012 considera que la ejecutividad del acuerdo alcanzado por las partes en el marco de la mediación constituye el “corolario”⁷⁴ de ésta procediendo, como regla general, a subordinar dicha ejecutividad a la elevación del acuerdo a escritura pública⁷⁵ cuya ejecución se instará directamente por las partes ante los tribunales.

Esta nítida regla general, empero, se matiza cuando de litigios transfronterizos se trata. En tal ocasión, la Ley de 2012 diferencia entre los acuerdos que deben ser ejecutados fuera de nuestras fronteras de aquellos otros, extranjeros, que han de serlo en nuestro país.

1) Con respecto a los primeros, el artículo 25.3 de la Ley afirma que cuando el acuerdo deba ejecutarse en otro Estado, sin especificar su condición de Estado miembro o no de la UE, “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”.

La solución incorporada, lamentablemente, resulta bastante desenfocada. Por lo pronto, y como punto de partida, no es el legislador español el que debe mencionar los requisitos que deberá cumplir un acuerdo para producir efectos en otro Estado. Será, por contra, la legislación de ese otro Estado donde se busque la ejecución del acuerdo alcanzado la que deberá especificar tales requisitos.

A partir de este aserto genérico habrá que distinguir dos posibles supuestos:

(A) En primer lugar, que el acuerdo vaya a producir efectos en otro Estado miembro de la Unión Europea, en cuyo caso habremos de estar al tipo de acuerdo alcanzado. Si ha sido logrado en una mediación desarrollada en el marco de un proceso judicial, lo más lógico es que contemos con una resolución judicial o una transacción judicial en materia civil y mercantil, lo que haría perfectamente aplicable con carácter general tanto el Reglamento Bruselas I, ya mencionado, como el Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo,⁷⁶ el Regla-

⁷⁴ Exposición de Motivos de la Ley, núm. III.

⁷⁵ Artículo 25.

⁷⁶ Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de marzo de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *Diario Oficial L* 143, de 30 de abril de 2004.

mento 4/2009 en materia de alimentos⁷⁷ o, en breve, el Reglamento sobre sucesiones.

Los mismos Reglamentos serían aplicables en aquellas ocasiones en que el acuerdo alcanzado en una mediación —desarrollada fuera del proceso o en el marco del mismo— haya sido elevado a escritura pública y contemos con un documento público con fuerza ejecutiva.

(B) Más complejo son los supuestos, los más, en que se pretende conseguir la eficacia del acuerdo en un país que no pertenece a la Unión Europea. En dicho caso habrá que estar al régimen convencional bilateral o multilateral existente en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, que no es ni amplio ni especialmente elaborado.⁷⁸ En el supuesto en que no exista convenio habrá de atenderse a la normativa interna del país en que se desee ejecutar el acuerdo concluido.

2) La segunda de las situaciones previstas en la Ley de 2012 hace mención a aquellos casos en que el acuerdo alcanzado lo ha sido en una mediación desarrollada fuera de España y lo que se pretende es, precisamente, que sea eficaz en nuestro país. Para estos supuestos, el artículo 27 de la Ley⁷⁹ afirma que:

1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

⁷⁷ 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, *Diario Oficial L 7*, de 10 de enero de 2009, de *Diario Oficial L 131*, de 18 de mayo de 2011.

⁷⁸ Véase Iglesias Buhigues, J. L., “Eficacia extraterritorial de sentencias y documentos públicos extranjeros: el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeros y documentos públicos con fuerza ejecutiva”, en Esplugues Mota C. e Iglesias Buhigues, J. L., *op. cit.*, pp. 159-162.

⁷⁹ Incorrectamente rubricado “Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos”, dado que debería decir acuerdos de mediación extranjeros.

3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

Una vez más, el precepto adolece de una manifiesta falta de depuración. Al igual que ocurría al abordar la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación alcanzados en España, en lo referente a la eficacia en nuestro país de los acuerdos foráneos deberemos diferenciar dos grandes categorías de acuerdos, aquellos que provienen de un Estado Miembro de la Unión Europea y aquellos cuyo origen es otro Estado.

(A) Con relación a los acuerdos de mediación provenientes de un Estado miembro de la Unión habrá de estarse a lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios en la materia. En concreto, y con carácter general, al Reglamento Bruselas I y al Reglamento sobre el título ejecutivo europeo. Serán ellos y sólo ellos los que marquen el régimen de eficacia en España de dichos acuerdos. Nada tiene que decir la Ley al respecto.

(B) Respecto de los acuerdos concluidos por las partes fuera de la Unión Europea y que buscan ser eficaces en España, habrá de estarse antes que nada a lo dispuesto en el régimen convencional multilateral y bilateral existente en la materia y que vincula a nuestro país. Solo para aquellos países con los que no exista un convenio aplicable, los más, lamentablemente, se estará al régimen previsto en la Ley. En tal sentido la Ley 5/2012 establece una serie de condiciones:

i. En primer lugar, será necesario que haya adquirido fuerza ejecutiva en su país de origen.⁸⁰

ii. En segundo lugar, que tal fuerza ejecutiva deriva de la intervención de una autoridad —se entiende que se trata de una autoridad extranjera— competente —no se dice con base en qué normativa, si la ley del país de origen de la autoridad o de la ley española— “que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas”,⁸¹ en este ámbito, cabría añadir.

iii. En todo caso, el acuerdo extranjero —la Ley habla incorrectamente de “documento extranjero”—⁸² no podrá ser ejecutado en nuestro país cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español. Lógi-

⁸⁰ Artículo 27.1.

⁸¹ *Idem.*

⁸² Artículo 27.3.

camente, es el contenido de dicho acuerdo y los efectos derivados del mismo, y no el documento, lo que debe contradecir el orden público español.

El legislador español busca reconocer la decisión de las partes de someter sus disputas a mediación en el máximo de supuestos posibles. También cuando de acuerdos alcanzados en el extranjero se trata. Para aquellos casos en que el acuerdo concluido en una mediación desarrollada en el extranjero no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera “sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás”.⁸³ En otras palabras, se convierte en un acuerdo “español”, dado que, como dijimos antes y a pesar de la rúbrica del artículo 27, es el origen del acuerdo y no el hecho de que derive de un litigio transnacional lo que determina que deba someterse a un trámite propio con vistas a su ejecución en España.

III. A MODO DE VALORACIÓN

La Ley 5/2012, de 6.7, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, continuador directo del RDL 5/2012 de 5.3 transpone en el ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE. Por primera vez contamos con un régimen jurídico global para la mediación en nuestro país. Un régimen aplicable a todas las mediciones sobre disputas civiles y mercantiles tanto de carácter nacional como transnacional. Este dato es en sí mismo muy positivo y todo apunta a que servirá para fomentar el recurso a esta institución en nuestro país.

Esta positiva opinión se enfriá un tanto, sin embargo, cuando nos centramos en el ámbito específico de la mediación transfronteriza. A partir de la aceptación de que la Ley descansa sobre el modelo de derecho internacional privado español, dado que no incorpora normas sobre ley aplicable, si que hemos de decir que el régimen jurídico diseñado por la Ley 5/2012 no parece ni suficientemente desarrollado ni suficientemente flexible como para cumplir la doble función de favorecer la resolución de los litigios de naturaleza transnacional que surjan en el práctica amén de coadyuvar al fomento de la institución. Ciertamente gran parte de la responsabilidad deriva de la propia estructura y soluciones de la Directiva

⁸³ Artículo 27.2.

2008/52/CE, excesivamente limitada en los temas abordados y genérica en las soluciones incorporadas. Sin embargo, tampoco el legislador español ha aprovechado —por partida doble, el RDL y la Ley— la oportunidad que le ofrecía la transposición de la Directiva para complementarla y colmar las lagunas que pudieran atisbarse en la misma. Son muchos los temas que no encuentran una respuesta adecuada en la Ley cuando se trata de situaciones transnacionales, el ejemplo de la ley aplicable al acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un proceso de mediación es significativo de ello, y bastantes las ocasiones en que existen incorrecciones o enfoques miopes, como ocurre al abordar la cuestión de la eficacia extraterritorial o el significado mismo de transnacional. Quizás la irrisoria práctica existente en este ámbito ha impedido al legislador contar con elementos de juicio suficientes para diagnosticar los problemas específicos que la mediación transfronteriza conlleva y responderlos en la Ley. Eran muchas las expectativas y el resultado final ha sido un tanto descorazonador en este ámbito.

Con todo contamos, por primera vez, con un marco normativo claro y una voluntad política de fomentar el recurso a la mediación. Y existe, como nunca, la concienciación de los operadores jurídicos —abogados, jueces, notarios...— en favor de la mediación. Esta combinación puede generar un nuevo entorno en el que la mediación deje de ser una institución puramente virtual y se vea dotada de realidad y visibilidad práctica en el entorno jurídico. Si ello se logra y podemos contar con una práctica rica en problemas y amplia en volumen podremos pronto hablar de la necesidad de reformar esta primera Ley y ahí tendremos la oportunidad de enmendar esta situación de cierta desazón que el texto de 2012 nos ha dejado en relación con los litigios transnacionales.