

Textos legales

La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Derecho internacional privado

Rafael ARENAS GARCÍA *

Sumario: I. Una insatisfactoria incorporación de la Directiva 2008/52/CE. II. Ámbito de la ley aplicable. III. Cuestiones de competencia judicial internacional. IV. Ejecución en España de acuerdos de mediación “extranjeros”. V. Consideración final.

I. Una insatisfactoria incorporación de la Directiva 2008/52/CE

El RD–Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹ 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, aunque, tal como se indica en la Exposición de Motivos del mencionado RD–Ley (apartado II), va más allá de la transposición estricta de la Directiva, ya que no se limita a introducir unas normas mínimas orientadas a fomentar la mediación en los litigios transfronterizos, sino que incorpora un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España en materia civil y mercantil. En este sentido la Exposición de Motivos señala que el texto ha tenido en cuenta la Ley Modelo de la Uncitral sobre Conciliación Comercial internacional del año 2002. En la actualidad el RD–Ley 5/2012 se ha convertido en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles². A continuación nos ocuparemos de esta última y no del RD–Ley que le antecede.

El propósito de esta nota no es realizar un comentario completo de la ley de mediación, sino únicamente de aquellos aspectos que se vinculan directamente a cuestiones de Derecho internacional privado (competencia judicial, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras). Un comentario general de la regulación desbordaría el marco que aquí nos hemos propuesto y será, sin duda, abordado por los muchos especialistas interesados en este campo relativamente nuevo, el de la mediación, y tan lleno de posibilidades tanto para las partes que pueden beneficiarse de este mecanismo de resolución de conflictos como por los profesionales que ejercen las funciones de mediadores. Ahora bien, no puede siquiera abordarse el

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ *BOE*, 6–III–2012.

² *BOE*, 7–VII–2012.

comentario parcial que nos proponemos sin explicitar cuál es la naturaleza y función de la mediación, ya que tal naturaleza y función condicionan la regulación, su interpretación y aplicación.

Como es sabido, la mediación no es un supuesto de heterocomposición (a diferencia del recurso a los tribunales o al arbitraje). En la mediación no es un tercero el que resuelve la controversia que enfrenta a las partes, sino que son las propias partes las que, con la ayuda del tercero, el mediador, resuelven el conflicto; de tal forma que el acuerdo que pone fin al conflicto es obra de las partes, no del mediador, que se limita a ejercer el papel de intermediario entre las partes y a proponerles vías de solución que en cualquier caso han de ser aceptadas por ellas. Se diferencia la mediación de la negociación precisamente en la presencia del mediador y del arbitraje en que el tercero no está habilitado para resolver según su criterio el conflicto, sino tan solo para proponer a las partes acuerdos que, en cualquier caso, han de ser aceptados por ellas.

Esta configuración de la mediación hace que forzosamente deba establecerse una diferencia esencial entre el régimen del procedimiento de mediación y el de los resultados del mismo. El procedimiento de mediación vendrá determinado por la normativa aplicable al mismo y que, como veremos, puede venir condicionada por el lugar en el que se realice la mediación o por las circunstancias personales de las partes; pero el resultado de dicho proceso será un acuerdo que se insertará en una relación previa entre las partes, lo que implicará que al menos tendencialmente exista una estrecha vinculación entre la regulación de esa relación en la que se inserta la mediación y el acuerdo al que se llegue. Esta circunstancia diferencia la mediación del arbitraje, en el que tanto el procedimiento como su resultado, el laudo, no tienen que estar regidos necesariamente por el mismo Derecho que la relación en la que se inserta el arbitraje. La dimensión procesal del arbitraje implica que no existe una separación neta entre la regulación del proceso y la del resultado de éste; de tal forma que este resultado se impone a la voluntad de las partes y no existe inconveniente para que lo haga de forma directa, desvinculada de las previsiones del Derecho rector de la relación preexistente entre ellas.

La Ley de mediación española no tiene en cuenta suficientemente esta perspectiva y asimila quizás en exceso el régimen de la mediación al arbitraje, lo que puede ser fuente de algún problema que también se manifestará en los supuestos que aquí nos ocupan, los supuestos internacionales.

Tal como se ha indicado, la Ley de mediación incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE. Esta Directiva se limita a introducir determinadas medidas que favorezcan las medidas alternativas de solución de conflictos y la resolución amistosa de litigios transfronterizos, definidos como aquellos en los que las partes no tienen su domicilio en Estados miembros diferentes y también aquellos otros en los que, aún no dándose la divergencia de domicilios que acaba de ser señalada, se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distintos de aquel en el que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente (art. 2 de la Directiva). La Ley española no se ajusta exactamente a la defini-

ción de litigio transfronterizo de la Directiva, ya que por una parte no se limita a los supuestos en los que las partes tienen su domicilio en Estados miembros diferentes, sino que se extiende a todos los casos en los que los domicilios de las partes están en Estados diferentes (sean Estados miembros de la UE o no); aunque por otro lado no incluye aquellos supuestos en los que tras la mediación se inicia un procedimiento judicial o un arbitraje en un Estado diferente de aquel en el que las partes están domiciliadas. Ahora bien, esta divergencia no supondrá una vulneración de la Directiva, ya que de tal divergencia no se derivará el incumplimiento de ninguna de las exigencias de la misma, toda vez que la norma española se aplicará tanto a la mediación en litigios transfronterizos como a la mediación interna. La definición de litigios transfronterizos en la Directiva tiene como fin tan solo delimitar el ámbito mínimo de armonización, ámbito que la norma española supera ampliamente.

La definición de litigio transfronterizo de la Directiva sirve también para delimitar su ámbito de aplicación espacial. De la previsión del art. 2 de la Directiva resulta que ésta deberá aplicarse al menos a aquellos casos en los que las partes en la mediación tienen su domicilio en Estados miembros diferentes y también en aquellos supuestos en que estando las partes domiciliadas en un mismo Estado miembro tras la mediación se desarrolla un procedimiento judicial o un arbitraje en otro Estado miembro. La Ley española se aparta significativamente del criterio de la Directiva, ya que se prevé (art. 2.1.2 de la Ley 5/2012) que la Ley será de aplicación cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a ella o cuando una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Es evidente que la previsión del legislador español deja fuera de la aplicación de la normativa española supuestos que entran claramente en el ámbito de la Directiva, así, por ejemplo, el caso en el que se desarrolle en España una mediación entre dos personas domiciliadas fuera de España pero en Estados miembros de la UE. Tampoco se aplicaría la regulación española a supuestos en los que la mediación se realiza fuera de España y con posterioridad un procedimiento judicial se desarrolla en España o en otro Estado miembro de la UE. En estos supuestos la Directiva resultaría aplicable y la Ley española, a tenor de lo establecido en su art. 2, no; pese a que la previsión del art. 27 podría conducir a desmentir esta conclusión, ya que en este precepto se regula un supuesto (ejecución en España de un acuerdo de mediación alcanzado en el extranjero) que, en principio, no quedaría incluido en el ámbito de aplicación diseñado por el art. 2 de la Ley.

Lo lógico es interpretar que la previsión del art. 27 se aplicará pese a que no entre en el ámbito definido por el art. 2 de la Ley. Se ha de criticar la defectuosa técnica legislativa, pero eso no ha de conducir a una interpretación absurda que condujera a la inaplicación del art. 27; ahora bien, los problemas que puede plantear la delimitación del ámbito de aplicación que realiza el art. 2 no se limitan a este supuesto, ya que aún debe determinarse cuál es la incidencia respecto a los procedimientos judiciales o arbitrales que se desarrollan en España de las mediaciones que se desarrollan en el extranjero o que aún llevándose a cabo en España afectan a personas que no se encuen-

tran domiciliadas en nuestro país. Hemos de tener en cuenta que la Directiva obliga (art. 8) a que los Estados garanticen que la mediación no impida a las partes plantear un proceso judicial o arbitral por haber vencido los plazos de caducidad o de prescripción. La ley española de mediación regula con cierto detalle esta cuestión en el art. 5; pero la previsión del art. 2 permite dudar con fundamento sobre si tal previsión se aplica a las mediaciones que se desarrollen en el extranjero o incluso, tal como se acaba de indicar, a las que se lleven a cabo en España cuando ninguna de las partes tiene su domicilio en nuestro país. Esta exclusión sería, sin embargo, contraria a la Directiva, toda vez que si la mediación se desarrolla en un Estado miembro de la UE y las partes tienen su domicilio en la UE resultará obligado para España considerar lo previsto en el art. 8 de la Directiva. Existe, por tanto, la posibilidad de que se denuncie la defectuosa transposición de la Directiva como consecuencia de la criticable delimitación del ámbito de aplicación de la misma; lo que no sería más que una confirmación del desacierto del legislador español a la hora de transponer el ámbito de aplicación espacial de la normativa contenida en las Directivas europeas³.

La aplicación de la ley española a las mediaciones que se desarrollen en España cuando al menos una de las partes se encuentra domiciliada en nuestro país aún puede plantear otro problema. Tal como se había indicado al comienzo de esta nota, es necesario en la mediación diferenciar entre el procedimiento de mediación y el resultado al que llega éste. Como veremos a continuación, si bien el art. 5 podría resultar adecuado para la regulación del Derecho aplicable al procedimiento de mediación, no sucede lo mismo con la proyección de dicho precepto sobre el resultado de tal mediación.

II. Ámbito de la ley aplicable

En lo que se refiere al procedimiento de mediación, hay que tener en cuenta que éste puede carecer de una regulación específica y reconducirse, por tanto, a la regulación general sobre obligaciones contractuales (las que se establecen entre quienes se comprometen a pasar por el proceso de mediación y entre éstas y quien ejerza la función de mediador); aunque también resulta posible que sea objeto de una regulación *ad hoc*, estableciendo el legislador quiénes pueden ejercer como mediadores, qué obligaciones asumen durante el proceso, etc. En este caso se hace necesario determinar a qué supuestos se aplica esta regulación específica, pudiendo tener un carácter territorial (probablemente lo más adecuado) o personal. En este sentido la opción del legislador español por extender la aplicación de la Ley española a las mediaciones que se desarrollen en España cuando una de las partes es española (y a los casos en los que se haya procedido a la sumisión a la Ley de

³ Vid. STJCE (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2004, as. C-70/03, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España* donde se estableció que España había transpuesto incorrectamente la normativa sobre ámbito de la aplicación de la Directiva en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores, *vid.* especialmente los n.ºs 34 y 35 de la Sentencia.

mediación) puede resultar más o menos acertada desde una perspectiva valorativa (quizás fuera más acertado que la Ley se aplicara a todas las mediaciones que se desarrollaran en España), pero no plantea irresolubles problemas de encaje. Además tendríamos que tener en cuenta que el art. 5 de la Ley 5/2012 aún podría ser considerado como una norma de delimitación interior, que determina únicamente el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 y no el del conjunto del Derecho español, de tal forma que la exclusión de la aplicación de la Ley no supondría la necesidad de aplicar una legislación extranjera, sino el Derecho que resultara de la consideración de las normas de conflicto aplicables a la mediación, probablemente las relativas a la responsabilidad contractual, tal como se ha indicado hace un momento.

El planteamiento ha de ser diferente si consideramos el resultado de la mediación, esto es, el acuerdo entre las partes que es fruto de la actividad mediadora. Este acuerdo se insertará en la relación que unía a las partes y, por tanto, lo más adecuado resulta que sea el mismo Derecho que rige tal relación el que determine los efectos del acuerdo al que se llegue. No parece razonable que el hecho de que tal acuerdo se haya producido por medio de un procedimiento de mediación altere esta regla, introduciendo complicaciones adicionales al tener que articularse necesariamente con el Derecho rector de la relación en el marco de la cual se produce la mediación⁴. Ciertamente, la regulación de la Ley 5/2012 en relación al acuerdo de mediación no es extensa y algunas de las previsiones que ahí se incluyen o bien no añaden nada a lo que resulta evidente (por ejemplo, que el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o la totalidad de las materias sometidas a mediación, art. 23.1^o), o bien pueden reconducirse a exigencias procedimentales que no afectan a la eficacia del acuerdo (las indicaciones sobre las menciones que debe incluir el acuerdo de mediación o la exigencia de que el acuerdo se incorpore a tantos ejemplares como partes más uno que ha de conservar el mediador), de tal forma que su incumplimiento no acarrearía la ineficacia del acuerdo que en todo caso se regiría por el Derecho aplicable a la relación en la que se inserta la mediación. Es más delicada, sin embargo, la previsión del art. 23.4^o Ley 5/2012 donde se establece que contra lo convenido en el acuerdo de mediación solamente podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invaliden los contratos. En el caso de que la ley rectora de la relación en el marco de la cual se ha producido la mediación prevea algo diferente sobre la eficacia del acuerdo ¿habrá de prevalecer lo previsto en la ley española solamente porque el acuerdo ha sido adoptado en el marco de una mediación regida por el Derecho español? ¿podrán las partes escapar de este resultado simplemente firmando un acuerdo sin cumplir con los requisitos formales del art. 23.1^o apartado segundo de la ley? De optarse por esta última interpretación resultaría que el proceso de mediación permitiría, a voluntad de las partes, conseguir un acuerdo “reforzado”, pues solamente

⁴ Vid. R. Arenas García y C. Oró Martínez, “Cláusulas de negociación previa o mediación”, en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 103-107, esp. p. 107.

podría perder su eficacia mediante una acción de nulidad; o por un acuerdo “simple”. En caso de formalizar su acuerdo según lo previsto en el art. 23 llegarían al primer resultado y si optan por no hacer constar que el acuerdo es fruto de una mediación se conseguiría el mencionado acuerdo simple. En cualquier caso habrá que esperar a la práctica que se vaya desarrollando sobre el texto para ver en qué forma se abordan estas cuestiones abiertas.

III. Cuestiones de competencia judicial internacional

La Ley española sobre mediación opta por condicionar la posibilidad de que se inicie un procedimiento judicial o arbitral a que se haya intentado la mediación cuando existe pacto expreso por escrito de sometimiento a mediación de las controversias surgidas o que puedan surgir (art. 6.2º de la Ley: “Cuando exista pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”). Tanto el compromiso de mediación como el desarrollo de la misma impiden que se pueda acudir a los tribunales o a arbitraje (o a cualquier otro mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos), tal como establece el art. 10.2º de la Ley; aunque sí se permite solicitar la adopción de medidas cautelares o urgentes de carácter imprescindible. Esta previsión se ve completada por la modificación de la LEC (Disposición Final Tercera de la Ley 5/2012) estableciéndose en el art. 39 LEC que por medio de declinatoria puede denunciarse la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia. También se modifican los arts. 63.1º, 65.2º y 66, que regulan la declinatoria y los recursos contra las decisiones de abstención basadas en falta de competencia internacional, de jurisdicción o de competencia objetiva para incluir dentro de los supuestos de falta de jurisdicción los casos en los que el asunto estuviera sometido a mediación.

La opción del legislador español implica dotar de una eficacia procesal máxima a la mediación, yendo más allá de la situación actual en la que la vulneración de la obligación de someter el asunto a mediación podía conducir a la exigencia de la satisfacción de los daños que pudieran derivarse del incumplimiento de la cláusula de mediación obligatoria, pero sin llegar a impedir el acceso a los tribunales⁵. En el caso español las modificaciones introducidas por la Ley 5/2012 garantizan que los tribunales no podrán actuar existiendo compromiso de mediación o un procedimiento de mediación, aunque no se han introducido las modificaciones correspondientes en la regulación arbitral, por lo que, en principio, sí que será posible el recurso al arbitraje aún existiendo acuerdo de mediación previa. Tal recurso supondrá un incumplimiento del acuerdo de mediación y en su caso deberá ser indem-

⁵ *Ibid.*, p. 107.

nizado, pero no será posible impedir el desarrollo del arbitraje sobre la base del acuerdo de mediación.

El recurso a los tribunales estará, sin embargo y tal como acabamos de ver, vedado, lo que no venía exigido por la Directiva europea, aunque sí aparece en la Ley modelo de la Uncitral sobre conciliación comercial internacional⁶. Se puede plantear, sin embargo, la duda de si también las mediaciones que se desarrollan o han de desarrollarse en el extranjero se encuentran beneficiadas por la prohibición de acudir a los tribunales o a arbitraje (art. 10 de la Ley de mediación) y por la nueva redacción de los arts. 39, 63, 65 y 66 LEC. De no existir el art. 2 de la Ley de mediación la respuesta habría de ser con claridad que sí, que también la mediación que ha de desarrollarse (o se está desarrollando en el extranjero) se ve beneficiada por la previsión ya que donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros. Esta solución es, además, la más razonable desde una perspectiva valorativa ya que no tiene sentido amparar únicamente las mediaciones que se desarrollen en España. El art. 2 de la Ley introduce, sin embargo, una duda sobre este extremo, puesto que podría utilizarse como argumento para sostener que tan solo las mediaciones que entran en el ámbito de aplicación de la Ley (esto es, aquellas que se desarrollen en España cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en territorio español y todas las demás en las que se haya procedido al sometimiento expreso o tácito a la Ley de mediación) pueden implicar la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. De nuevo aquí, por tanto, nos encontramos con un posible efecto perverso del art. 2 Ley 5/2012.

IV. Ejecución en España de acuerdos de mediación “extranjeros”

Finalmente, en lo que se refiere a la ejecución en España de acuerdos de mediación “extranjeros”, entendidos como aquellos que han alcanzado fuerza ejecutiva en otro Estado, podrán ser ejecutados en nuestro país según lo previsto en el art. 27 de la Ley de mediación. Según este precepto tales acuerdos podrán ser ejecutivos si la fuerza ejecutiva deriva de la intervención de una autoridad que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas, aunque la ejecución no será posible si es manifiestamente contraria al orden público español (art. 27.3^o Ley 5/2012). En caso de que el acuerdo no haya adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero podrá ser ejecutado si es elevado a escritura pública por notario español.

El precepto realmente añade poco o nada a la regulación que ya existe actualmente. Evidentemente tiene carácter subsidiario respecto a la normativa

⁶ *Vid.* su art. 13: “Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta”.

de la UE y los convenios internacionales, como no podía ser de otra manera y según se recoge expresamente en el art. 27.1º de la Ley, por lo que solamente servirá para ampliar las vías de reconocimiento y ejecución de acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el extranjero. En principio, además, tales acuerdos podrían ser ejecutivos en España de acuerdo con la normativa general sobre reconocimiento de documentos, ya que no se excluye que los documentos extranjeros puedan abrir un procedimiento de ejecución en nuestro país⁷. El requisito de que la autoridad extranjera desempeñe funciones equivalente a las que desarrolla una autoridad española no parece que añada nada a las exigencias vigentes ya que si no se da dicha equivalencia es dudoso que el documento extranjero pueda ser considerado como público (requisito previo a que pueda ser reconocido su carácter ejecutivo). Así pues, el art. 27.1º vendría a reiterar que los títulos ejecutivos extranjeros lo son también en España si no contradicen el orden público español, y esto incluye a aquellos títulos que incorporen un acuerdo alcanzado en el marco de un proceso de mediación.

El art. 27.2º de la Ley, por su parte, indica que si el acuerdo de mediación no ha sido declarado ejecutable en el extranjero podrá serlo en España por medio de su elevación a escritura pública, único medio que parece técnicamente posible ya que de haberse desarrollado la mediación en el extranjero no podrá utilizarse el mecanismo previsto en el art. 25.4º de la Ley de mediación y que prevé que cuando el acuerdo se hubiera alcanzado en una mediación que se desarrolla después de iniciado un proceso las partes podrán solicitar la homologación al tribunal de acuerdo con el procedimiento previsto en la LEC. No supone, por tanto, este art. 27.2º de la Ley tampoco ninguna novedad a lo que ya sería posible según la normativa civil ya existente, que prevé, como es sabido, que las partes puedan elevar a públicos por medio de una escritura notarial los acuerdos a los que hayan llegado.

V. Consideración final

En conclusión, la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles plantea algunos retos interesantes para el DIPr, especialmente en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la misma. Probablemente hubiera resultado más adecuado que el legislador hubiera considerado con más detenimiento la redacción del art. 2 de la Ley y que en general hubiera atendido a la diferencia entre el procedimiento de mediación y el resultado de tal procedimiento; pero deberemos esperar a la práctica que se desarrolle durante los próximos años para poder emitir un juicio más ponderado sobre un texto que más allá de su aparente sencillez plantea no pocos problemas jurídicos de cierta relevancia.

⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2011, pp. 207-208.