

# **MEDIACIÓN FAMILIAR INTERNACIONAL, LA DIRECTIVA SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL**

## ***INTERNATIONAL FAMILY MEDIATION, THE DIRECTIVE OF MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS AND ITS TRANSPOSITION INTO THE SPANISH LAW***

**Alfonso Ybarra Bores\***

Sumario: I. EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. II. LA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES: ASPECTOS GENERALES. III. LA DIRECTIVA 2008/52 Y ASPECTOS PROCESALES: LA RELACIÓN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN- PROCESO JUDICIAL Y EL MARCO ESPAÑOL.

RESUMEN: La mediación es un procedimiento alternativo de solución de conflictos que cada día adquiere una mayor relevancia. Aumentan los números de casos en los que se producen rupturas de parejas y matrimonios mixtos, y en tales supuestos la mediación familiar internacional se nos presenta como el mecanismo adecuado para dar solución al conflicto. La Directiva 2008/52 de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo plazo de transposición finalizó el 21 de mayo de 2011, ha supuesto un avance al tratarse de un instrumento que ofrece respuestas para los casos de mediaciones en supuestos de litigios familiares transfronterizos. Lamentablemente a día de hoy la transposición de la Directiva al derecho español no ha tenido lugar.

*ABSTRACT: Mediation is an alternative dispute resolution process that every day is taking more relevance. The cases of couples and mixed marriages breaking-up are increasing, and in such cases international family mediation is shown as the proper mechanism to solve the disputes. Directive 2008/52/EC of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, whose transposition deadline ended last 21 May 2011, has meant a great improvement as an instrument with specific responses to cross-border family disputes. Unfortunately nowadays the transposition of the Directive into Spanish Law has not yet been taken place.*

PALABRAS CLAVE: Mediación, mediación familiar internacional, Directiva 2008/52/CE, métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), mediadores, litigios familiares transfronterizos, reconocimiento y ejecución de acuerdos.

*KEYWORDS: Mediation, international family mediation, Directive 2008/52/EC, alternative dispute resolution (ADR), mediators, cross-border family disputes, recognition and enforcement of agreements.*

---

Fecha de recepción del artículo: 5 de diciembre de 2011. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de abril de 2012

\* Alfonso Ybarra Bores, Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla ([aybabor@upo.es](mailto:aybabor@upo.es)). El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D “La europeización del Derecho de familia” (DER2008-05299/JURI).

## I. EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

### 1. Los primeros logros en el desarrollo de la mediación internacional.

Como factores actuales favorecedores de la institución de la mediación familiar podemos citar, entre otros muchos, los siguientes: constituye una vía más económica que la judicial; la persona será “dueña” del acuerdo que se adopte; la solución suele ser más rápida; el procedimiento es más informal -lo acuerdan las partes-; los acuerdos tienden a tener una mayor estabilidad en el tiempo pues se suele dar cumplimiento voluntario al acuerdo alcanzado al ser fruto común de las partes; son más adaptables a las peculiaridades de cada familia o persona; las partes miran más al futuro que al pasado; se produce una menor tensión; se minimizan los efectos negativos de la ruptura sobre los hijos, etc.<sup>1</sup>

Es un hecho notorio el proceso de internacionalización que en nuestros días sufren las relaciones de familia, lo cual ha dado lugar a que se multipliquen los matrimonios y las uniones entre personas de distinta nacionalidad.<sup>2</sup> A su vez este proceso ha coincidido con un incremento generalizado de las crisis matrimoniales y de ruptura de parejas -hablándose hoy del matrimonio inestable, efímero o precario-, dando ello lugar a un cada día mayor número de conflictos familiares que se pueden calificar como de transfronterizos.<sup>3</sup> Son supuestos que pueden ser objeto de una mediación familiar internacional, en tanto en cuanto estaríamos ante una situación litigiosa con la presencia de un elemento transfronterizo, en un sentido amplio.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MARTIN DIZ, F. señala al respecto que “los beneficios son incuestionables, tanto en lo particular cuando con ello se pone a disposición del ciudadano una manera más rápida, sencilla y rentable de solucionar conflictos, con mayores posibilidades de una solución satisfactoria para todas las partes, lo cual además aumenta ventajosamente la probabilidad de cumplimiento voluntario y además evitando determinados aspectos muy perturbadores de la contienda judicial en cuanto a las relaciones personales, económicas y sociales de las partes en conflicto; como en lo público, descargando de asuntos a los órganos jurisdiccionales, redundando en una mejor administración de justicia, con plazos de resolución menos dilatados y, en consecuencia, un menor gasto público” (“Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias -I-”, *La Ley*, núm. 6480, 11 de mayo de 2006, p. 9).

<sup>2</sup> En Europa el número de matrimonios integrados por cónyuges de distinta nacionalidad -tanto entre nacionales de Estados miembros como entre nacionales de Estados miembros y de terceros países- crece constantemente, fenómeno que del mismo modo afecta a otro tipo de relaciones, sean heterosexuales o de personas del mismo sexo. Para un estudio sobre la situación desde un punto de vista estadístico y de sus causas véase BOELO-WOELKI, K. (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, 2003, pp. 36-39.

<sup>3</sup> Sobre este complejo y nuevo fenómeno, en general, véanse entre otros, CALVO CARAVACA, A.L. y otros, *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001 y ARENAS GARCÍA, R., *Crisis Matrimoniales internacionales, nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

<sup>4</sup> En general, sobre cuando una situación ha de considerarse transfronteriza a los efectos de ser regulada por el Derecho internacional privado, véanse las distintas teorías existentes: tesis del elemento extranjero puro, tesis de la relevancia del elemento extranjero, tesis del elemento extranjero no casual, tesis jurídicas y tesis del efecto internacional, expuestas con claridad en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., v. I, Comares, Granada, 2011, pp. 25-31. Lo

Con esta perspectiva de fondo, y en lo que hace a la mediación familiar internacional en el ámbito comunitario,<sup>5</sup> hemos de referirnos al Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998 como foro donde por primera vez se proclamó formalmente en el ámbito europeo la necesidad de promover en la Unión Europea medios alternativos para la resolución de conflictos, incluyéndose entre estos a los conflictos transfronterizos.<sup>6</sup> Así, en el apartado 41 b) del Plan de Acción del Consejo y de la Comisión aprobado tras dicha reunión se dispuso la conveniencia de estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los conflictos -y haciéndose expresa referencia a la mediación-, especialmente en los supuestos de “conflictos familiares transnacionales”.<sup>7</sup>

Pocos meses antes se había adoptado la Recomendación nº R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación familiar,<sup>8</sup> instrumento de gran importancia a pesar de carecer de eficacia jurídica, cuyo objeto fue el establecimiento de un marco común sobre la mediación familiar para todos los Estados miembros sobre la

---

cierto es que en el sistema español se encuentran en vigor numerosos convenios internacionales de Derecho internacional privado que circunscriben su aplicación sólo a supuestos internacionales, dejando claro que la mera presencia de un elemento extranjero -independientemente de su naturaleza o relevancia- convierte la situación en objeto del Derecho internacional privado (así, por ejemplo, el artículo 1.1 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales -hoy Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008- o el artículo 2.1 de convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias).

<sup>5</sup> Dejamos al margen decisiones adoptadas en el ámbito de la mediación en otros campos diferentes al familiar. Así, en la cumbre de Lisboa de marzo de 2000, sobre Empleo y sociedad de la información, el Consejo Europeo invitó a la Comisión y al Consejo a reflexionar sobre los medios de promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, en particular, a través de nuevos sistemas de resolución de litigios (apartado 11 de las Conclusiones de la Presidencia), objetivo confirmado después en el Consejo Europeo de Santa María da Fera de junio de 2000 con motivo de la aprobación del Plan de acción eEurope 2002 (apartado 22 de las conclusiones de la Presidencia). O en el ámbito de las relaciones laborales, el Consejo Europeo de Bruselas-Laeken de diciembre de 2001, por su parte insistió en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y en particular los conflictos sociales transfronterizos, mediante mecanismos voluntarios de mediación (apartado 25 de las conclusiones de la Presidencia).

<sup>6</sup> Sin embargo ha de apuntarse que ya se habían producido iniciativas concretas en el campo de la mediación, por ejemplo, la creación en 1994 de una red de centros de arbitraje y mediación mercantil que se establecieron en España, Francia, Italia y el Reino Unido, adoptando la forma de agrupación europea de interés económico. Se trató de la Red Europea de Arbitraje y de Mediación, que en sus inicios contó con un decidido apoyo financiero por parte de la Comisión Europea (Dirección General XXIII, “Pequeña y mediana empresa”).

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> Aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998 a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros. En el ánimo estaba tratar de lograr ciertos índices de uniformidad u homogeneidad en una materia, como es la mediación, donde la regulación interna en los distintos Estados miembros varía de manera importante, tanto sustantiva como adjetivamente. Sobre la discrepancia existente entre la regulación de la institución en cuestión en los distintos Estados miembros véase la *Rabels Zeitschrifts für ausländisches und internationales Privatrecht -RabelsZ-*, vol. 74 (2010), núm. 4, dedicado en exclusiva a la *Mediation in Deutschland, Europa und der Welt*; así como el amplio y detallado contenido del Punto 2 contenido en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de abril de 2002, sobre trabajos concretos emprendidos por los distintos Estados miembros en materia de mediación (págs. 14-17).

base de unos principios comunes, de manera que sirviese de teórica palanca de lanzamiento para que posteriormente fuese desarrollada en el interior de cada uno de ellos. Es de destacar del referido instrumento su Principio VIII, referido a Cuestiones internacionales, donde se invitaba a los Estados miembros a analizar la oportunidad de poner en marcha mecanismos de mediación en los casos en que se presente un 'elemento de extrañeza',<sup>9</sup> en especial por lo que se refiere a las cuestiones de menores y, en particular, aquellas relativas a la guarda y al derecho de visita cuando los padres residen, o van a residir, en Estados diferentes.

Además, en la citada Recomendación, dentro de la decidida apuesta por el impulso de la mediación internacional, se consideraba a ésta como un proceso adecuado para permitir a los padres organizar o reorganizar la guarda y el derecho de visita y regular en su marco las discrepancias debidas a las decisiones sobre estas cuestiones, declarándose al respecto que todos los principios recogidos en la Recomendación serían también aplicables a la mediación internacional.<sup>10</sup> Y a modo final se instaba a los Estados para que, en la medida de lo posible, promovieran la cooperación entre los servicios de mediación familiar existentes a fin de facilitar la utilización de la mediación internacional, destacándose la necesidad de que los mediadores internacionales recibiesen una formación complementaria específica, ello dadas las características de la mediación internacional.

Por su parte, entre las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere celebrado en octubre de 1999, y dentro del marco de las relativas a la creación de un espacio europeo de justicia, se recomendó a los Estados miembros la instauración de procedimientos extrajudiciales alternativos para la resolución de controversias en relación a los asuntos civiles y mercantiles, incluyéndose entre ellos a los derivados del ámbito familiar.<sup>11</sup> Con ello se aceptaba que la instauración en los Estados miembros de unos procedimientos

---

<sup>9</sup> Es evidente que se trata de una incorrecta traducción al español, siendo más correcto hablar de la presencia de un 'elemento extranjero' o 'elemento internacional'.

<sup>10</sup> Si bien es cierto, que en el caso de desplazamientos ilícito de menores o de la retención de los mismos, se desaconsejaba el uso de la mediación en el supuesto de que con ello se pusiera en riesgo de retraso el retorno del menor lo más rápidamente posible. Por ejemplo, en los casos que tuviesen por objeto el derecho de custodia o el derecho de visita en los supuestos de sustracción de un hijo o tras una decisión de no retorno del hijo, donde el rápido restablecimiento del derecho de visita tendría carácter prioritario, y el recurso a la mediación podría chocar con la posible reticencia del progenitor o progenitora víctima a aceptar una solución alcanzada para establecer su derecho de visita, y perjudicial a las diligencias encaminadas a restablecer o hacer efectivo su derecho de visita. Así, no tendría sentido alguno acudir a la mediación -ni sería aconsejable- si se estuviese tramitando un procedimiento de devolución de menores al amparo del Convenio de Luxemburgo de 1980 (Convenio de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, BOE, núm. 210, de 1 de septiembre de 1984) o del Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Para PALAO MORENO, G., similar comentario sería extensible en relación al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (*Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar, op. cit.*, p. 72).

<sup>11</sup> Véase al respecto el contenido de la Conclusión nº 30, en un marco en el cual lo que se pretende es la producción de una mejora en el funcionamiento de los sistemas judiciales en los distintos Estados miembros.

alternativos de resolución de litigios en materia civil debía entenderse incluido en un concepto amplio de justicia, siendo ello compatible con el adecuado funcionamiento de la vía judicial, la cual se mantiene como insustituible.

Al hilo de la aprobación del Reglamento 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,<sup>12</sup> el Consejo y la Comisión dieron un nuevo impulso a la cuestión al adoptar una Declaración conjunta donde mostraban firmemente su apoyo a fin de que continuasen los trabajos relacionados con las modalidades alternativas de resolución de litigios en materia civil y mercantil en los Estados miembros.<sup>13</sup>

Y, más específicamente, en el artículo 55 del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental<sup>14</sup>, se acometió un nuevo impulso respecto a los medios alternativos de resolución de conflictos. Y en esta ocasión lo fue además expresamente a favor de la institución de la mediación, al indicarse en la letra e) del referido artículo que, en relación con la cooperación entre las distintas autoridades en supuestos de responsabilidad parental, se debe tender hacia la cooperación transfronteriza mediante la celebración de acuerdos -y éstos, preferentemente, en el marco de procedimientos de mediación- entre los titulares de la responsabilidad parental.

Es decir, se puede constatar cómo desde hace casi quince años, la promoción de los medios de resolución alternativos de controversias en el ámbito civil, y en particular la mediación en el ámbito familiar, se encuentra presente en el ánimo de las más distintas instituciones de la Unión Europea, desarrollo que ya ha sido imparable hasta nuestros días, con los hitos que vamos a analizar a continuación.

## **2. Un paso decisivo: el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.**

En la Unión Europea parece que se ha tomado conciencia real del papel que en la práctica puede desempeñar las modalidades alternativas de resolución de conflictos en general -y la mediación en particular-, en la resolución de los conflictos familiares de alcance transfronterizo, conflictos referidos principalmente tanto a cuestiones vinculadas al ejercicio de la autoridad parental -derecho de custodia y visitas de los hijos- como a la fijación de asignaciones para alimentos.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> DOCE núm. L 012, de 16 de enero de 2001.

<sup>13</sup> La citada Declaración conjunta se incluyó en las actas de la sesión del Consejo de 22 de diciembre de 2000.

<sup>14</sup> DOUE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>15</sup> En el caso concreto de España, pero enmarcado en el ámbito comunitario, ha de tenerse en cuenta a efectos del interés del desarrollo de la institución que tratamos, que sólo las rupturas matrimoniales por divorcio se han triplicado en España en la última década, siendo el país de Europa donde más han crecido las rupturas matrimoniales, hasta el punto de que los divorcios y separaciones en España representan casi el 60% de todos los que se producen en la Unión Europea al año, deshaciéndose dos uniones por cada tres

Consecuencia de este nuevo enfoque, en el Programa de la Haya adoptado en Consejo Europeo de Bruselas de noviembre de 2004<sup>16</sup> y, particularmente, en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el cual se aplicaba el primero,<sup>17</sup> se destacó la necesidad de formalizar durante el año 2006 un instrumento comunitario -en concreto, una Directiva- sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Con este concreto objetivo, en abril de 2002 se presentó por la Comisión el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.<sup>18</sup> El Libro abordó las modalidades conocidas como *Alternative Dispute Resolution* (en adelante, ADR), caracterizadas por la intervención de un tercero imparcial e independiente, incluyéndose entre ellas de una manera particular la figura de la mediación.

De entre las muy diversas e interesantes cuestiones que se plantearon como controvertidas en el Libro Verde, cabe destacar las siguientes:

a) Análisis de la ADR desde el enfoque del acceso a la justicia o, en otras palabras, la relación que debe existir entre medios alternativos de resolución de conflictos y vía judicial.<sup>19</sup> Así, se planteaban cuestiones sobre cuál debería ser el alcance de las cláusulas contractuales de recurso a las ADR; la suspensión o no -y sus efectos- de los plazos de prescripción y/o caducidad; la confidencialidad como condición *sine qua non* para el buen funcionamiento del sistema; la eficacia y calificación de los acuerdos adoptados en aras a su validez -algo esencial en relación a los litigios transfronterizos-, incluyendo la posibilidad de establecer un plazo de reflexión o, por último, la posible responsabilidad de los terceros como consecuencia de su intervención en el procedimiento de mediación.

---

que se producen, y ello añadido al hecho de que están aumentando cada día más el número de matrimonios mixtos, formados entre nacionales y extranjeros, que se rompen.

<sup>16</sup> Programa titulado “Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, publicado en el DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005. También puede consultarse al respecto la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2005 titulada “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” [documento COM(2005) 185 final].

<sup>17</sup> DOUE C 198, de 12 de agosto de 2005.

<sup>18</sup> Documento COM(2002) 196 final. El objetivo del Libro Verde fue proceder a una amplia consulta de los medios interesados en relación a una serie de cuestiones jurídicas que se suelen plantear en relación a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil. Como se indica en su Síntesis (pág. 5), se trataba de “presentar un Libro Verde que recapitule la situación e inicie una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que convenga adoptar”

<sup>19</sup> En este sentido, las ADR desempeñan un papel complementario con relación a los procedimientos jurisdiccionales, permitiéndole a las partes entablar un diálogo que hubiera sido imposible de otro modo, pudiendo utilizar un método más accesible que el de la vía judicial contenciosa, a veces de difícil acceso, especialmente en lo que hace a los litigios transfronterizos, caracterizados por la lentitud y por el excesivo coste de los procesos judiciales. Al respecto puede consultarse el Libro Verde de la Comisión, de 9 de febrero de 2000, Asistencia jurídica en litigios civiles: Problemas para el litigante transfronterizo (COM-2000-51 final).

b) Las garantías mínimas de calidad que deberían ser exigibles en el procedimiento de mediación, entre las que figuran determinados principios básicos que han de presidir el desarrollo del procedimiento.

c) Finalmente, se planteó la no menos importante cuestión relativa al estatuto de los mediadores, lo cual incluía cuestiones como la formación, la acreditación o cualificación exigible a los mismos, cuestión ésta de especial trascendencia en el ámbito de la mediación familiar internacional, donde una preparación adicional es indispensable para poder actuar con éxito en el marco de un procedimiento de mediación en el cual se encuentren presentes elementos internacionales *-infra-*.

El Libro Verde ha sido sin duda el precedente inmediato de la más seria propuesta comunitaria de regulación de la mediación como vía alternativa de solución de litigios, esto es, nos referimos a la entonces propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que dio lugar a la actual Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.<sup>20</sup> Sobre este instrumento, sobre cómo se han plasmado en su articulado las diversas cuestiones planteadas en el Libro Verde y sobre las posibles soluciones a adoptar desde el prisma del ordenamiento español para adecuarse al marco comunitario instaurado por el mismo, vamos a profundizar en las páginas que siguen.

## **II. LA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES: ASPECTOS GENERALES.**

### **1. El dilema sobre la base jurídica del nuevo instrumento.**

Fruto de los trabajos derivados del citado Libro Verde fue la ya referida propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo presentada a finales de 2004 y que dio lugar a que, como cuestión previa, se plantease cuál era realmente la base jurídica que debería sustentar a la futura Directiva, lo cual tendría su reflejo en el objetivo propuesto. Dos eran entonces las posturas al respecto:

Por una parte, partiendo de la base del artículo 65 del Tratado constitutivo de la Unión Europea, la Directiva sería necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior dada la necesidad de asegurar el acceso a los mecanismos de solución de litigios para los particulares y empresas que ejercitan las libertades comunitarias, así como la necesidad de asegurar la libertad de prestar y recibir servicios de mediación. Así, los elementos transfronterizos en este ámbito podían implicar dificultades para conseguir que se garantizase la seguridad jurídica a lo largo de un litigio en relación a cuestiones como el éxito o fracaso de la mediación o el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo por las partes. Desde esta perspectiva no sería regulable por la Directiva la

---

<sup>20</sup> DOUE, L 136, de 24 de mayo de 2008. A tenor de lo dispuesto en su artículo 12, los Estados miembros deberían haber puesto en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva antes del 21 de mayo de 2011.

mediación puramente interna, situación que era defendida por quienes mantenían una interpretación literal de dicho precepto.<sup>21</sup>

Por otro lado, el restringir el ámbito de la Directiva al marco puramente interno de los Estados con el único fin de eliminar los obstáculos aparecidos como consecuencia de los elementos transfronterizos podría suponer, entre otros inconvenientes, la introducción de un claro riesgo de discriminación;<sup>22</sup> una restricción sustancial del impacto práctico de nueva norma -que nos llevaría a una mayor incertidumbre jurídica- y, por último, podría dejar la aplicabilidad de la misma en manos de las partes mediante la tentación de introducción de elementos transfronterizos “ficticios” para así poder acogerse a las más favorables normas de la Directiva.<sup>23</sup>

En medio de este debate, finalmente la Directiva se decantó por su aplicación únicamente a las mediaciones transfronterizas, según se determina con claridad en su artículo 1.2. No obstante, como fórmula intermedia y para tratar de no dejar descontento a nadie, en su Considerando 8 se indica que, a pesar de que sus disposiciones sólo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, “nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional”.<sup>24</sup>

En lo que hace a las transposición de la Directiva al Derecho español, la cuestión fue inicialmente apuntada en relación a los procedimientos sobre crisis matrimoniales en la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil

---

<sup>21</sup> Detrás de esta opinión estaba el temor de ciertos Estados miembros (en particular Alemania y el Reino Unido) de que a la larga se produzca una alteración de sus propios sistemas procesales internos incluso en aquellos supuestos que regulan situaciones en las que no aparece elemento transnacional alguno y que, por lo tanto, se encuentran al margen de la regulación comunitaria. Así, en la posición del Consejo General de la Abogacía Europea en relación a la propuesta de Directiva sobre mediación se mantenía que el artículo 65 limita la competencia de la Unión Europea a medidas en el campo de la cooperación judicial civil cuando nos encontramos ante controversias con implicaciones transfronterizas, por lo que la mediación meramente interna debería permanecer en la competencia exclusiva de los Estados miembros y, en consecuencia, el objetivo de la Directiva debería limitarse a las disputas transfronterizas.

<sup>22</sup> La discriminación se produciría en cuanto los órganos jurisdiccionales estatales podrían tender a proponer la mediación solamente a algunas partes en atención al elemento de su domicilio. En la propuesta inicial de la Comisión Europea se indicaba que “(...) introducir la condición explícita de una implicación transfronteriza invalidaría los objetivos de la Directiva propuesta y sería contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado interior. Por tanto, la Directiva debe aplicarse a todas las situaciones independientemente de la presencia de elementos transfronterizos” (apartado 1.2, p. 5, de la Propuesta de Directiva, COM (2004) 718 final).

<sup>23</sup> En definitiva, limitar el alcance de la Directiva a situaciones transfronterizas podría dar lugar a la creación de dos regímenes jurídicos paralelos, e incluso de normas distintas sobre prestación y recepción de servicios de mediación, con el riesgo de efectos discriminatorios para usuarios y proveedores de servicios de mediación, contradiciéndose con ello los principios del mercado interior.

<sup>24</sup> Dicha declaración ha de ser tomada con cierta relatividad, pues lógicamente la aplicación de las disposiciones de la Directiva a los procedimientos de mediación internos se nos antoja complicada en muchos términos, dado que se trata de una norma que precisamente ha terminado regulando únicamente las mediaciones referidas a litigios transfronterizos, donde gran parte las cuestiones que se plantean -y que se regulan en la Directiva- poco tienen que ver con el marco de los problemas que por su propia naturaleza se suscitan en el ámbito de los procedimientos de mediación puramente interno: ejecución transnacional de acuerdos, capacitación de mediadores internacionales, etc.



en materia de separación y divorcio.<sup>25</sup> En efecto, en su Disposición final tercera se indicaba que el Gobierno debería remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre mediación, con lo cual, al margen de cumplirse con la obligación de transposición del instrumento comunitario, supondría colmar la laguna existente en el ordenamiento español sobre esta institución que tratamos y con ello un respaldo definitivo a la misma, cuya regulación queda hasta la fecha a la mera autonomía de la voluntad de las partes.<sup>26</sup>

En el momento de redactarse el presente trabajo se tramitaba en España un Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles,<sup>27</sup> que de llegar a convertirse en Ley, al margen de transponer al Derecho español el contenido de la Directiva,<sup>28</sup> daría solución a muchas de las lagunas que en la actualidad existen como consecuencia de la carencia de un texto legal de carácter general en nuestro sistema.<sup>29</sup> Sin embargo, la precipitada finalización de la IX legislatura mediante disolución anticipada de las Cortes Generales dio lugar a que el referido Proyecto de Ley quedara caducado, por lo cual todo cuanto indiquemos en relación a las soluciones contenidas en el mismo respecto a la cuestión que abordamos habrá de ser tomado con la debida cautela, al carecerse de

---

<sup>25</sup> BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

<sup>26</sup> A lo que ha de añadirse las numerosas leyes autonómicas que en nuestro país regulan cuestiones relativas a la mediación familiar, y que no hacen sino complicar más el panorama: 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 (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 en mediación familiar (Castilla-La Mancha); Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar (Castilla-León); Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar (Comunidad de Madrid); Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar (Principado de Asturias); Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar (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 (Islas Baleares); Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar (Aragón) y Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación (Cantabria). Prueba de la confusión que reina en nuestro ordenamiento en esa materia es el dato de que en la mayoría de las exposiciones de motivos de las referidas leyes -salvo la de Cantabria- se hace referencia a la Recomendación del Consejo de Europa R (98) 1, sobre mediación familiar, y en alguna, como en la de Aragón, se menciona también en su preámbulo al Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de litigios de 2002 y a la Directiva 2008/52 (*vid.* TENA PIAZUELO, I., “La Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba”, *La Ley*, núm. 7626, 10 de mayo de 2011, p. 5).

<sup>27</sup> BOCG, Serie A, núm. 122-1, de 29 de abril de 2011.

<sup>28</sup> Tal como se indica en su Disposición final séptima: “Mediante esta ley se incorpora al Derecho español 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”.

<sup>29</sup> La regulación española, tanto estatal como autonómica, aborda la mediación desde dos perspectivas bien diferenciadas: la estatal se refiere a los aspectos procesales vinculados al proceso judicial y su regulación se recoge básicamente en la Ley de enjuiciamiento civil; en cambio la legislación autonómica tiene una dimensión propia de una política social, de aspectos vinculados a la familia, lo que no ha impedido que a veces aborde cuestiones procedimentales. En este sentido, como indica ORDOÑEZ SOLIS, D., la Directiva tiene un contenido general, no restringido en exclusiva a la mediación familiar y, asimismo, tiene una dimensión eminentemente procesal que, por lo que se examinara a continuación, reclama preferentemente una transposición mediante ley estatal (“La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia”, *La Ley*, núm. 7165, de 30 de abril de 2009, pp. 12-13).

certeza sobre si el Proyecto será retomado en los mismos términos en la nueva legislatura.<sup>30</sup>

Y, precisamente, al estar concluyendo este estudio, y de una manera algo inesperada, el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.<sup>31</sup> Aunque a grandes rasgos el Real Decreto-Ley sigue las pautas que ya se recogían en el anterior Proyecto de Ley, aporta algunas significativas novedades, las cuales serán debidamente resaltadas. Ha de destacarse que en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, *in fine*, se justifica la utilización de dicho instrumento por el Gobierno debido al transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52, poniéndose así fin al retraso en el cumplimiento de dicha obligación, y con las consecuencias negativas que ello comportaba para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea.<sup>32</sup>

Analizada esta cuestión previa y señalada la actual situación de la transposición de la Directiva desde el prisma del sistema español, vamos ahora a entrar con detalle en los distintos aspectos que con carácter general se abordan en la Directiva y cómo los mismos pretendían ser abordados desde la perspectiva del ordenamiento español al amparo de las soluciones contenidas en el decaído Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y finalmente recogidas, con alguna variación, en el Real Decreto-Ley 5/2012.

## **2. Objetivo y ámbito material: los litigios transfronterizos.**

Como se desprende del artículo 1.1 de la Directiva, el objetivo pretendido es fundamentalmente el facilitar el acceso a las modalidades alternativas de solución de conflictos, y ello en un doble sentido, por un lado, fomentando la resolución amistosa de

---

<sup>30</sup> Lo cierto es que, ante esta situación de desregulación en el plano estatal, y con la perspectiva de un Proyecto de Ley con futuro incierto, la Comisión Europea ha expedientado a España el 24 de noviembre de 2011 por su retraso en la aplicación de la Directiva, cuyo plazo de incorporación a nuestro ordenamiento vencía el 21 de mayo de 2011. En tal sentido, el Ejecutivo comunitario ha dado un plazo de dos meses a las autoridades españolas para corregir la situación. De lo contrario, el caso podría acabar ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo. En el mismo sentido se han enviado también dictámenes motivados a Chipre, República Checa, Francia, Luxemburgo y Países Bajos.

<sup>31</sup> BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012 (corrección de errores en el BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2012). Asimismo, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 29 de marzo de 2012 por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del referido Real Decreto-Ley (BOE núm. 87, de 11 de abril de 2012). En el momento de la entrega para su publicación del presente trabajo el Congreso, en sesión celebrada el 29 de marzo de 2012, ha acordado la tramitación del Real Decreto-Ley 5/2012 como Proyecto de Ley sobre mediación en materia civil y mercantil, el cual ha tenido entrada en el Congreso de los Diputados y se tramita actualmente por el procedimiento de urgencia (BOCG-Congreso, Serie A, núm. 6-1, de 6 de abril de 2012).

<sup>32</sup> Se indica expresamente que “mediante el presente Real Decreto-Ley se incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” (Disposición final séptima).

litigios promoviendo el uso de la mediación y, por otro, asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.<sup>33</sup>

Se excluyen del objeto de la Directiva la regulación de aquellas situaciones relacionadas con derechos y obligaciones que no se encuentren a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente, lo cual suele suceder frecuentemente en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral. Al igual que acontece en otros conocidos instrumentos comunitarios con origen en el Tratado de Ámsterdam (artículo 65 TCE tras dicho Tratado -actual artículo 81 TUE-) y en el consiguiente proceso de comunitarización de la cooperación judicial en materia civil y su inclusión en el espacio de libertad seguridad y justicia, la Directiva no se aplica, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones realizados en el ejercicio de su autoridad soberana, esto es, a los denominados *acta iure imperii*.

Se pretende así crear un marco jurídico de seguridad en torno a la institución de la mediación que haga que los ciudadanos acudan voluntariamente a la misma para tratar de solucionar sus conflictos, sea de una manera directa, sea en el marco de un proceso judicial. En este sentido se entiende que el acceso a la justicia -concepto entendido en un sentido amplio- debe incluir el acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios, y no solamente el acceso al sistema jurisdiccional.

En cuanto al ámbito material, la Directiva se extiende a materias civiles y mercantiles, no conteniéndose sin embargo una definición de lo que ha de entenderse por tales. Y al respecto hemos de recordar que dichos conceptos no pueden ser interpretados desde el prisma particular de cada uno de los sistemas estatales de los distintos Estados miembros. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una ya clásica jurisprudencia en relación al anterior Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y a su continuador el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, lo que ha de entenderse por materia civil y mercantil debe realizarse en cada caso por referencia tanto a los objetivos perseguidos por tales instrumentos, como en atención a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros.<sup>34</sup> Dicha doctrina, *mutatis mutandi*, es perfectamente válida en el caso de la Directiva sobre mediación, que por lo tanto ha de tener su propio concepto autónomo de

---

<sup>33</sup> Por lo que respecta al ámbito territorial, la Directiva considera Estado miembro de la Unión Europea a efectos de la misma a todos con la excepción de Dinamarca quien, a tenor de lo reflejado en los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca que figura en anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en el nuevo instrumento. A este respecto hemos de indicar que, de acuerdo con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda que figura en el mismo anexo, estos Estados miembros también tienen un derecho de opción para ejercer en el plazo de tres meses desde la presentación de la propuesta de la Comisión, habiendo decidido ambos participar en la adopción y aplicación de este nuevo instrumento.

<sup>34</sup> Así, sentencias de 14 de octubre de 1976 -Asunto *Eurocontrol*-, de 14 de noviembre de 2002 -Asunto *Steerbergen*-, de 16 de diciembre de 1980 -Asunto *Rüffer*-, de 14 de noviembre de 2002 -Asunto *Baten*-, de 15 de mayo de 2003 -Asunto *Préservatrice*- de 18 de mayo de 2006 -Asunto *Èez*- o de 15 de febrero de 2007 -Asunto *Lechouritou*-.

lo que deba entenderse por materias civil o mercantil distinto al interno de cada Estado miembro.

Como ya hemos adelantado, finalmente se optó porque la Directiva fuese de aplicación únicamente a los litigios de carácter transfronterizo. Pues bien, por tales litigios se entienden únicamente aquellos en los 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.<sup>35</sup> A tal efecto se concreta en la Directiva el momento en el que tal circunstancia debe concurrir, pudiendo ello acontecer en una pluralidad de supuestos que operan con carácter alternativo: bien en la fecha en que las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio; bien en la fecha en que un tribunal dicte la mediación; bien en la fecha en la cual sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional o bien en la fecha en que, a tenor del artículo 5, sea remitida por un órgano jurisdiccional una invitación a las partes para que recurran a la mediación.<sup>36</sup>

Por nuestra parte, a modo de crítica sobre el criterio finalmente acogido, entendemos que la catalogación como transfronterizo de los litigios que pueden dar lugar a una mediación familiar podría venir caracterizada por la presencia de un elemento extranjero en un sentido más amplio.<sup>37</sup> Es evidente que la presencia de un elemento extranjero vendría constituida por la circunstancia aludida de que las partes tuviesen su domicilio o residencia habitual en Estados miembros diferentes. Sin embargo son imaginables otros muchos supuestos de mediaciones que pudiéramos calificar como internacionales en atención a la concurrencia de otros elementos o circunstancias de extranjería. Así, por ejemplo, casos en los que las partes en conflicto ostentasen distintas nacionalidades -aun teniendo residencia en el mismo Estado-, o supuestos en los que el posible acuerdo alcanzado pudiese afectar a intereses -personales o reales, máxime teniendo en cuenta la amplitud del objeto de la mediación familiar, más allá de cuestiones meramente personales- ubicados en distintos Estados. Además, y atendiendo a la amplitud con la que opera en esta materia el principio de autonomía de la voluntad, incluso sería imaginable el supuesto en que las partes -aun teniendo la misma nacionalidad o domicilio- acordasen someter el conflicto a un mediador extranjero, o con despacho en el extranjero, o incluso optasen por escoger un foro extranjero, lo cual no sería de extrañar en determinadas circunstancias en atención a la posible especialidad

---

<sup>35</sup> A tenor de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Directiva, el domicilio de las partes se determinará de conformidad con los criterios establecidos en los artículos 59 y 60 del Reglamento 44/2001 (*vid.* CASADO ROMAN, J. “La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario”, *La Ley*, núm. 7419, 8 de junio de 2010, p. 2).

<sup>36</sup> No obstante, y únicamente a efectos de los artículos 7 y 8 de la Directiva, se dispone en su artículo 2.2 que también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que se contempla en los tres primeros supuestos indicados.

<sup>37</sup> Opinión mantenida también por PALAO MORENO, G. para quien la mediación familiar ha de ser calificada como de internacional “cuando en la misma se encuentra presente un elemento extranjero” (en Estudios sobre la Ley valenciana de mediación familiar, “La mediación familiar internacional”, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, p. 64).

o neutralidad que el mismo pudiera ofrecer frente al foro representado por el país de la nacionalidad o domicilio de las partes.<sup>38</sup>

Por su parte, según lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto-Ley 5/2012 -siguiendo lo que se indicaba en el decaído Proyecto de Ley- se entiende por conflicto transfronterizo aquel en el que al menos una de las partes se encuentra domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta está domiciliada, y dicha circunstancia debe acontecer, bien cuando las partes acuerden hacer uso de la mediación, bien cuando sea obligatorio acudir a la misma de conformidad a la ley que resulte aplicable. Como se ve, se ha seguido el mismo criterio que el de la Directiva, aunque con algunos matices; así, en primer término, se hace un juego desigual del criterio de domicilio y de la residencia habitual según se refiera a una u otra parte y, en segundo lugar, la concreción temporal del momento no utiliza los mismos criterios que en la Directiva, donde son recogidos de una manera más amplia y detallada.<sup>39</sup>

### **3. La mediación y el mediador.**

Según dispone el artículo 3.1 de la Directiva, se considera mediación al procedimiento estructurado,<sup>40</sup> sea cual sea su nombre o denominación, en el cual dos o más partes en litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia con la ayuda de un mediador, y ello con independencia de que el procedimiento haya sido iniciado por la partes, haya sido sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o se encuentre prescrito por el Derecho de un Estado miembro.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Como sostienen CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., al haberse acogido en la Directiva la tesis del domicilio o residencia habitual de las partes en distintos Estados para catalogar al litigio como transfronterizo se dará la situación de que, si las partes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro, tal instrumento no será aplicable, incluso en el supuesto de que una de ellas ostentase una nacionalidad extranjera o de que el litigio pudiera presentar otros elementos transfronterizos (*Derecho internacional privado*, vol I, *cit.*, p. 155).

<sup>39</sup> Por lo demás, siguiendo el criterio de la Directiva, se indica que si se trata de litigios transfronterizos entre partes que residen en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará también conforme a los artículos 59 y 60 del Reglamento 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.

<sup>40</sup> La doctrina criticaba el hecho de que en la propuesta de Directiva se hablase de ‘proceso’ a lo que en realidad técnicamente constituye un ‘procedimiento’ extrajudicial, pues el primer término puede inducir a una confusión con las soluciones netamente judiciales de conflictos (por todos, véase MARTIN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias (I)”, *La Ley*, núm. 6480, 11 de mayo de 2006, p. 9).

<sup>41</sup> Como indica CASO SEÑAL, M., “La Directiva da una definición abierta que comprende los diferentes estilos de mediación aunque parece inclinarse por la mediación lineal de la Escuela de Harvard en la que la mediación persigue la consecución de acuerdos que pongan fin al conflicto, frente a la mediación transformativa propugnada por Folger y Baruch Bush, centrada en la mejora de la relación, o la mediación circular narrativa de Coob, que gira en torno a la comunicación de las partes en conflicto” (“Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *La Ley*, núm. 7046, 31 de octubre de 2008, p. 3). Por su parte, el Real Decreto-Ley 5/2012 define la mediación como “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que

A pesar de que a primera vista pueda parecer que nos encontramos ante una definición amplia, si nos atenemos a lo que se indica en el Considerando 11, la definición expuesta se encuentra limitada, pues quedarán al margen las negociaciones precontractuales, los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo y los procedimientos administrados por personas u órganos que terminan con recomendaciones formales -ya sean jurídicamente vinculantes o no- para resolver el conflicto.<sup>42</sup>

Puede parecer criticable que se establezca la posibilidad de que la mediación pueda ser ordenada por un órgano jurisdiccional o prescrita por la normativa interna de un Estado miembro. Ello pudiera concordar mal con la voluntariedad que se predica de la mediación como procedimiento para la solución de conflictos, y que constituye un principio básico de la misma. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la obligatoriedad de acudir a la mediación constituye sólo una obligación formal, que no implicará la necesidad de alcanzar acuerdo alguno, sino sólo la obligación de llevar a cabo un mero intento, dejándose claro en el artículo 3 a) -principio anunciado en el Considerando 13- el carácter voluntario de la mediación.<sup>43</sup>

Desde la perspectiva de las crisis matrimoniales o de pareja, y realizando una adaptación a la definición contenida en la Directiva, podríamos considerar a la mediación como un procedimiento en el cual una tercera persona, independiente e imparcial, el mediador, asiste de una manera voluntaria a las parejas afectadas por una crisis familiar para que puedan conjuntamente alcanzar acuerdos, de manera que tengan una comunicación más fluida y se reduzca el nivel de enfrentamiento entre ellos.<sup>44</sup>

---

sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (artículo 1).

<sup>42</sup> Igualmente, se considera procedimiento de mediación el llevado a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No obstante, quedan excluidas las gestiones que para resolver un litigio pueda realizar en el curso del proceso judicial el juez que está conociendo del mismo, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional solicita ayuda o asesoramiento de una persona competente (Considerando 12).

<sup>43</sup> En esta línea, pero centrado en el ámbito familiar, y dentro del laberinto de situaciones a que da lugar la regulación de la mediación en cada uno de los Estados miembros, cabe señalar que, por ejemplo, en Noruega la mediación resulta obligatoria en relación a las controversias relacionadas con menores de 16 años, y en Inglaterra y País de Gales la *Family Law Act* de 1996 y la *Justice Act* de 1999 obligan a las personas que pretendan acudir a la vía judicial a intentar una mediación o, en su caso, desmostar las causas por las que ello no ha sido posible.

<sup>44</sup> Se trata de una definición propia de la órbita anglosajona, pero válida para el ámbito continental (HALE, B. y otros, *The Family, Law & Society*, 5ª ed., LexisNexis, Edinburgh, 2002, p. 295). Para ROBERTS, M. en la mediación un tercero asiste a las partes en disputa en una negociación sobre los asuntos que les afectan; el mediador no tiene interés en el asunto y carece de facultades para imponer un acuerdo a las partes, son éstas quienes mantienen la autoridad para, en su caso, concluir acuerdos (*Mediation in Family Disputes*, 2ª ed., Arena, Aldershot, 1997, p. 4). En Francia el Consejo Familiar Consultivo para la Mediación Familiar caracterizó la mediación por tres elementos: a) actuación en situaciones de ruptura o separaciones, b) con el fin de facilitar la comunicación de las personas en la gestión del conflicto y c) con intervención de un tercero imparcial que actúa bajo el principio de confidencialidad y que carece de poderes de decisión. En similares términos, para una definición de la mediación familiar en el marco del Derecho español véase ALES SIOLI, J., *La mediación familiar*,

Respecto a la figura del mediador, éste es definido en la Directiva de una manera relativamente simple al indicarse que será el tercero que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro concernido y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación. Queda en la competencia interna de cada Estado miembro la configuración del *status* de mediador en cuanto a requisitos de formación, titulación, etc.,<sup>45</sup> circunstancias que deberían contemplarse con especial cuidado en el supuesto de tratarse de mediadores para intervenir en conflictos transfronterizos.

Efectivamente, la necesidad de que para estas mediaciones con elemento extranjero el mediador tenga un plus de preparación frente al mediador que trabaja habitualmente en relación a controversias puramente internas ya se apuntaba como una exigencia en el punto VIII e) de la citada Recomendación (98)1 del Comité de Ministros, sobre mediación familiar, donde se establecía que teniendo en cuenta las peculiaridades de los supuestos que integran la mediación internacional, los mediadores deberían adquirir una formación complementaria específica para ser considerados suficientemente capacitados para afrontar con rigor y calidad estos supuestos de naturaleza heterogénea.<sup>46</sup> Por ello, entre otros, entendemos que debería exigírseles conocimientos de idiomas, de las distintas culturas jurídicas en relación a la institución del matrimonio,<sup>47</sup> de los sistemas judiciales e incluso sería conveniente que adquiriesen algunos conocimientos de Derecho internacional privado en relación a los problemas que en dicha disciplina se

---

Aconcagua, Sevilla, 2005, pp. 12-15, quien la define como un “proceso conducido por un tercero, experto en técnicas de negociación, que respetando el derecho a la autodeterminación de las partes para su solución, supone un complemento a la vía judicial o alternativa en su caso”.

<sup>45</sup> En la práctica la formación exigida a los mediadores varía de un Estado miembro a otro, encontrándonos con un abanico de supuestos. Así, por citar algunos casos, en Portugal no existen unos criterios de acceso a la profesión, aunque en la práctica el Ministerio de Justicia exige un curso de formación para otorgar licencias; en Italia no están reglamentadas las condiciones de acreditación, corriendo la formación a cargo de asociaciones de mediadores familiares; En Noruega los jueces ejercen de mediadores, tras una formación de tres años; En Bélgica se exige una formación que ofrecen determinados organismos privados; En Francia la función del mediador familiar está reglamentada en el Decreto de 2 de diciembre de 2003, requiriéndose una formación mínima de dos años; En España no existe una diplomatura en mediación familiar, si bien el Real Decreto-Ley 5/2012 exige que el mediador deberá contar con formación específica, adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas (artículo 11.2). Precisamente acaba de ser sometida una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunale di Palermo -Sezione Distaccata di Bagheria- en virtud de la cual, entre otras cuestiones, se plantea si los artículos 3 y 4 de la Directiva exigen que el mediador posea también cualificación jurídica y que la selección del mediador, por el responsable del organismo, se efectúe teniendo en cuenta los conocimientos y experiencia profesionales específicos sobre la materia objeto de la controversia (Asunto C-464/11; DOUE C 340, de 19 de noviembre de 2011).

<sup>46</sup> En este marco nos encontramos ya con que instituciones que se ocupan de la formación de los mediadores, ofrecen una preparación específica para los supuestos de mediación internacional. Así, en Suiza el Institut Universitaire Kurt Bosch ofrece un *Certificat européen en médiation familiale internationale* donde, desde una perspectiva amplia, se abordan las cuestiones que se presentan en este ámbito de la mediación.

<sup>47</sup> Para un panorama general en relación a los distintos sistemas matrimoniales, centrados en el caso de los Estados pertenecientes a la Unión Europea, véase SUAREZ PERTIERRA, G., *Derecho matrimonial comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 15-62.

producen en relación a la institución de la mediación familiar,<sup>48</sup> pues si nos encontramos ante una mediación donde están afectadas personas de distinta nacionalidad -y posiblemente incluso de distinta cultura jurídica-, será habitual la intervención en escenarios con diferentes normas eventualmente susceptibles de ser tomadas en consideración.<sup>49</sup>

Además, en el mediador han de concurrir las notas de profesionalidad, imparcialidad y competencia para poder llevar el procedimiento de mediación, recogándose en el artículo 4 una serie de características que debe de dar lugar a una mediación de calidad, referidas tanto a la formación de los mediadores, como a la elaboración de código de conductas voluntarios y la adhesión de los mediadores a los mismos.

Ante la decisión por la no regulación de los criterios mínimos obligatorios que deberían cumplir las personas que se dedican a la mediación por considerarse que se trata de una cuestión de cada Estado miembro,<sup>50</sup> se ha optado por el fomento de los llamados códigos de conducta, a lo cual están obligados los Estados miembros.<sup>51</sup> Al respecto es de destacar el *European Code of conduct for mediators* aprobado en julio de 2004, instrumento que, a pesar de haber sido impulsado por la propia Comisión, sólo tiene un carácter vinculante para aquellas organizaciones o mediadores que se hayan adherido al mismo voluntariamente.<sup>52</sup> Mediante la promoción de estos códigos se pretende mejorar

---

<sup>48</sup> Un estudio completo sobre la mediación familiar analizada desde la perspectiva del Derecho internacional privado puede verse en DIAGO DIAGO, M.P., “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado”, en *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, AA.VV., Colex, 2008, pp. 265-298.

<sup>49</sup> Debe tenerse en cuenta que la regulación de las crisis matrimoniales es compleja desde la perspectiva del Derecho internacional privado, entre otras razones, precisamente porque existen importantes diferencias entre los distintos Derechos estatales a la hora de abordar la cuestión. Un amplio análisis sobre las consecuencias de esto puede verse en CALVO CARAVACA, L.A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho de familia internacional*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2005, pp. 105-138.

<sup>50</sup> En el caducado Proyecto de Ley se exigía para ser mediador: a) hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso, b) estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior, c) tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente y, d) figurar inscrito en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación (artículo 12). El Real Decreto-Ley ya hemos indicado que se refiere a la necesidad de contar con una formación específica adquirida mediante la realización de uno o más cursos específicos impartidos por instituciones acreditadas. Dicha formación conllevará la adquisición de “los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, y ello a nivel tanto teórico como práctico” (artículo 11.2)

<sup>51</sup> Como indica ORDÓÑEZ SOLIS, D., se trata ciertamente de una obligación de fomento, de divulgación que resulta muy difícil de controlar jurídicamente, pero sin embargo puede constituir la referencia para el desarrollo de políticas públicas basadas en la creación o en la ayuda de asociaciones, en la puesta en marcha de campañas de promoción relacionadas con la mediación, en la formación de mediadores, etc. (“La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia”, *op. cit.*, pp. 7-8).

<sup>52</sup> En el Considerando 17 de la Directiva se insta a los Estados miembros para que informen a los mediadores de la existencia del Código de conducta europeo para los mediadores, indicándose que al mismo “debe poder acceder el público en general a través de Internet”, lo cual entendemos que no deja de ser un mandato genérico, vacío, que no especifica mínimamente cuáles serán las obligaciones concretas de los Estados miembros de cara a la promoción de los códigos de conductas relacionados con la mediación. Véase el citado Código en [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/ejn/adr\\_ec\\_code\\_conduct](http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr_ec_code_conduct)



la calidad y la confianza en el uso de la mediación, consolidando ésta como un instrumento válido y eficaz para la resolución de los conflictos familiares. En concreto, el Código de conducta establece tres grandes principios básicos en relación a la actuación del mediador: a) independencia y neutralidad, debiendo de carecer de cualquier interés con las partes o con el objeto de la mediación; b) imparcialidad, desarrollando una labor equitativa y con objetividad en relación a las partes y; c) confidencialidad con respecto al objeto de la mediación, las partes y el acuerdo que en su caso se pueda alcanzar.

### **III. DIRECTIVA 2008/52/CE Y ASPECTOS PROCESALES: LA RELACIÓN PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN-PROCESO JUDICIAL Y EL MARCO ESPAÑOL.**

#### **1. Remisión a la mediación.**

En el marco de la fluida relación que como objetivo de la Directiva se pretende entre el desarrollo de la mediación y el proceso judicial, y con un claro espíritu a favor de aquélla, en su artículo 5 se promueve su utilización al indicarse que el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el conflicto. Asimismo, podrá pedir a éstas para que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, siempre y cuando se celebren tales sesiones y sean fácilmente accesibles. Se distingue pues la posibilidad del órgano jurisdiccional de invitar a las partes para que acudan a la mediación de la potestad para imponerles acudir a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, esto es, para que se informen de las ventajas que pueden obtener de una solución amistosa y extrajudicial de la controversia.

Dentro de la tendencia de la Directiva de no entrar en la regulación de aspectos puramente procedimentales, los cuales son competencia de cada Estado miembro, nada se indica sobre quienes serán las personas u organismos competentes para desarrollar estas sesiones informativas, o sobre si las mismas se pudieran llevar a cabo en las propias dependencias judiciales, en el caso español, por ejemplo, a través de los Secretarios Judiciales, personal al cual la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia en materia de conciliaciones (artículo 456.3 c), y que creemos que pudiera resultar una vía adecuada. Lo único que se indica en la Directiva, y además con unos términos nada claros, es que para que sea obligatoria para las partes la asistencia a dichas sesiones informativas éstas se deben celebrar y, además, deben ser fácilmente

---

en.pdf. Junto a este instrumento, en Inglaterra existe un código de práctica de la mediación (*Funding Code Procedures D.5*) y el *UK Collage of Family Mediators Code of Practice (2000)*. En general, sobre la práctica de la mediación en el sistema inglés, *cf.* WESTCOTT J., *Family Mediation, Past, Present and Future*, Jordan Publishing Limited, Bristol, 2004; DIDUCK, A., *Law's Family*, Lexis Nexis, Oxford, 2003, pp. 115-117 y PARKINSON, L., *Family Mediation*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, pp. 353-380.

accesibles, es decir, debe facilitarse a las partes la posibilidad de asistir a un servicio de mediación sin que ello entrañe dificultades excesivas.<sup>53</sup>

Se recoge también la posibilidad de que los Estados miembros puedan mantener sistemas en los que el acudir a la mediación sea requisito previo para poder abrir la vía judicial, siempre que en todo caso tal legislación estatal no impida el derecho de acceso al sistema judicial.<sup>54</sup> Con esta última salvedad quiere dejarse claro que la voluntariedad, en cuanto no obligación de alcanzar acuerdo alguno, sigue constituyendo una nota básica del procedimiento de mediación, siendo la única obligación de las partes la de asistir a la sesión de mediación, esto es, personarse ante el órgano mediador para, es su caso, alcanzar un arreglo amistoso si entienden que ello es favorable a sus intereses.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> No siendo la mediación obligatoria en el actual sistema español -a salvo de lo dispuesto en el ámbito laboral (*infra*)-, es de destacar que el Consejo General del Poder Judicial haya otorgado al Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid el premio 2011 a la 'Justicia Más Accesible' por su proyecto piloto de mediación civil intrajudicial, que ha potenciado el acuerdo entre las partes para resolver conflictos en procedimientos civiles, y que ha dado como resultado que se cierren con acuerdo de mediación un 77% de los casos sometidos a la misma, fundamentalmente en supuestos de divisiones de herencia, de disolución de comunidades de bienes, de actividades molestas en comunidades de propietarios o de reclamaciones de cantidad (*Diario de Noticias La Ley*, núm. 12676, de 4 de noviembre de 2011). Como una novedad importante en nuestro sistema procesal civil, el Proyecto de Ley de mediación establece la obligatoriedad del intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a interponer una demanda en un juicio verbal en reclamaciones de cantidad de las previstas en el artículo 250.2 de la Ley de enjuiciamiento civil. En tal sentido en el artículo 18.3 del Proyecto de Ley se recoge que en los supuestos de mediación obligatoria la sesión informativa será gratuita, y la inasistencia a la misma conllevará la existencia de temeridad a efectos de imposición de costas (Disposición final cuarta, apartados 5 y 10). El reciente Real Decreto-Ley 5/2012 modifica el artículo 414.1 de la Ley de enjuiciamiento civil a fin de que en la convocatoria para la audiencia previa se informe a las partes de la posibilidad de recurrir a una mediación para intentar solucionar el conflicto y, en todo caso, en atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes en el acto de la audiencia a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa (Disposición final segunda, apartado 10).

<sup>54</sup> Es lo que sucede en España en relación al orden jurisdiccional social donde, a tenor de los artículos 66.3 y 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, si las partes no acuden al preceptivo intento de conciliación previo al proceso laboral podrán serles impuestas determinadas sanciones económicas si en la posterior sentencia se resuelve en contra de sus intereses. Como puede observarse, se trata de una forma de promover el arreglo amistoso, que sólo conlleva la obligación de asistir a la sesión de conciliación, aunque sea a los meros efectos de indicar la no intención de solucionar amistosamente el litigio.

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión de la voluntariedad versa también la ya citada cuestión prejudicial que ha sido recientemente sometida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunale di Palemo (Asunto C-464/11). En concreto, en este aspecto se trata de saber si el artículo 1, el artículo 3, letra a), el Considerando décimo y el Considerando decimotercero de la Directiva, que se refieren al carácter decisivo de la voluntad de las partes en la gestión del procedimiento de mediación y en la decisión sobre su conclusión, pueden ser interpretados en el sentido de que cuando no se alcance el acuerdo amistoso y espontáneo, el mediador podrá formular una propuesta de conciliación, salvo que las partes le soliciten de mutuo acuerdo que se abstenga de hacerlo porque entienden que se debe poner fin al procedimiento de mediación.

## **2. Confidencialidad y mediación.**

Un segundo aspecto relevante entre la mediación y el proceso civil lo constituye el hecho de la posible utilización en éste de determinados extremos relacionados con un previo procedimiento de mediación. Así, se establece en el artículo 7 de la Directiva que los Estados miembros garantizarán que, salvo acuerdo contrario de las partes, ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento estarán obligadas a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso.<sup>56</sup>

Aunque parece claro que el precepto va dirigido a los mediadores, en la inicial versión de la propuesta de Directiva surgía la duda de si el deber de confidencialidad podía también afectar de algún modo a las partes en conflicto. En concreto nos referimos al caso de que, después de haberse aportado en el proceso de mediación por las partes una serie de datos que pueden entenderse confidenciales, la mediación fracasa al no alcanzarse acuerdo alguno y ha de iniciarse un proceso judicial. Si se limitara la posibilidad de utilizar los materiales puestos de manifiesto en la mediación se podría decir que se estaría también limitando a las partes su derecho de defensa.

Por nuestra parte entendemos que para una debida promoción de la mediación parecería apropiado que los datos conocidos en el desarrollo de un procedimiento de mediación, y que al margen del mismo no hubiera sido posible su conocimiento -esto es, no se hubieran podido obtener de otra manera-, deberían en cualquier caso estar protegidos por el deber de confidencialidad.<sup>57</sup> Sobre este particular el artículo 7.1 incluyó entre quienes han de guardar el deber de confidencialidad a las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación, pero no expresamente a las partes. Y ello frente al criterio de la enmienda formulada por el Parlamento Europeo al texto de la Comisión por la que se solicitaba la inclusión de un nuevo artículo 6 bis), donde claramente se decanta por extender el deber de confidencialidad a los mediadores, *a las partes* y a todos aquellos que participen en el procedimiento de mediación.

En cualquier caso, en el artículo 7.2 de la Directiva se ha dejado la puerta abierta a una mayor exigencia en el deber de confidencialidad en cuanto que se permite que los Estados miembros puedan aplicar “medidas más estrictas” para proteger la confidencialidad de la mediación. Y en tal sentido el artículo 9 del Real Decreto-Ley

---

<sup>56</sup> Sin embargo la propia Directiva deja a salvo dos supuestos de este deber de confidencialidad e su artículo 7: por una parte cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate (especialmente 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) y, por otra, cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación resulte necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

<sup>57</sup> De otra forma se favorecería a la parte que actúa de mala fe retirándose de un procedimiento de mediación donde previamente han sido aportados por la otra parte ciertos documentos, informaciones o datos que, por ejemplo, no le hubiese interesado su utilización en su contra en un eventual posterior proceso judicial, y que de no haber tenido lugar el fallido procedimiento de mediación no hubiesen sido conocidos por la otra parte.

5/2012, siguiendo lo que ya se indicaba al respecto en el caducado Proyecto de Ley de mediación, parece haber recogido dicha invitación al establecer que la obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las partes intervinientes, de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.<sup>58</sup>

### 3. Caducidad y prescripción.

Como tercera cuestión de indudable naturaleza procesal se regula también en la Directiva la influencia que en relación a las clásicas instituciones de la caducidad y la prescripción puede ejercer el sometimiento de una controversia a la mediación. Con ello se vuelve a asegurar desde otra perspectiva una relación dinámica entre la mediación y el procedimiento judicial, lo cual contribuirá indirectamente también a promover la utilización de la mediación. Se trata de que el tiempo que se consume desde que se somete un asunto a mediación hasta que misma finaliza -con o sin éxito- conllevará automáticamente la suspensión de todo plazo de caducidad o prescripción que se encuentre relacionado con la acción que pudiera proceder sobre las cuestiones sometidas a mediación,<sup>59</sup> y ello con el fin de asegurar a las partes que optan por la mediación que no se les impida incoar un procedimiento judicial con posterioridad por el hecho de haber intentado un previo procedimiento de mediación.<sup>60</sup>

Al respecto, y a tenor del artículo 8 de la Directiva, los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante la tramitación del procedimiento de mediación.

En la propuesta inicial de Directiva se indicaba que la suspensión tendría lugar a partir de alguno de los siguientes momentos: a) desde que las partes acordasen acudir a la mediación; b) desde que el órgano jurisdiccional, en su caso, ordenase recurrir a la mediación o; c) desde que fuese obligatorio recurrir a la mediación de conformidad con

---

<sup>58</sup> En tal sentido en el artículo 9.1 del Real Decreto-Ley 5/2012 se garantiza la confidencialidad de la mediación y su contenido, de forma que ni los mediadores, ni las personas que participen en el procedimiento de mediación estarán obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo. Y ello será así salvo en los tasados supuestos que, en forma similar a como se establece en la propia Directiva, se recogen en el artículo 9.2 del Proyecto de Ley.

<sup>59</sup> Hay que tener en cuenta que en sistemas como el español los plazos para ejercitar una acción son normalmente plazos de prescripción (que son susceptibles de interrupción, pero no de suspensión) y los plazos dentro del proceso judicial -una vez abierto éste- para realizar los actos oportunos procesales son plazos de caducidad (susceptibles de suspenderse *ex* artículo 19.4 Ley de enjuiciamiento civil). Pues bien, lo que no nos ofrece dudas es que la Directiva, en el caso español, se está refiriendo tanto a los plazos de caducidad como a los de prescripción y que, en ambos casos se determina la suspensión del plazo, independientemente de su naturaleza.

<sup>60</sup> Como complemento de esta regulación favorecedora de la mediación, la Disposición final segunda del Real Decreto-Ley modifica determinados artículos de la Ley de enjuiciamiento civil (39, 63.1 y 65.2) con la finalidad de admitir la declinatoria por falta de competencia internacional o falta de jurisdicción como consecuencia de haberse sometido una controversia a un procedimiento de mediación..

el Derecho nacional de un Estado miembro. Y en cuanto al momento final del cómputo del plazo de suspensión, éste sería el de la finalización de la mediación sin alcanzarse un acuerdo, que sería computado desde la fecha en que una o ambas partes, o el mediador, declarasen terminada la mediación o se retirasen efectivamente de la misma. Sin embargo esta serie de precisiones fueron finalmente suprimidas en la versión final de la Directiva, que ha quedado con una norma muy simple sobre el particular, quizás con el ánimo de dejar lo más abierta posible la cuestión teniendo en cuenta el fin que se pretende con la disposición que comentamos.

En el caso del Derecho español la cuestión fue abordada en relación a los procedimientos sobre crisis matrimoniales en la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.<sup>61</sup> A tenor del artículo 770.7 de la Ley de enjuiciamiento civil las partes pueden solicitar la suspensión del proceso para someter la cuestión a un procedimiento de mediación, lo cual, según el artículo 19.4 de dicho texto legal, puede tener lugar por un plazo de hasta sesenta días.<sup>62</sup> Además, el reformado artículo 777.2 establece que al escrito promoviendo el procedimiento de separación o divorcio se acompañará, en su caso, el acuerdo final alcanzado en “procedimiento de mediación familiar”, con lo cual se está avalando desde una ley de la trascendencia de nuestra ley adjetiva procesal, tal procedimiento de solución de conflictos.

Por su parte, el Real Decreto-Ley 5/2012, siguiendo lo dispuesto ya en el anterior Proyecto de Ley de mediación, ha contemplado esta cuestión en su artículo 4, estableciéndose que el inicio de la mediación suspenderá la prescripción o caducidad de acciones,<sup>63</sup> entendiéndose iniciada la misma bien con la presentación de la solicitud por una de las partes o bien desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación. La suspensión se prolongará durante el tiempo que medie hasta la fecha de la firma del acuerdo o, en su defecto, del acta final, o bien hasta que se produzca la terminación por alguna de las causas prevista en la propia ley.<sup>64</sup> Por último se establece que si no se

---

<sup>61</sup> BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

<sup>62</sup> En similar sentido en el artículo 16.3 del Real Decreto-Ley 5/2012, siguiéndose lo ya recogido en el anterior Proyecto de Ley, se indica que cuando de manera voluntaria se inicie un procedimiento de mediación encontrándose en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. La mediación encuentra cabida en la generosa regulación procesal española del artículo 19 de la Ley de enjuiciamiento civil dado que, por una parte “los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo” y, por otra, en cuanto al momento de llegar a acuerdos entre las partes “podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia” (ORDOÑEZ SOLIS, D., “La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia”, *op. cit.*, p. 9).

<sup>63</sup> Aquí existe una evidente imprecisión técnica en el Real Decreto-Ley, pues extiende el efecto suspensión también a la prescripción, cuando sabido es que, como ya hemos apuntado, en nuestro sistema (artículos 1973 a 1975 del Código civil) la prescripción se interrumpe, mientras que la caducidad se suspende.

<sup>64</sup> A estas causas se refiere el artículo 22 del Real Decreto-Ley 5/2012, recogiendo como motivos de finalización: el no haberse alcanzado un acuerdo (bien porque las partes en conflicto ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, bien porque haya transcurrido el plazo máximo previsto para la

firmara el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días naturales a contar desde el día en que se entiende comenzaba la mediación, se reanuda el cómputo de los plazos.

Entendemos que la regulación que se da a esta cuestión en el Real Decreto-Ley (de una manera continuista a como ya aparecía en el Proyecto de Ley anterior) causa inseguridad en cuanto no se establecen mecanismos claros y fehacientes para determinar los momentos de inicio y duración de los efectos suspensivo e interruptivo de los plazos, máxime cuando las instituciones de mediación pueden ser según el Real Decreto-Ley tanto entidades públicas o privadas y corporaciones de derecho público en los términos establecidos en la ley (artículo 5), lo cual puede dar lugar a que se produzcan evidentes situaciones de incertidumbre, lo cual pudiera haberse evitado, por ejemplo, si se hubiera dispuesto al amparo del artículo 1227 de Código civil la entrega de la solicitud o el depósito ante un funcionario público por razón de su oficio, como puede ser un notario - aún en este supuesto a riesgo de encarecer algo el procedimiento-.

#### **4. Ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación.**

Finalmente, en relación a los preceptos de la Directiva que se encuentran en conexión tanto con el procedimiento de mediación como con el proceso judicial, y uno de los elementos esenciales para que el sistema de mediación comunitario funcione correctamente y resulte atractivo, lo constituye la posibilidad de que el eventual acuerdo alcanzado pueda circular con relativa facilidad por el territorio de los Estados miembros.

El alcance del acuerdo que puedan adoptar las partes en el marco de un procedimiento de mediación es cuestión especialmente interesante en relación a los conflictos transfronterizos, pues la diversidad de calificaciones utilizadas en los Estados miembros para los acuerdos resultantes de ADR convierten al panorama en ciertamente complejo.<sup>65</sup> La heterogeneidad tanto en relación al carácter como en lo referente a la fuerza jurídica de los acuerdos obtenidos y, por consiguiente, en cuanto a su eficacia internacional, podía dar lugar a la paradoja de que el objetivo latente en toda mediación -evitar un litigio judicial- nos podría conducir a la necesidad de tener que acudir

---

duración del procedimiento); el apreciarse por el mediador, justificadamente, que las posiciones de las partes son irreconciliables; o el concurrir otra causa que determine su conclusión.

<sup>65</sup> Las ADR suelen desembocar frecuentemente en una simple transacción de carácter contractual pero también lo pueden hacer en otras fórmulas como puede ser un acta de conciliación o de acuerdo de mediación. En todas estas fórmulas nos encontramos con el denominador común de que en realidad constituyen transacciones. Ahora bien, la transacción no reviste la misma fuerza jurídica en todos los Estados miembros, regulándose la validez del acuerdo -y, por tanto, su eficacia- por la ley que designe la correspondiente norma relativa a los conflictos de leyes (uniformadas a en el caso de la Unión Europea por el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales).

finalmente a la vía judicial para conferir fuerza ejecutiva a los acuerdos obtenidos mediante la mediación.<sup>66</sup>

En el artículo 6 de la Directiva se contiene una norma cuyo fin es la promoción de la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación alcanzados en el seno de los Estados miembros. A tal efecto se establece que los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que en un Estado miembro se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, se considere contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, o la legislación de dicho Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo bien en virtud de sentencia, o bien de una resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional -o de otra autoridad competente-, conforme con la legislación del Estado miembro en que se formule la solicitud. La regulación contenida en el artículo 6 de la Directiva ha conseguido otorgar cierta claridad en cuanto a algunas cuestiones que en la propuesta no se encontraban del todo bien definidas, aunque entendemos que todavía algunas dudas no están del todo disipadas:

a) Así, en primer término, y desde una perspectiva conceptual, no parecía adecuado hablar de *conformidad* del acuerdo, pues el órgano jurisdiccional o la entidad pública designada lo que realmente haría sería aprobar u homologar el acuerdo, siendo las partes las únicas legitimadas para confirmarlo. Finalmente la Directiva se refiere, de una manera más correcta, a que se solicite que el contenido de un acuerdo resultante de una mediación pueda dársele carácter ejecutivo.

b) Aunque la versión inicial del precepto no era clara al respecto, ahora parece que no es necesaria que la petición de ejecutividad haya de ser realizada conjuntamente por las partes, siendo suficiente la petición a instancia de una de ellas. Serán ambas partes las que habrán confirmado el acuerdo, que posteriormente será homologado a instancias de cualquiera de ellas. La Directiva ha aclarado que dicha solicitud de ejecutividad la puedan realizar, bien las partes conjuntamente, o bien una de ellas con el consentimiento explícito de las otras.

c) Al no establecerse en el articulado de la Directiva normas especiales sobre reconocimiento y ejecución extraterritorial de los acuerdos confirmados en otro Estado distinto al de ejecución, parece que para ello habrá que hacer uso de los actuales instrumentos comunitarios de cooperación judicial civil sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil,<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Como acertadamente indica MARTIN DIZ, F., “de poco, o nada, sirve la rapidez, flexibilidad y menor coste económico del recurso a las ADR si posteriormente la solución alcanzada queda en vía muerta ante el incumplimiento de alguna de las partes” (“Alternativas extrajudiciales...”, *op. cit.* p. 10).

<sup>67</sup> Así, en particular, se hace expresa referencia tanto al Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones

solución avalada de una manera expresa por el contenido del considerando 20 de la Directiva.

La regulación de esta cuestión en el caducado Proyecto de Ley de mediación español resultó con cierta polémica, en cuanto se añadió una exigencia para la declaración de título ejecutivo en el extranjero no requerida para los acuerdos de eficacia meramente interna. Se partía declarándose en el artículo 24 que el acuerdo de mediación constituye un documento que lleva aparejada ejecución,<sup>68</sup> produciendo efectos de cosa juzgada para las partes, pudiendo cualquiera de ellas protocolizarlo notarialmente a su costa, pero no siendo ello necesario para que se considere título ejecutivo.<sup>69</sup> Sin embargo, frente a esta situación general, cuando el acuerdo de mediación celebrado en España haya de ejecutarse en otro Estado, entonces se exige en el artículo 24.3, *in fine*, que la protocolización notarial será obligatoria para su consideración como título ejecutivo, y ello además de los requisitos que en su caso puedan exigir los Convenios internacionales en que España sea parte, así como las normas de la Unión Europea.

Por lo tanto, podemos constatar que, frente a lo que sucede a nivel puramente interno en relación a los acuerdos de mediación celebrados en España y llamados a ejecutarse en España -donde el simple acuerdo debidamente adoptado se consideraba, sin más, título ejecutivo-, sin embargo en relación a los acuerdos con vocación de ejecución en otros Estados -y también a los acuerdos celebrados en el extranjero pero con interés de ejecución en España (*infra*)-, el papel del notario se presentaba fundamental, y a tenor del Proyecto de Ley, sobre este profesional recaería la responsabilidad de constatar que los acuerdos de mediación reúnen los requisitos necesarios para que los mismos puedan adquirir carácter de título ejecutivo, esto es, deberán llevar a cabo la función de control de legalidad sobre los mismos.

---

judiciales en materia civil y mercantil, como al Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Quizás una forma útil de lograr el objetivo de la ejecutabilidad pudiera ser mediante la transformación del acuerdo en una “transacción judicial”, y de este modo el acuerdo declarado ejecutivo en un Estado miembro pudiera ser declarado ejecutivo en otro Estado miembro a través de la vía simplificada de los artículos 57 y 58 del Reglamento 44/2001 o del artículo 46 del Reglamento 2201/2003, dependiendo de la materia objeto del acuerdo.

<sup>68</sup> En concreto, en el artículo 26 se establecía que el acuerdo debidamente formalizado tendría eficacia ejecutiva y sería título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil.

<sup>69</sup> Este carácter ejecutivo del acuerdo de mediación fue duramente criticado por el colectivo notarial en tanto en cuanto entendían que un título ejecutivo ha de tratarse de un título de calidad, y esto sólo se lo otorga a un documento entre particulares una sentencia judicial o una escritura pública notarial. En este sentido, para TORRES ESCAMEZ, S., el artículo 26 del Proyecto de Ley excedía claramente del principio marcado por el artículo 6.2 de la Directiva, entendiendo que la correcta interpretación del artículo 6.1 de la Directiva sólo podía ser en el sentido de que los Estados miembros que no tuviesen previstos en su sistema un procedimiento ejecutivo de los acuerdos deberían implantarlos, pero ello no sucede en aquellos -como el nuestro- que contemplan la homologación judicial o la escritura notarial ejecutiva para tal fin (“Ejecuta como sea –o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación”, *El Notario del Siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 38, julio-agosto 2011, pp. 34-35). En parecido sentido DOMINGUEZ MENA, A., “Directiva sobre mediación: otro paso más hacia la desjudicialización”, en *Notario del Siglo XXI*, núm. 20, julio-agosto, 2008, p 4.



Pues bien, esta exigencia para la ejecución en el extranjero de los acuerdos celebrados en España sigue vigente en el Real Decreto-Ley 5/2012, recogiendo en iguales términos en su artículo 25.3. Sin embargo, quizás la principal novedad del referido instrumento frente al anterior Proyecto se encuentra en la necesidad, con carácter general, de la elevación a escritura pública ante Notario del acuerdo de mediación para que éste sea considerado como título ejecutivo. En efecto, si en el Proyecto de Ley se indicaba que el acuerdo de mediación debidamente alcanzado tenía eficacia ejecutiva y era título suficiente para poder instar directamente su ejecución forzosa (artículo 26), en el artículo 23, *in fine*, del Real Decreto-Ley se establece que el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública “al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo”.<sup>70</sup> Al margen de ello, se establece en el artículo 25.4 que cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciado un proceso judicial (mediación intrajudicial), las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil (en concreto, en su artículo 19.2), constituyendo entonces título ejecutivo (artículo 117.3), siendo competente para conocer de la ejecución el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación (artículo 545.2 en la redacción dada por la Disposición final segunda, apartado 15, del Real Decreto-Ley 5/2012).

En el caso de que lo que se pretenda es la ejecución en España de un acuerdo de mediación alcanzado en el extranjero, en el artículo 27 del Real Decreto-Ley (siguiendo lo ya dispuesto en el artículo 28 del Proyecto de Ley) se establece una triple consideración. Primero: sin perjuicio de lo que dispongan las normas de la Unión Europea y los Convenios internacionales en los que España sea parte, si el acuerdo ha adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ejecutarse en España cuando dicha fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.<sup>71</sup> Segundo: 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. Tercero: un acuerdo de mediación dictado en el extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

Un último apunte nos parece interesante reseñar en relación al tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación cuando éstos han sido dictados en el

---

<sup>70</sup> En tales términos se reforma el artículo 517.2, apartado 2º, de la Ley de enjuiciamiento civil al efecto de exigirse la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación para que adquiera el carácter de título ejecutivo (Disposición final segunda, apartado 12). Esta nueva regulación implica que la ejecución de los acuerdos no elevados a escritura pública habrá de producirse tras el seguimiento de un proceso declarativo, en el que el acuerdo de mediación deberá aportarse como prueba documental (SOLETO MUÑOZ, H., “La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil”, *Diario La Ley*, núm. 7834, de 10 de abril de 2012, p. 4).

<sup>71</sup> Entendemos que dicho acuerdo habrá debido ser intervenido por un notario o autoridad equivalente en el Estado de origen del mismo como autoridad competente, y ello en coherencia con lo dispuesto en el artículo 25.3 de Real Decreto-Ley cuando se exige que es obligatoria la protocolización notarial para los acuerdos de mediación suscritos en España y que pretendan ejecutarse en otro Estado.

extranjero y se pretenden ejecutar en España al cumplir los requisitos para ello. Parece que el Real Decreto-Ley 5/2012 se ha olvidado de regular esta cuestión de no poca importancia, pues nada se indica al respecto. En efecto, en su artículo 26 (como ya aparecía en el artículo 27 del anterior Proyecto de Ley) se determina la competencia para conocer de la ejecución en relación a dos supuestos. Por un lado, cuando se haya llegado a un acuerdo en el marco de un proceso judicial se establece que será competente el tribunal que homologó el acuerdo. Por otro, si se alcanzó un acuerdo fuera del ámbito de un proceso judicial, se declara competente al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación.<sup>72</sup>

Pues bien, evidentemente ninguno de los dos criterios establecidos en el Real Decreto-Ley 5/2012 son válidos para determinar la competencia judicial en el caso de ejecución en España de un acuerdo de mediación celebrado en el extranjero, pues, si el acuerdo se concluyó en el marco de un proceso judicial, el órgano judicial será lógicamente un juez o tribunal extranjero, y si se trata de una mediación extrajudicial, el acuerdo se habrá celebrado en otro Estado. Ante el silencio del Real Decreto-Ley 5/2012 en relación a esta importante cuestión, y mientras no se acometan reformas de nuestras normas internas que regulan la competencia en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, se nos antoja que la solución más razonable sería la aplicación, con las adaptaciones precisas, de los criterios de atribución de competencia para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales contenidos en los principales instrumentos comunitarios que pudieran tener relación con la materia que abordamos, esto es, el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, y el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003. Ello además tiene su apoyo en lo dispuesto en el Considerando 20 de la propia Directiva al indicarse precisamente que tales instrumentos, y al margen de lo que se pueda disponer en cada legislación nacional -en el caso español vemos que parece que, al menos de momento, nada se dispone- pueden ser la base para el reconocimiento y ejecución del contenido de los acuerdos de mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro.

---

<sup>72</sup> Y al tal fin la Disposición final segunda, apartado 15, del propio Real Decreto-Ley 5/2012, propone la modificación del artículo 545.2 de la Ley de enjuiciamiento civil en virtud de la cual cuando el título cuya ejecución se solicite sea 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 hubiera firmado el acuerdo de mediación.