

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
ÁREA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



TESIS DOCTORAL

*La mediación como método alternativo de resolución
de conflictos en el comercio internacional*

Carolina Macho Gómez
Santander 2013

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
ÁREA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



*La mediación como método alternativo de resolución de
conflictos en el comercio internacional*

Memoria presentada por Dña. CAROLINA
MACHO GÓMEZ para la obtención del
grado de Doctor.

Directores:

Prof. Dr. D. JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL, Catedrático de Derecho
Internacional Privado de la Universidad Pública de Navarra.

Prof. Dr. D^a AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Profesora Contratada
Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Cantabria.

Santander 2013

ÍNDICE

ABREVIATURAS	1
ABSTRACT	9

PARTE I LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

CAPÍTULO I ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN: EL NACIMIENTO DEL «MOVIMIENTO ADR» EN ESTADOS UNIDOS Y SU EXPANSIÓN A EUROPA

I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	14
II. EL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» EN ESTADOS UNIDOS.....	19
1. Antecedentes históricos	19
A) La trascendental influencia del <i>New Deal</i> en el resurgimiento de la mediación	23
a) <i>El Realismo Jurídico Americano</i>	25
b) <i>La mediación laboral</i>	29
B) La <i>Civil Rights Act</i> de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos	34
a) <i>La mediación comunitaria</i>	39
b) <i>La mediación familiar</i>	43
2. La Conferencia Pound: El nacimiento del llamado «movimiento ADR»	46
A) La institucionalización de la mediación	50
B) La <i>Uniform Mediation Act</i> de 2001	57
III. LA EXPANSIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» A EUROPA: EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LOS PAÍSES EUROPEOS	62
1. La temprana implantación del «movimiento ADR» en el Reino Unido	66

A) Evolución histórica	67
B) Regulación actual	71
2. El «movimiento ADR» en otros países europeos: La influencia del Consejo de Europa.....	74
A) Primeras experiencias mediadoras y reformas legislativas introductorias de la mediación	76
B) La significación de la mediación familiar y su reflejo en las distintas legislaciones.....	83
C) La expansión de la mediación a otros ámbitos. Las primeras Leyes de mediación en el ámbito civil	87
 IV. LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA RESOLVER CONFLICTOS CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA	95
1. La labor desempeñada por la CNUDMI.....	96
A) El <i>Reglamento de Conciliación de la CNUDMI</i> de 1980 y los reglamentos de las instituciones dedicadas a la resolución de conflictos comerciales internacionales.....	97
B) La <i>Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional</i> de 2002 y las Leyes de mediación de los distintos Estados. Especial referencia a la <i>Uniform Mediation Act</i> de 2001	100
2. El importante papel desarrollado por la Unión Europea.....	102
A) Antecedentes de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	102
B) Los trabajos elaborados por la Unión Europea sobre mediación en materia de consumo y mediación familiar	105
a) <i>La mediación en materia de consumo</i>	106
b) <i>La mediación familiar</i>	109
3. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la mediación familiar internacional	110

CAPÍTULO II

LOS ADR «ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION» EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN	113
II. CONCEPTO, OBJETO, FUNCIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS ADR.....	114
1. Concepto	115
A) Definición y características	115
B) El término «alternative»	119

a) ADR y arbitraje.....	122
b) ADR y negociación.....	126
2. Objeto: el término «dispute».....	127
3. Función: el término «resolution».....	129
4. Clasificación.....	131
A) ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutorios.....	131
B) ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales.....	133
III. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS ADR UTILIZADOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.....	133
1. <i>Neutral Evaluation</i>	135
2. <i>Fact-finding</i> o Peritaje	137
3. <i>Adjudication</i>	139
4. Procedimiento precautorio prearbitral.....	142
5. <i>Expert Determination</i>	144
6. <i>Dispute Boards</i>	147
7. <i>Mini-trial</i>	150
8. <i>Summary Jury Trial</i>	156
9. <i>Relationship contracting</i>	158
A) <i>Partnering</i>	159
B) <i>Alliancing</i>	163
IV. LOS ODR «ONLINE DISPUTE RESOLUTION»	167

CAPÍTULO III

LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS, CLASES, LEY APLICABLE Y SU COMBINACIÓN CON OTROS MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I. LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS, CLASES Y LEY APLICABLE	174
1. Concepto y características.....	175
A) Concepto	175
a) <i>La deal mediation</i>	176
b) <i>La mediación evaluadora</i>	180
c) <i>Otros ADR</i>	182
B) Características	185

2. Clases.....	190
3. Mediación comercial.....	194
4. Mediación internacional.....	199
A) Sistema monista.....	199
B) Noción de conflicto transfronterizo.....	200
5. Ley aplicable al procedimiento de mediación.....	202
A) Carácter unilateral del art. 2.1.II LM.....	203
B) Ley aplicable en defecto de sometimiento y de falta de conexión suficiente con España.....	208
II. MEDIACIÓN Y ARBITRAJE COMBINADOS.....	210
1. <i>Med-arb</i>	210
2. <i>Arb-med</i>	215
3. Mediación y arbitraje simultáneos.....	217
III. EL DISEÑO DE SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	217

PARTE II

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 5/2012

CAPÍTULO IV

INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN, LOS CONTRATOS PARA MEDIAR Y LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN

I. LAS DIFERENTES FORMAS DE IMPULSAR EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.....	222
II. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES RELATIVAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN, LOS CONTRATOS PARA MEDIAR Y LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN.....	225
1. Consideraciones previas.....	225
2. La relación de las cláusulas de mediación y los contratos para mediar con los contratos de mediación.....	226
A) Regulación de la Ley 5/2012.....	226

B) La práctica en el ámbito comercial internacional.....	228
3. Especial consideración al papel de las instituciones de mediación en relación con las cláusulas de mediación, los contratos para mediar y los contratos de mediación	232
III. LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN Y LOS CONTRATOS PARA MEDIAR	234
1. Concepto de ambas figuras contractuales con especial consideración a las cláusulas de mediación	234
2. Naturaleza jurídica	236
3. Clases.....	240
4. Contenido.....	242
5. Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar: origen de las relaciones jurídicas entre las partes, el mediador y la institución.....	244
A) Mediación <i>ad hoc</i>	244
B) Mediación institucional.....	245
C) Unidad contractual versus pluralidad de contratos	246
6. Competencia judicial internacional.....	248
A) Reglamento 44/2001	249
a) <i>Foros exclusivos</i>	251
b) <i>Sumisión</i>	252
a) Sumisión expresa.....	252
b) Sumisión tácita.....	254
c) <i>Foro del domicilio del demandado</i>	254
d) <i>Foro especial en materia de contratos</i>	255
B) Ley Orgánica del Poder Judicial	261
7. Ley aplicable: Reglamento Roma I	262
A) Ley aplicable al contrato	265
a) <i>Ley elegida por las partes</i>	266
b) <i>Ley aplicable en defecto de elección</i>	268
B) Otras cuestiones relativas a la Ley aplicable a las cláusulas de mediación y a los contratos para mediar	270
a) <i>Ley aplicable a los grupos de contratos</i>	270
b) <i>Cláusulas de mediación y condiciones generales de la contratación</i>	270
c) <i>Disponibilidad de la materia objeto de conflicto</i>	271
C) Ley aplicable a la forma	273
D) Ley aplicable a la capacidad de las partes	274
IV. LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN.....	275
1. Concepto	275
2. Naturaleza jurídica	275

3. Contenido.....	277
4. Competencia judicial internacional.....	279
A) Reglamento 44/2001	280
<i>a) Consideraciones en torno a los foros exclusivos, la sumisión expresa, la sumisión tácita y el foro del domicilio del demandado.....</i>	<i>280</i>
<i>b) Foro especial en materia de contratos.....</i>	<i>280</i>
B) Ley Orgánica del Poder Judicial	284
5. Ley aplicable: Reglamento Roma I	284
A) Ley aplicable al contrato	285
<i>a) Ley elegida por las partes.....</i>	<i>285</i>
<i>b) Ley aplicable en defecto de elección.....</i>	<i>286</i>
B) Ley aplicable a la co-mediación	288

CAPÍTULO V

MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL, PROCESO JUDICIAL Y ARBITRAJE

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	290
II. LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD COMO CONSECUENCIA DEL INICIO DE LA MEDIACIÓN.....	291
1. Regulación legal y finalidad de la norma.....	291
2. La suspensión de la prescripción y la caducidad de las acciones en Derecho internacional privado.....	293
A) Calificación de la prescripción y la caducidad.....	293
B) Ley aplicable a la suspensión de la prescripción y la caducidad de las acciones	296
3. La suspensión de la caducidad del convenio arbitral	300
A) Planteamiento del problema	300
B) Ley aplicable a la suspensión del convenio arbitral.....	300
III. EL EFECTO POSITIVO Y NEGATIVO DE LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN Y CONTRATOS PARA MEDIAR.....	303
1. El efecto positivo y negativo de las cláusulas de mediación y contratos para mediar sobre el proceso judicial	303
A) Determinación de la Ley aplicable	303
B) El efecto negativo y el cauce de la declinatoria	305

a) <i>El funcionamiento de la declinatoria internacional en la mediación a la luz de la Ley 5/2012</i>	306
b) <i>Declinatoria internacional y competencia judicial internacional</i>	308
c) <i>La inadecuación de la declinatoria a la mediación</i>	311
2. El efecto positivo y negativo de las cláusulas de mediación y contratos para mediar sobre el arbitraje: especial referencia al efecto negativo y su incidencia en el principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	312
IV. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL Y MEDIACIÓN INTRARBITRAL O MEDIATION WINDOW	316
1. Mediación intrajudicial y suspensión del proceso judicial.....	316
A) Determinación de la Ley aplicable	316
B) La suspensión del proceso judicial como consecuencia de una mediación a la luz de la LEC	317
2. La <i>mediation window</i> o mediación intrarbitral y la suspensión del procedimiento arbitral: su especial relevancia en el comercio internacional	319
V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL	321
1. La difícil relación entre las medidas cautelares y la mediación.....	321
2. Las medidas cautelares de los tribunales en la mediación comercial internacional.....	324
A) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación extrajudicial.....	325
a) <i>Reglamento 44/2001</i>	325
b) <i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	328
B) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación intrajudicial	329
a) <i>Reglamento 44/2001</i>	329
b) <i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	330
3. Las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional	331
A) La inviabilidad de la tutela arbitral para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación extrarbitral	331
B) Competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación intrarbitral	332
VI. LA CONFIDENCIALIDAD DE LA MEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO JUDICIAL Y EL ARBITRAJE	334
1. Consideraciones previas	334
2. La confidencialidad de la mediación y sus efectos sobre el proceso judicial..	337
A) El problema de la calificación y la determinación de la Ley aplicable a la obligación de guardar secreto	337

B) La obtención internacional de pruebas y la obligación de guardar secreto.....	339
3. La confidencialidad de la mediación y sus efectos sobre el arbitraje.....	342

CAPÍTULO VI

FIN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN

I. LAS DIFERENTES FORMAS DE FINALIZAR EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.	345
II. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN SIN CARÁCTER EJECUTIVO.....	348
1. Concepto: El acuerdo de mediación y el acta final del procedimiento de mediación	348
2. Naturaleza jurídica	349
3. Contenido.....	353
4. Competencia judicial internacional.....	354
A) Reglamento 44/2001	355
a) <i>Consideraciones en torno a los foros exclusivos, la sumisión expresa, la sumisión tácita y el foro del domicilio del demandado.....</i>	355
b) <i>Foro especial en materia de contratos.....</i>	356
B) Ley Orgánica del Poder Judicial	357
5. Ley aplicable al acuerdo de mediación: Reglamento Roma I.....	358
A) Ley elegida por las partes.....	360
B) Ley aplicable en defecto de elección	361
III. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN CON CARÁCTER EJECUTIVO	362
1. El acuerdo de mediación y la adquisición de carácter ejecutivo	364
A) Acuerdo de mediación elevado a escritura pública	364
B) Acuerdo de mediación homologado por órgano jurisdiccional	370
C) Acuerdo de mediación homologado por árbitro	371
2. El acuerdo de mediación extranjero y la adquisición de carácter ejecutivo en España.....	374
IV. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.....	375
1. Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación españoles con carácter ejecutivo	375

2. Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación extranjeros con carácter ejecutivo	375
A) Acuerdos de mediación extranjeros elevados a escritura pública: Régimen aplicable a los documentos públicos extranjeros	376
<i>a) Reglamento 44/2001.....</i>	<i>376</i>
<i>b) Normas de producción interna.....</i>	<i>380</i>
B) Acuerdos de mediación extranjeros homologados por órgano jurisdiccional: Régimen aplicable a las transacciones judiciales.....	382
<i>a) Reglamento 44/2001.....</i>	<i>383</i>
<i>b) Normas de producción interna.....</i>	<i>384</i>
C) Acuerdos de mediación extranjeros homologados por árbitro: Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958	385
 CONCLUSIONS	 388
BIBLIOGRAFÍA	395

ABREVIATURAS

Textos Legales

ADRA: *Administrative Dispute Resolution Act*

CB: *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*

Cc: *Código civil*

CE: *Constitución Española*

CEDH: *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

CG: *Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961*

CH 1970: *Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, hecho en La Haya, el 18 de marzo de 1970*

CJRA: *Civil Justice Reform Act*

CNY: *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*

CPR: *Civil Procedure Rules*

CR: *Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980*

DM: *Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*

E-Sign: *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*

HGCRA: *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*

LA: *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*

RDLCDBGU: *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*

LCGC: *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación*

LEC: *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*

LM: *Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*

LMCCI: *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional*

LOPJ: *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*

NCPC: *Le Nouveau Code de Procédure Civile*

RBI: *Reglamento (CE) Núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*

ROP: *Reglamento (CE) núm. 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil*

RPPP: *Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI*

RRI: *Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*

RRII: *Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*

RTEE: *Reglamento núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*

UETA: *Uniform Electronic Transactions Act*

UMA: *Uniform Mediation Act*

Organismos

AAA: *American Arbitration Association*

ABA: *American Bar Association*

ACA: *Association of Consultant Architects*

ACICA: *Australian Center for International Commercial Arbitration*

AFM: *Academy of Family Mediators*

BAFM: *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-mediation*

CCI: *Cámara de Comercio Internacional*

CEDR: *Centre for Effective Dispute Resolution*

CMAF: *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris*

CNUDMI: *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*
 CPA: *Corte Permanente de Arbitraje*
 CPR: *CPR Institute for Dispute Resolution*
 CRS: *Community Relations Service*
 EEOC: *Equal Employment Opportunity Commission*
 FENAMEF: *Fédération Nationale de la Médiation Familiale*
 FIDIC: *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils.*
 FMCS: *Federal Mediation and Conciliation Service*
 IBA: *International Bar Association*
 ICA: *Indian Council of Arbitration*
 ICCA: *International Council for Commercial Arbitration*
 ICE: *Institution of Civil Engineers*
 ICSID: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*
 JAMS: *Judicial Arbitration and Mediation Service*
 LCIA: *London Court of International Arbitration*
 NCCUSL: *National Conference of Commissioners for Uniform State Laws*
 NCDS: *National Center for Dispute Settlement*
 NIDR: *National Institute for Dispute Resolution*
 NMI: *Nederlands Mediation Instituut*
 OMPI: *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*
 SPIDR: *Society of Professionals in Dispute Resolution*
 TJCE: *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*
 TJUE: *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
 UE: *Unión Europea*
 VFAS: *Vereniging van Dmilierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars*

Publicaciones

AAAPPS: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*
 AC: *Actualidad Civil*
 ADC: *Anuario de Derecho civil*
 ADR Bull.: *ADR Bulletin*

AEDIP: Anuario Español de Derecho Internacional Privado

AJ Aranzadi: Actualidad Jurídica Aranzadi

AJ Uría Menéndez: Actualidad Jurídica Uría Menéndez

ALR: American Law Review

Am. J. Comp. L.: American Journal of Comparative Law

Am. J. Fam. L.: American Journal of Family Law

Am. Rev. Int'l Arb.: American Review of International Arbitration

Ann. Fr. Dr. Int.: Annuaire français de droit international

Aranzadi Civ.: Aranzadi Civil

Aranzadi Civ.-Merc.: Aranzadi Civil-Mercantil

Aranzadi Doct.: Aranzadi Doctrinal

Arbitration: Arbitration: The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators

Arbitration Int'l.: Arbitration International: The Journal of the London Court of International Arbitration

Bond L. Rev.: Bond Law Review

CDT: Cuadernos de Derecho Transnacional

CML Rev.: Common Market Law Review

Can. Bus. L. J.: Canadian Business Law Journal

Can. Int'l. Lawyer: Canadian International Lawyer

Cardozo J. Conflict Resol.: Cardozo Journal of Conflict Resolution

Civ. Just. Q.: Civil Justice Quarterly

Colum. J. Eur. L.: The Columbia Journal of European Law

Colum. J. Transnat'l. J.: The Columbia Journal of Transnational Law

Confl. Resol. Q.: Conflict Resolution Quarterly

Den. U. L. Rev.: Denver University Law Review

DePaul L. Rev.: DePaul Law Review

Diario La Ley: La Ley: Revista jurídica española

Dir. Com. Int.: Diritto del commercio internazionale

Dir. Giur.: Diritto e giurisprudenza

Disp. Resol. J.: Dispute Resolution Journal

Disp. Resol. Mag.: Dispute Resolution Magazine

EJCL: Electronic Journal of Comparative Law

ELF: The European Legal Forum

Enc. Dir.: Enciclopedia di Diritto

ERPL: European Review of Private Law

Fla. St. U. L. Rev.: Florida State University Law Review

Fordham Int'l. L. J.: Fordham International Law Journal

Giust. Civ.: Giustizia civile

Harv. Bus. Rev.: Harvard Business Review

Harv. L. Rev.: Harvard Law Review

Harv. Negotiation L. Rev.: Harvard Negotiation Law Review

Hous. Bus. & Tax L. J.: Houston Business and Tax Law Journal

ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.: ICC International Court of Arbitration Bulletin

ICLR: International Construction Law Review

ICSID Review: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal

ILSA J. Int'l & Comp. L.: ILSA Journal of International and Comparative Law

InDret: InDret: Revista para el análisis del Derecho

Int'l. & Comp. L. Q.: International and Comparative Law Quarterly

Int'l. Disp. Resol.: International Dispute Resolution

Int'l. J. Project Management: International Journal of Project Management

Int'l. J. Sociol. Law: International Journal of the Sociology of Law

Iprax: Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts

JDI Clunet: Journal de Droit International

J. Int'l. Arb.: Journal of International Arbitration

J. Disp. Resol.: Journal of Dispute Resolution

J. Pr. I. L.: Journal of Private International Law

J. Urb. L.: Journal of Urban Law

L & C. P.: Law and Contemporary Problems

L. & Soc. Rev.: Law and Society Review

Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.: Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal

Md. L. Rev.: Maryland Law Review

MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht

Melb. J. Int'l. L.: Melbourne Journal of International Law

Med. Q.: Mediation Quarterly: The Journal of the Academy of Family Mediators
Mich. L. Rev.: Michigan Law Review
Mod. L. Rev.: Modern Law Review
Mon. Labor Rev.: Monthly Labor Review
NILR: Netherlands International Law Review
NJW: Neue Juristische Wochenschrift
N. Ill. U. L. Rev.: Northern Illinois University Law Review
Not. Unión Eur.: Noticias de la Unión Europea
Notre Dame L. Rev.: Notre Dame Law Review
Ohio St. J. on Disp. Resol.: Ohio State Journal on Dispute Resolution
Penn St. L. Rev.: Penn State Law Review
Pepp. Disp. Resol. L. J.: Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
PT: Práctica de Tribunales
RADP: Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RADNT: Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RCADI: Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDI: Revista crítica de Derecho Inmobiliario
RCDIP.: Revue critique de Droit International Privé
RCEA: Revista de la Corte Española de Arbitraje
RCFDCEE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)
RDCE.: Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDIPP: Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RDM: Revista de Derecho Mercantil
RDP: Revista de Derecho Privado
R. Dalloz: Recueil Dalloz
REDE: Revista española de Derecho europeo
REDI: Revista española de Derecho internacional
REEI: Revista española de estudios internacionales
RES: Revista española de seguros
RGDP: Revista General de Derecho Procesal
RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RIDC: Revue Internationale de Droit Comparé
RJC: Revista jurídica de Catalunya
RPJ: Revista del Poder Judicial
Road & Transport R. J.: Road & Transport Research Journal
RabelsZ: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. Arb.: Revue de l'arbitrage
Rev. Arb. e Med.: Revista de Arbitragem e Mediação
Rev. C.: Revue des Contrats.
Rev. Trim. Dr. Civ.: Revue Trimestrielle du Droit Civil
Rev. Trim. Dr. Com.: Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique
SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren
SPE: Society of Petroleum Engineers
SPAN: Southern Pacific Alliance Network
Stan. L. R.: Stanford Law Review
Sw. L. J.: Southwestern Law Journal
TCFDIP: Travaux du comité français de Droit international privé
TDM: Transnational Dispute Management Journal
Temple L. Rev.: Temple Law Review
Tul. L. R.: Tulane Law Review
UCLA L. Rev.: UCLA Law Review
UCCLJ: Uniform Commercial Code Law Journal
ULR: Uniform Law Review
U. Chi. L. Rev.: The University of Chicago Law Review
U. Fla. L. Rev.: University of Florida Law Review
U. St. Thomas L. Rev.: University of St. Thomas Law Journal
Vand. L. Rev.: Vanderbilt Law Review
World Arb. & Med. Rep.: World Arbitration & Mediation Report
World Arb. & Med. Rev.: World Arbitration & Mediation Review
Wis. L. Rev.: Wisconsin Law Review
Yale L. J.: Yale Law Journal
ZZP Int.: Zeitschrift für Zivilprozeß International

Otros

ADR: *Alternative Dispute Resolution*

CDB: *Combined Disputes Board*

CGC: *Condiciones Generales de la Contratación*

DAB: *Dispute Adjudication Boards*

DRB: *Dispute Review Boards*

ENE: *Early neutral evaluation*

JCT: *Joint Contracts Tribunal*

MDB: *Multilateral Development Bank Harmonised*

NEC: *New Engineering Contract*

ODR: *Online Dispute Resolution*

SBD: *Standard Bidding Documents*

UDRP: *Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy*

ABSTRACT

I

The birth of the «alternative dispute resolution (ADR) movement» happened in U.S.A during the 70s. However, before that event, modern mediation began to be used in the same country as a result of different facts which occurred during the 30s. The *Great Depression* brought a huge change in social, political and economical matters, which was reflected through the *New Deal* of Franklin Delano Roosevelt. In that context, labor mediation started to be practiced. Subsequently, U.S.A suffered another period of generalized discontent and conflict in the 60s which have been characterized by the civil rights struggles. Those happenings helped with the utilization of mediation in the community field. Furthermore, the introduction of no-fault divorce in some States greatly encouraged the practice of family mediation.

After that mediation development, came the birth of the «ADR movement» in the 70s, that is to say, the widespread use of alternative dispute resolution methods, especially mediation, as means to improve the right of access to justice. That occurrence was fundamental, since then, mediation, as an ADR, began to be legislated and institutionalized in U.S.A, to eventually reach the important *Uniform Mediation Act* of 2001. Although the «ADR movement» was born in U.S.A, it has also spread worldwide. In Europe, the first country influenced by this movement was United Kingdom due to both States share the same legal system, -common law-, as well as many other cultural roots. In any case, the use of ADR, especially mediation, has also been broadly extended to other civil law countries of Europe.

II

The acronym ADR refers to conflict resolution methods which exclusively have contractual nature as well as a structure more or less determined, and according to which, one or more neutral adviser, in an auto-compositive or hetero-compositive way, help the parties to settle the controversy. Thus, the main characteristics defining ADR are: a) party autonomy; b) contractual nature; c) flexibility; d) cost and time efficiency; e) interest-based settlement and; f) presence of a third party. Keeping in mind these general guidelines, arbitration or negotiation cannot be considered as ADR.

In any case, in the international commercial dispute resolution field, apart from mediation, which is the most important mechanism, there are also a host of other methods defined as ADR: neutral evaluation; fact-finding; adjudication; pre-arbitral referee; expert determination; dispute boards; mini-trial; summary jury trial; partnering and; alliancing. Each one of them has its own features. Therefore, each one matches better with a concrete kind of international commercial conflict.

III

In Spain, international commercial mediation is regulated by the Mediation Act 5/2012, which is strongly influenced by Directive 2008/52/EC and, at the same time, is inspired by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002). According to those legal instruments, the concept of mediation must be considered broad. Not only covers the classical facilitative mediation or conciliation, -term used as a synonym-, but also evaluative mediation; deal mediation, -used in order to draw up a contract-; and other kinds of ADR which are very similar, -neutral evaluation and mini-trial as long as they do not issue formal recommendations-.

There is a condition, which must be accomplished, in order to submit a commercial conflict under mediation: commercial matters must be at the parties' disposal under the relevant applicable law (art. 2.1.I Act 5/2012).

Regarding the notion of cross-border mediation, Act 5/2012 adopts a monistic approach, it regulates in the same way both domestic and international mediation. Furthermore, art. 3 Act 5/2012 establishes when the mediation has a cross-border character, based on the different domicile or habitual residence of the parties. In this sense, art. 2.1.II Act 5/2012 determines the applicable law to mediation procedure, as it

shall be applied when the parties expressly or tacitly agree upon its application, or when the parties is domiciled and mediation takes place in Spain.

In any case, in the international commercial field, mediation is not used as an isolated method. Parties usually design a complete dispute resolution system. The complexity of that system depends on the legal relationship, especially the contract, which is involved. Anyway, it is very common to configure a combination of mediation and arbitration: *med-arb* or *arb-med*.

IV

There are different ways to start mediation. However, as long as Act 5/2012 only regulates voluntary mediation, mediation clauses and contracts to mediate have an essential prominence. These contracts, especially mediation clauses, have also a great importance in the international commercial field. According to them, parties must initiate the mediation procedure, they cannot go to court or to arbitration until they do not try to mediate. Mediation clauses or contracts to mediate are different from mediation contracts, which regulate the relationship between the parties and the mediator/s. This distinction is very important regarding Private International Law. Although Regulation 44/2001 (Brussels I) and Regulation 593/2008 (Rome I) are applicable in both kind of contracts, their qualification is different, thus their legal regime differs.

V

Despite its contractual nature, mediation, as an alternative method of dispute resolution, can come into contact with litigation and arbitration. There are different manifestations of this assertion in Act 5/2012. Firstly, the beginning of a mediation procedure suspends the limitation and prescription periods (art. 4 Act 5/2012). Secondly, when there is a mediation clause or a contract to mediate, parties cannot go to court or arbitration, so that if a party does it, the defendant may challenge the jurisdiction (art. 10.2 Act 5/2012). Thirdly, when there is a court-annexed mediation, the judicial process must be suspended (art. 16.3 Act 5/2012). Fourthly, during the mediation procedure, the parties have also the possibility of going to court in order to request precautionary measures (art. 10.2 Act 5/2012). And fifthly, there is also a

relationship between mediation, litigation and arbitration regarding confidentiality (art. 9 Act 5/2012).

The Private International Law treatment of each point mentioned in the paragraph above has a few difficulties, as some of them are in the middle of the dichotomy between procedural and substantive law, especially, the suspension of limitation and prescription periods, and the confidentiality issue.

VI

Due to the voluntary character of the mediation procedure, this method of alternative dispute resolution does not have to finish with a settlement, although, the existence of a mediation settlement will mean the success of this ADR. In principle, this settlement has a contractual nature, it is not directly enforceable. From a Private International Law perspective, Regulation 44/2001 and Regulation 593/2008 will be applied.

However, Act 5/2012 establishes two forms of providing enforceability to mediation settlements: by a public document issued by a notary (art. 25 Act 5/2012) or; by a court order according to the Civil Procedure Act 1/2000. Although it is not regulated in Act 5/2012, it is also possible to turn the mediation settlement into an arbitral award.

Regarding the enforcement of a foreign mediation settlement in Spain, there are differences between EU Member States and third countries regime. If those settlements come from an EU Member State, as a rule, it will be applied the Regulation 44/2001. By contrast, if the mediation settlements come from a third country, in the main, art. 27 Act 5/2012 must be taken into account. In addition, if there were a mediation settlement turned into an arbitral award, the application of New York Convention would be also possible.

PARTE I
LOS ADR Y LA MEDIACIÓN EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DELIMITACIÓN
CONCEPTUAL

CAPÍTULO I

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN: EL NACIMIENTO DEL «MOVIMIENTO ADR» EN ESTADOS UNIDOS Y SU EXPANSIÓN A EUROPA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. Desde la antigüedad, la mediación, como método para la solución de conflictos a través de la participación de una tercera persona neutral y colectivamente valorada, ha sido una práctica constante en las diversas comunidades, sociedades y culturas¹. Sin duda, el ser humano es eminentemente social, y en tanto se relaciona con otros individuos, los conflictos son inevitables. La utilización de un tercero imparcial que facilite el acuerdo siempre ha sido una forma sencilla de resolver las diferencias existentes entre varias personas. Por ello, se puede afirmar que la mediación goza de una existencia tan longeva como la experimentada por los propios conflictos derivados de las relaciones sociales.

2. A lo largo de la historia también han existido otras muchas maneras de resolver los problemas derivados de la convivencia, técnicas para solucionar las disputas al margen del papel preponderante del proceso judicial, -*ad. ex.*, la negociación entre las partes en conflicto siempre ha sido un método de arreglo de diferencias muy utilizado². Ahora bien, se debe tener en cuenta que desde el nacimiento del Estado de Derecho, se ha entendido que el Poder Judicial, independiente y diferenciado del Poder Legislativo y Ejecutivo, es el encargado de aplicar las normas jurídicas con el fin de resolver los conflictos que se le planteen. Dicho principio de independencia trae una consecuencia

¹ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative mediation: Legal perspectives*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, págs. 51 y 52; J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT y J.B. STULBERG, *Mediation theory and practice*, 2ª ed., Newark, San Francisco, Charlottesville, 2006, pág. 1; T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos: contexto y experiencias», *Mediación y protección de menores en Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, nº 5, 2005, págs. 185 a 186; J. FOLBERG, «A mediation overview: History and dimensions of practice», *Med. Q.*, nº 1, 1983, págs. 3 a 5; J.P. ORTUÑO MUÑOZ y J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Laboratorio de alternativas*, Documento de trabajo 110/2007, pág. 9; A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social y mediación*, Barcelona, 2001, págs. 33 a 37; S. TAMAYO HAYA, «La mediación familiar desde una perspectiva comparada», en C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Santander, 2009, pág. 931.

² Vid. S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute Resolution: Negotiation, mediation and other processes*, 3ª ed., Gaithersburg, New York, 1999, pág. 6.

inevitable: los órganos jurisdiccionales deben detentar el monopolio de la Administración de Justicia³, y para ello tienen como instrumento principal el proceso⁴.

3. Asimismo, desde principios del siglo XX, los Estados han ido asumiendo una función social y de protección de los ciudadanos. Corresponde a éstos la labor de satisfacer las necesidades que la sociedad demanda. Son ellos los encargados de mejorar los aspectos socio-económicos, y de conseguir una auténtica justicia social⁵. En este contexto, los Estados comienzan a intervenir repetidamente, regulando y controlando aspectos sociales y económicos de muy diversa índole, y reconociendo múltiples derechos⁶. Este fenómeno ha supuesto que todo ciudadano esté completamente inmerso en el sistema jurídico, que la mayor parte de las actividades que realizan estén reglamentadas, de tal forma, que necesite acceder a los órganos jurisdiccionales cada vez que surja algún conflicto, porque todo está sujeto a Derecho⁷.

Con motivo del papel socializante que adquieren los Estados, la protección de los derechos de los ciudadanos de manera efectiva, a través de jueces y tribunales, se convierte en uno de sus cometidos principales⁸. En otras palabras, garantizar el acceso de todas las personas a los órganos jurisdiccionales para que éstos resuelvan sus conflictos y defiendan sus derechos e intereses se convierte en una obligación para los Estados. En definitiva, el *derecho a la tutela judicial efectiva* adquiere una posición central en todos los ordenamientos jurídicos, en tanto que asegura la efectividad del resto de derechos reconocidos, ya no sólo de las libertades individuales propias del

³ Vid. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983, págs. 294 a 297.

⁴ Todos los sistemas jurídicos de los Estados occidentales están estructurados y completamente orientados al proceso judicial, es, sin duda, el método por excelencia para la resolución de conflictos. Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, trad. M. ARAMBURO CALLE, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, págs. 119 y 120.

⁵ A diferencia de la concepción liberal de Estado, según la cual éste era el «enemigo» contra el que había que defenderse y frente al que se debía garantizar ciertas esferas de libertad y autonomía privada, la concepción social de Estado, defendía que éste fuera el «amigo» que actuara para satisfacer los derechos solicitados por sus ciudadanos. Vid. K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la... op. cit.*, págs. 398 a 402.

⁶ Los países que pertenecen al sistema del *common law* instauraron una gran número de derechos, sobre todo, a través de la jurisprudencia, vid. *infra*, nota nº 66. En cambio, los Estados pertenecientes al *civil law*, lo han hecho a través de numerosas leyes y códigos. Sobre la diferencia entre ambos sistemas, vid. *infra*, nota nº 212.

⁷ Vid. L.M. FRIEDMAN, «Claims, disputes, conflicts and the modern welfare state», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981, págs. 252 a 259.

⁸ Vid. S. BARONA VILAR, *Solucion extrajudicial de conflictos «alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999, págs. 40 y 41; M. TARUFFO, *Páginas sobre... op. cit.*, págs. 31 a 33.

Estado liberal, sino de los derechos económicos y sociales que, con el Estado social, han ido desarrollándose a través de múltiples leyes⁹.

4. Esta concepción protectora y social de Estado, llevada a la práctica durante décadas, ha conseguido originar en la sociedad la creencia de que sólo los órganos jurisdiccionales pueden resolver los conflictos surgidos entre las personas, porque son ellos los únicos encargados de interpretar y aplicar el Derecho, que tantos aspectos regula. Para ello, los jueces se sirven del proceso judicial, instrumento que a lo largo de los años, ha sido dotado de numerosas garantías y cautelas, que aunque ciertamente protegen a las partes, también provocan procesos más lentos.

Esta convicción colectiva se ha constituido como una característica básica y esencial de la cultura jurídica de las últimas décadas. Comúnmente se entiende que si una o varias personas tienen un problema, la vía que deben seguir es plantear el conflicto ante los tribunales. Y en este sentido, no se debe olvidar la extraordinaria importancia de la cultura jurídica, porque está nada menos que formada por el conjunto de valores, ideas y expectativas que, en general, se tienen del sistema jurídico, y que determinan cómo la sociedad se sirve del Derecho¹⁰.

5. La paulatina formación de esta cultura litigiosa en la ciudadanía, la intensa actividad reguladora de los Estados, junto con el desarrollo social, cultural y económico alcanzado en los últimos tiempos, ha provocado la llamada «jurisdiccionalización» o «hiperjudicialización» de las sociedades occidentales contemporáneas¹¹. Fenómeno que en EE.UU se denominó «litigation explosion» o «hyperlexis»¹². Esta noción define el

⁹ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos una visión jurídica*, Madrid, 2009, págs. 9 y 10; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, op. cit., pág. 33.

¹⁰ Tal y como ha señalado L.M. FRIEDMAN, la cultura jurídica «es la parte de la cultura general que concierne al sistema jurídico. Ideas y opiniones que son, en cierto sentido, los que ponen en marcha el proceso jurídico». Este autor califica a la «cultura jurídica» como uno de los cuatro elementos que conforman el «sistema jurídico», junto con la «estructura», esto es, la forma en que está organizado el sistema, la «substancia», las leyes y demás normas existentes y, el «impacto», el efecto y las consecuencias de las decisiones judiciales, (vid. *Introducción al derecho norteamericano*, trad. J. VERGÉ i GRAU, Zaragoza, 1984, págs. 6 a 10). Vid. también S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, op. cit., pág. 37.

¹¹ El fenómeno de la «jurisdiccionalización» se ha producido, lógicamente, en diferentes momentos dentro de los distintos Estados del llamado «mundo occidental», siendo EE.UU el primer país en experimentarla, como se analizará en páginas posteriores.

¹² Como se verá más adelante, esta fue una de las circunstancias que causaron la celebración de la célebre Conferencia Pound de 1976, vid. *infra*, págs. 35, 44, 45 y 46. La sociedad estadounidense estaba profundamente insatisfecha con el funcionamiento de los tribunales, por varios motivos, entre ellos el retraso desmesurado que sufrían las causas judiciales, siendo el excesivo número de demandas que

gran número de demandas que, hoy en día, se interponen, colapsando el sistema judicial y generando excesivos retrasos en la resolución de los casos presentados ante los tribunales. Es evidente que esta multiplicación de causas planteadas ante los órganos jurisdiccionales no ha podido ser manejada, ni gestionada apropiadamente, por el método clásico: el proceso judicial.

Además de estos factores, causantes del aumento cuantitativo de los litigios, también han surgido otras circunstancias, que han intensificado dicha litigiosidad cualitativamente. La llegada de las nuevas tecnologías, la globalización y la internacionalización de las relaciones sociales, han generado normativas sofisticadas, precisamente para dar respuesta a las sociedades complejas creadas a partir de este entorno. Estos acontecimientos han ayudado a la proliferación de conflictos transfronterizos, que por su propia naturaleza, provocan litigios mucho más lentos, costosos, y con circunstancias a considerar, muy diferentes de las analizadas en las habituales disputas internas¹³. Por ello, a veces, los procesos judiciales tampoco constituyen las vías adecuadas para aportar las soluciones a estas disputas¹⁴.

6. Es en este contexto donde se produce el nacimiento de los «Alternative Dispute Resolution», o métodos alternativos de resolución de conflictos, en adelante ADR¹⁵.

interponían los ciudadanos, una de las razones de esta demora. Vid. W.E. BURGER, «Agenda for 2000 A.D.-A need for systematic anticipation», en A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*, Minnesota, 1979, págs. 32 a 35; S.H. RIFKIND, «Are we asking too much of our courts? », en A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference...*, op. cit., págs. 51 a 56. En cualquier caso, no todos los autores están de acuerdo en la existencia de la denominada «litigation explosion», vid. M. GALANTER, «The day after the litigation explosion», *Md. L. Rev.*, vol. 46, n° 3, 1986, págs. 3 a 39.

En mayor o menor medida, este fenómeno también se produjo en el resto de Estados europeos, para algunos autores se acentuó más en los sistemas del *civil law*, vid. ad ex., H.P. GLENN, *Legal traditions of the World. Sustainable diversity in law*, 1ª ed., Oxford, 2000, págs. 134 y 135; para otros en los sistemas del *common law*, vid. N. ALEXANDER, «Mediation on Trial: Ten verdicts on court-related ADR», en T. SOURDIN (ed.) *Alternative dispute resolution and the courts –Law in Context*, vol. 22, n° 1, 2004, pág. 10; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation: riding the third wave» en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends in Mediation*, 2ªed., Alphen aan den Rijn, 2006, pág. 20.

¹³ En los conflictos transfronterizos nunca se debe perder de vista que el objeto del litigio es internacional, esto es, está conectado a más de un Estado, y cada Estado tiene sus propias leyes y jurisdicciones. Por ello, siempre debe intentarse que aquellas situaciones existentes y válidas en un país, también se consideren como tales en los países con los que dichas situaciones están vinculadas, esto es, que las situaciones jurídicas no sean claudicantes, sino que puedan circular libremente, y de este modo, ofrecer seguridad jurídica a las personas implicadas.

¹⁴Vid. S. BARONA VILAR, *Solucion extrajurisdiccional...*, op. cit., págs. 14 y 15; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos...», loc. cit., pág.10.

¹⁵ En un principio, los ADR eran todos aquellos métodos de solución de disputas distintos al proceso judicial, principalmente: el arbitraje, la mediación, la negociación y, la conciliación. Si bien, el citado

Estos mecanismos surgen con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los jueces y tribunales, como una auténtica última instancia. La consecución de estos objetivos se realiza, de un lado, dentro del ámbito y en conexión con los órganos jurisdiccionales, y de otro, externamente al funcionamiento del sistema judicial.

7. En cualquier caso, antes de que surgiera el denominado «movimiento ADR», en Estados Unidos ya se había puesto en práctica el uso de la mediación. Primero se llevó a cabo en el ámbito laboral, para después pasar a ser utilizado, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, en el ámbito comunitario y familiar. Por ello, se puede afirmar que la mediación fue el origen en la utilización de estos métodos alternativos de solución de disputas. Posteriormente, con el nacimiento del citado «movimiento ADR», y aunque con éste comenzaron a utilizarse un gran número y diversidad de nuevos mecanismos alternativos, la mediación continuó siendo la modalidad de ADR más practicada.

Incluso en la actualidad, la mediación sigue siendo la forma más exitosa, y la primera objeto de regulación uniforme tanto en Estados Unidos, como en la Unión Europea, en adelante UE, y en las propias legislaciones de los diferentes Estados miembros. Todo ello, sin dejar de lado la importancia del renombrado «movimiento ADR» del que forma parte, considerado como *una de las soluciones con mayor solvencia a la hora de ayudar a renovar y mejorar el funcionamiento de la Administración de Justicia, por respetar los principios y garantías mínimas que inspiran el ordenamiento jurídico, y por aportar protección y seguridad a las personas en conflicto.*

Este es el planteamiento a tomar en consideración si se quiere profundizar en el estudio de los métodos alternativos de resolución de conflictos, con especial consideración a la mediación. Y por ello, esta perspectiva será también la que prevalezca en este Capítulo, cuyo fin principal es ahondar en los acontecimientos que dieron lugar al origen de la mediación moderna, y con ella, al nacimiento del

acrónimo ha ido evolucionando gozando, en la actualidad, de otro contenido. Sobre el concepto de ADR, *vid. infra*, págs. 115 a 127.

«movimiento ADR», así como explicar las circunstancias que permitieron su expansión a otros Estados occidentales, y a diversos ámbitos de actuación, haciendo especial mención a la regulación que existe sobre este método de resolución de conflictos en los países de nuestro entorno más cercano.

II. EL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» EN ESTADOS UNIDOS.

8. Como ya se ha adelantado en párrafos anteriores, el antecedente directo del «movimiento ADR», esto es, de la utilización generalizada de métodos alternativos de resolución de conflictos, se encuentra en la práctica de la mediación. Esta modalidad de ADR comenzó a emplearse como tal en el ámbito laboral, gracias a un conjunto de factores sociales, políticos, económicos y filosóficos concretos que se produjeron en Estados Unidos durante la década de los treinta. Posteriormente, en los años sesenta, la mediación comenzaría a extenderse a otras áreas, primero a la comunitaria, como consecuencia de los graves conflictos sociales, sobre todo raciales de la citada época, y en segundo lugar, a la familiar, debido especialmente a la instauración del divorcio sin causa. Todos estos acontecimientos supusieron la base para el nacimiento del denominado «movimiento ADR», el cual pronto se reflejó en distintas leyes estadounidenses, destacando de entre las mismas la *Uniform Mediation Act* de 2001.

1. Antecedentes históricos.

9. El *Crack del 29* fue el principio de una crisis económica mundial, la llamada *Gran Depresión* de la década de 1930, que comenzó en Estados Unidos y se extendió a la Europa industrializada¹⁶. En el citado país, entre 13 y 15 millones de trabajadores

¹⁶ El motivo de la expansión de esta crisis económica a los países europeos industrializados se debe a las consecuencias económicas impuestas como consecuencia del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919. Alemania, la gran perdedora de la I Guerra Mundial, debía grandes sumas de dinero, que no podía pagar, a Gran Bretaña y Francia, que a su vez estaban endeudadas con Estados Unidos, pues éste había prestado importantes cantidades a ambos, principalmente para la compra de material bélico. Todo ello, provocó que las potencias europeas mencionadas, dependieran de los créditos estadounidenses para su reconstrucción económica.

perdieron su empleo, muchas fábricas cerraron, otros muchos bancos quebraron¹⁷. Sin embargo, la Administración de Herbert C. Hoover se mostraba inoperante, creía que esta situación era idéntica a otras crisis padecidas en épocas anteriores¹⁸. Bajo esta creencia errónea, y siguiendo los viejos principios del *laissez faire*, Hoover no tomó decisiones de gran calado, además, las mínimas medidas adoptadas se dirigieron hacia el rescate y recuperación del sector empresarial, en vez de destinar ayudas a los desempleados, y al resto de ciudadanos necesitados de auxilio¹⁹. Los postulados del *laissez faire*, a través de los cuales, se dejó llevar la Administración Hoover, no sólo reinaban en el ámbito político y económico, sino también en el jurídico. Éstos formaban parte del llamado *Classical Legal Thought*, la concepción jurídica imperante en Estados Unidos desde las últimas décadas del siglo XIX, hasta los años 30²⁰.

10. Esta corriente de pensamiento estaba completamente identificada con los principios más tradicionales del *Common Law*, y por ello también, con las propias raíces del mismo, como el liberalismo más puro, y la concepción individualista que éste implicaba. Sin duda, estas premisas encajaron perfectamente con los principios económicos del *laissez faire*. De ahí que el *Classical Legal Thought* protegiera, desde el

¹⁷ Vid. W.I. TRATTNER, *From poor law to welfare State: A history of social welfare in America*, 3ªed., New York, 1984, pág. 257.

¹⁸ Las últimas crisis económicas, anteriores a la *Gran Depresión*, datadas en los años 1907, 1913 y 1919, habían sido considerablemente cortas. Además, éstas se veían como algo bueno, porque tras ellas, se sucedían inversiones de capital en sectores innovadores, más rentables, la creación de nuevas empresas en campos más productivos, con el consecuente incremento de nuevos puestos de trabajo, vid. J. LEIBY, *A history of social welfare and social work in the United States*, New York, 1978, págs. 217 a 219.

¹⁹ Los trabajadores sociales, así como numerosas autoridades locales y estatales, solicitaron ayuda federal. Sin embargo, H. Hoover consideraba, tal y como establecía el liberalismo económico clásico, que no era labor del Gobierno estadounidense conceder ayudas sociales, sino que la responsabilidad sobre estos auxilios, relacionados con la caridad, y no con el derecho, era de los Estados y los Ayuntamientos, vid. J. LEIBY, *A history of social...*, op. cit., págs. 220 a 222; W.I. TRATTNER, *From poor law...*, op. cit., págs. 257 a 261. Para profundizar y entender la política económica realizada por H. Hoover, durante su mandato como presidente de Estados Unidos, vid. W.J. BARBER, *From New Era to New Deal: Herbert Hoover, the economists, and american economic policy, 1921-1933*, Cambridge, New York, Melbourne, 1985, págs. 104 a 188.

²⁰ El *Classical Legal Thought* se caracterizaba por entender el Derecho como un conjunto de normas y principios jurídicos anclados en el tradicional *Common Law*, y por ello, considerados axiomas inalterables. Como señala J.I. SOLAR CAYÓN, este pensamiento se corresponde por completo con la máxima del *rule of law* anglosajón, esto es, «con un gobierno de leyes, no de hombres». De manera que la función judicial se reduce a una mera labor de subsunción del conflicto planteado en la institución jurídica correspondiente, (*El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004, págs. 60 y 61). Para profundizar sobre el *Classical Legal Thought*, vid. también J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del Formalismo al Pragmatismo Jurídico*, Madrid, 2002, págs. 13 a 88.

ámbito jurídico, el libre mercado. De conformidad con esta particular concepción del Derecho, el ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar la natural autorregulación de la economía, así como el libre ejercicio de los derechos individuales de los propietarios, pero en ningún caso interferir en su funcionamiento²¹. En esta misma línea, la relación laboral era interpretada como una manifestación más del principio de libertad contractual, como cualquier otra relación contractual privada, basada en la regulación de los derechos de propiedad de las partes. En consecuencia, no se reconocía al trabajador como parte débil del contrato de trabajo respecto de la posición del empresario, sino que ambos eran tratados como iguales²².

11. En este sentido, en cuanto al ámbito laboral se refiere, antes del *New Deal*, los trabajadores no gozaban de derechos laborales, se encontraban en total desprotección frente a las medidas que adoptaban sus empresas, que por el contrario, tenían prácticamente total libertad para tomar cualquier decisión. Esta situación generó durante décadas una gran conflictividad laboral. Los trabajadores mostraban su descontento e indefensión a través de las huelgas que, a pesar de ser prohibidas por los órganos jurisdiccionales, eran muy habituales. Además, al intentar ser evitadas por la policía, normalmente desembocaban en episodios de extrema violencia²³. Esta realidad, aunque

²¹ D.M. TRUBEK reduce a tres, las notas definitorias del *Classical Legal Thought*: a) Su concepción individualista de las personas; b) su liberalismo económico y; c) su formalismo jurídico, junto con su visión de un proceso judicial completamente transparente, («The Handmaiden's Revenge: On reading and using the newer sociology of civil procedure», *L & C.P.*, vol. 51, nº 4, 1988, págs. 112 a 115).

²² En este sentido, debe destacarse la denominada *doctrina Lochner*, elaborada por el Tribunal Supremo, según la cual, todas las leyes que protegieran o beneficiaran al trabajador en su relación contractual con el empresario, eran inconstitucionales por ser contrarias a la cláusula del *due process of law*. Aquellas suponían una intervención en el natural funcionamiento del libre mercado, suponiendo una injerencia política en el sistema jurídico, cuando éste debía ser imparcial, neutral y ajeno a todo poder externo. En concreto, el caso *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905) se centraba en la posible inconstitucionalidad de la *Bakeshop Act* del Estado de New York que, entre otros extremos, regulaba una jornada laboral máxima para los trabajadores de las panaderías. Es importante tener en cuenta, que existió un voto particular en este pronunciamiento, protagonizado por O.W. HOLMES, un juez que sin duda, sería conocido por sus planteamientos, completamente alejados de dicha corriente de pensamiento, *vid. infra*, pág. 26. En cuanto a dicha sentencia, *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., Madrid, 2006, págs. 172 a 185.

²³ Esta situación de conflicto continuo resentía la productividad, perjudicaba la economía estadounidense. Por ello, el Gobierno Federal adoptó, entre otras medidas, mecanismos para la resolución de estos conflictos. Así las cosas, y tal y como indican J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, en 1898 se aprobó la primera Ley que preveía la mediación como método para la solución de disputas laborales, la llamada *Erdman Act*, (*A history of alternative dispute resolution: The story of a political, cultural and social movement*, San Francisco, 2004, pág. 99). Aunque los trabajadores no fueran titulares de ningún derecho laboral, premisa necesaria para el éxito de la mediación en este ámbito, la citada Ley debe considerarse, cuando menos, interesante. Dos son los motivos de esta consideración: a) por crear

se suavizó en los años que Estados Unidos participó en la I Guerra Mundial, se reanudó una vez finalizada la misma, y continuó hasta la década de los 30²⁴.

12. Pues bien, en este contexto de desigualdad social y laboral, agudizado por el *Crack del 29* y la pasividad del Gobierno Federal para responder a los problemas de la población, Franklin Delano Roosevelt ganaba las elecciones a la presidencia estadounidense del 8 de noviembre de 1932²⁵, y con él se ponía en práctica el denominado *New Deal*²⁶. Un conjunto de medidas adoptadas con el fin de superar la tremenda crisis que asolaba Estados Unidos, a la vez que intentaba asegurar un auténtico bienestar a sus ciudadanos, mediante una mejor redistribución de la riqueza²⁷. En este sentido, el *New Deal* desencadenó una serie de cambios políticos, económicos,

una mediación llevada a cabo por dos personas, representantes cada una de ellas, de las partes enfrentadas (trabajador-empresario) y; b) por hacer que la celebración de la mediación dependiera de la petición de cualquiera de las partes, también del trabajador. Aunque fue un importante avance, la conflictividad laboral continuaba, porque los trabajadores seguían sin gozar de la libertad de sindicación, ni tampoco existía el derecho a la negociación colectiva.

²⁴ Durante los años 1917 y 1918, período en el que Estados Unidos participó en la I Guerra Mundial, existió una demanda adicional en muchos sectores de producción, si bien, la mano de obra era escasa por la reducción de la inmigración, y porque muchos hombres se unieron al ejército norteamericano, dejando sus puestos de trabajo. Con ambas circunstancias, era evidente que el país no podía permitirse tantas huelgas y cierres patronales. Por ello, los representantes de los empresarios y los trabajadores, con ayuda del presidente Thomas W. Wilson, llegaron a un acuerdo de cooperación para garantizar cierta paz social, se concedieron derechos a los trabajadores, y se creó una comisión para resolver las eventuales disputas que surgieran como consecuencia de dicho acuerdo, se estableció así, la primera *War Labor Board*. Sin embargo, esta situación fue coyuntural. Una vez finalizada la Guerra, y por ello, desaparecidas las circunstancias antes citadas, los derechos que se habían concedido a los trabajadores se disiparon, éstos ya no tenían el respaldo del gobierno, y los empresarios retomaron su negativa a participar en la negociación colectiva. En definitiva, volvió a reinar la conflictividad laboral de años anteriores. Vid. J.T. BARRETT, «Interest based bargaining: A new mediator tool at FMCS», *mediationhistory.org*, págs. 1 y 2; J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., págs. 106 a 108.

²⁵ Franklin D. Roosevelt ganó las elecciones de forma abrumadora, obtuvo casi veintitrés millones de votos, ocho más que su contrincante Herbert C. Hoover.

²⁶ Tradicionalmente esta expresión se ha traducido como *Nuevo Trato* o *Nuevo Reparto*. Roosevelt la utilizó por primera vez en la Convención Nacional Demócrata, de 2 de julio de 1932. Aunque no la concedió mucha importancia a lo largo de su discurso, acabó convirtiéndose en el sello distintivo de su programa, vid. W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal: 1932-1940*, New York, Hagerstown, San Francisco, London, 1963, pág. 8.

²⁷ Es importante tener en cuenta que Roosevelt siempre había sido conservador, había favorecido un gobierno de mínima intervención, cuya principal preocupación, como lo había sido también en Hoover, era el mantenimiento de unos presupuestos equilibrados. Sin embargo, y a diferencia de éste último, cuando la *Gran Depresión* se hizo presente, no tuvo inconveniente en llevar a cabo un gobierno de acción, que interviniera a través de medidas económicas y sociales, y gastara fondos federales, con el fin de lograr una verdadera justicia social, vid. J. LEIBY, *A history of social...*, op. cit., págs. 223 y 224; W.I. TRATTNER, *From poor law...*, op. cit., pág. 264.

sociales y filosóficos que propiciaron la práctica de la mediación moderna en el ámbito laboral.

A) La trascendental influencia del *New Deal* en el resurgimiento de la mediación.

13. El *New Deal* implicó decisiones, principalmente, de índole económica, esto es, destinadas a reestructurar todo el mercado, aminorando la vulnerabilidad del sistema hacia los ciclos económicos, y dando más seguridad a empresarios y productores. Pero junto a ella, también hubo otras de naturaleza social, como los subsidios federales para los desempleados, los programas para el fomento y la creación de empleo, la proclamación de ciertos derechos para los trabajadores o el establecimiento de un sistema de seguridad social²⁸. Sin embargo, para llevar a cabo estas medidas, el Gobierno Federal tuvo que adoptar un papel intervencionista, que nunca antes había desempeñado. Se convirtió en un Estado, no sólo interesado en el buen funcionamiento de la economía, sino también preocupado por las necesidades de sus ciudadanos²⁹.

14. A pesar de que, en un primer momento, el Tribunal Supremo declaró algunas de las medidas legislativas impulsadas por Roosevelt como contrarias a la Constitución³⁰, acabó cediendo y declarando constitucionales los dos pilares

²⁸ Vid. P.K. CONKIN, *The New Deal*, 2ª ed., Illinois, 1975, págs. 20 y 21. Para profundizar sobre las políticas desarrolladas por cada uno de los Estados norteamericanos a raíz del *New Deal*, vid. J. BRAEMAN, R.H. BREMNER, D. BRODY (eds.), *The New Deal: The state and local levels*, Vol. II, Columbus, 1975.

²⁹ Vid. J. HOLT, «The New Deal and the American anti-statist tradition», en J. BRAEMAN, R.H. BREMNER, D. BRODY (eds.), *The New Deal: The national level*, Vol. I, Columbus, 1975, págs. 27 a 47; G.A. RITTER, *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. J. ABELLÁN, Madrid, 1991, págs. 173 a 176. En este sentido, se debe hacer mención a las reivindicaciones que en 1931 realizó el *New York City Welfare Council* al presidente Hoover, consistentes en solicitar ayuda federal. Sin embargo, no hablaban de caridad, sino de derecho, esto es, el derecho de los ciudadanos estadounidenses a gozar de unos mínimos estándares de bienestar, condiciones que debían ser garantizadas por el Estado Federal. También Roosevelt, siendo Gobernador del Estado de Nueva York, declaró que la ayuda a los desempleados no era una cuestión de caridad, sino de deber social. Siguiendo esta afirmación, aprobó la *State Unemployment Relief Act* o *Wicks Act*, de 23 de septiembre de 1931. De esta forma, el Estado de Nueva York se convertía en el primero que aprobaba una Ley de tales características, vid. W.I. TRATTNER, *From poor law...*, op. cit., págs. 259, 262 y 263.

³⁰ Ejemplo de esta actitud, fueron la declaración de invalidez de leyes tan importantes para el *New Deal* como la «*National Industrial Recovery Act*» o la «*Agricultural Adjustment Act*». Aunque de las declaradas inconstitucionales, éstas fueron las más importantes, lo cierto es que no fueron las únicas. Hubo otras muchas, tanto de carácter federal como estatal. Vid. W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, op. cit., págs. 231 y 232; W.E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn. The*

fundamentales del *New Deal*: la *Social Security Act*, de 14 de agosto de 1935³¹ y; la *National Labor Relations Act*, de 5 julio de 1935, tan importante para el desarrollo de la mediación laboral³². El citado Tribunal, modificando su propia doctrina, entendió que la libertad contractual no era una libertad absoluta, sino que podía ser limitada a través de

constitutional revolution in the age of Roosevelt, New York, Oxford, 1995, págs. 214 a 216; J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era...*, op. cit., págs. 145 y 146.

³¹ Vid. 42 U.S.C. §§ 301 et seq. Existieron dos sentencias importantes en cuanto a la declaración de constitucionalidad de esta Ley: *Steward Machina Company c. Davis*, 301 U.S. 548 (1937); *Helvering c. Davis*, 301 U.S. 619 (1937). La *Social Security Act* proporcionaba un sistema de seguridad social para los trabajadores contra dos tipos de riesgos: el desempleo y la vejez. Y además establecía una serie de ayudas federales para personas mayores necesitadas, ciegos, niños con discapacidades físicas, y determinadas familias sin recursos. Para profundizar sobre el contenido y repercusiones de la *Social Security Act*, vid. R.H. BREMMER, «The New Deal and Social Welfare», en H. SITKOFF (ed.), *Fifty Years Later: The New Deal evaluated*, Philadelphia, 1985, págs. 76 a 82; P.K. COKIN, *The New...*, op. cit., págs. 51 a 53 y 59; J. LEIBY, *A history of social...*, op. cit., págs. 234 y 235; W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, op. cit., págs. 132 y 133; W.I. TRATTNER, *From poor law...*, op. cit., págs. 276 y 277.

Por primera vez, se reconocían ciertos derechos sociales, y por ende, se abría una nueva esfera de responsabilidad para el Estado Federal, que a partir de aquel momento tuvo el deber de garantizar un mínimo bienestar a sus ciudadanos, en definitiva, nacía en Estados Unidos el llamado *Welfare State*. El término *Welfare State* o *Estado de Bienestar* se debe considerar, cuando menos, complejo. En primer lugar por el propio concepto en relación con la expresión de *Estado Social*, porque entre ellos existe una sutil diferencia, tal y como indica M. GARCÍA-PELAYO, «El concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal (...). En cambio el concepto de *Estado social* incluye no sólo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo», (vid. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, págs. 13 y 14). En este sentido, también se pronuncia L. PAREJO ALFONSO que afirma la falta de identidad total entre ambos términos, identificando al llamado *Estado de bienestar* como un conjunto diverso de fórmulas de aseguramiento colectivo frente a contingencias de la vida. En definitiva, todo *Estado Social* es, o debiera ser, un *Estado de Bienestar*, pero no a la inversa, esto es, puede existir un *Estado de Bienestar* de forma independiente (vid. «Estado Social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional», en S. MUÑOZ MACHADO, J.L. GARCÍA DELGADO, L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar: Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, 2002, págs. 793 a 801).

También es importante tener en cuenta la existencia de diferentes modelos de *Estados de Bienestar*, producto de distintos factores de índole cultural, histórico, político y económico, vid. L. GONZÁLEZ SEARA, «El bienestar social en una época insegura», en S. MUÑOZ MACHADO, J.L. GARCÍA DELGADO, L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras...*, op. cit., págs. 931 a 934; P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER, *The development of welfare States in Europe and America*, New Brunswick, London, 1981, págs. 17 a 121. Ambas circunstancias hacen que este concepto sea excesivamente ambiguo, o al menos, poco preciso. En cualquier caso, se puede especificar que en este supuesto concreto, esto es, en Estados Unidos durante el desarrollo del *New Deal*, el término *Welfare State* hace referencia a cuatro elementos: a) Seguro social, financiado por empresarios y trabajadores, para cubrir el desempleo y el retiro de éstos últimos; b) Asistencia pública, financiada por el Gobierno Federal y los estados, para las personas mayores necesitadas, ciegos, y niños dependientes; c) Programas de ayuda al trabajo para los desempleados, financiados por el Gobierno Federal y; d) Asistencia general para las personas necesitadas que no se encuentran en las anteriores categorías, ayudas que corresponde financiar a los Estados y Condados, vid. W.I. TRATTNER, *From poor law...*, op. cit., pág. 277.

³² Vid. 29 U.S.C. §§ 151 et seq. En este sentido, la sentencia más significativa fue: *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 379 (1937). Para conocer más detalles de dicha sentencia, vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, op. cit., págs. 244 a 251.

medidas legislativas, para así garantizar los intereses públicos y comunitarios propios del ámbito laboral³³. De esa manera, también se empezaba a vislumbrar un cambio en el pensamiento jurídico, abandonando el *Classical Legal Thought* para comenzar a desarrollarse el *Realismo Jurídico Americano*.

15. Ambos extremos, la *National Labor Relations Act* y el *Realismo Jurídico Americano* se constituyeron como importantes influencias para el desarrollo de la mediación laboral, y en consecuencia, como antecedentes históricos al nacimiento del denominado «movimiento ADR».

a) *El Realismo Jurídico Americano*.

16. La falta de sintonía entre la realidad socio-política imperante en los años 30, y la jurisprudencia eminentemente formalista del Tribunal Supremo no sólo generó una crisis profunda entre la Administración Roosevelt y el citado Tribunal, sino que dio lugar a la consolidación del *Realismo Jurídico Americano*³⁴. Esta corriente de pensamiento fue pieza clave para el origen de la mediación, y el posterior avance de los ADR. El *Realismo* coadyuvó al surgimiento de la mediación laboral, primer ámbito en el que se practicó esta vía de resolución de disputas, tal y como hoy la concebimos.

17. Aunque el *Classical Legal Thought* estuvo presente hasta finales de la década de 1930, no es menos cierto que desde los primeros años del siglo XX, antes de nacer el llamado *Realismo Jurídico Americano*, comenzaron a brotar ciertas opiniones críticas en torno al pensamiento jurídico clásico, reivindicando una perspectiva más social y

³³ La modificación de la doctrina *Lochner* se materializó en la sentencia *West Coast Hotel Company c. Parrish*, 301 U.S. 1 (1937) de 29 de marzo de 1937. Para conocer más datos sobre dicha sentencia, vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo...*, op. cit., págs. 240 a 244. En cuanto al citado cambio de criterio jurisprudencial, vid. W.E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court Reborn...*, op. cit., págs. 169 a 179; J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era...*, op. cit., págs. 146 a 153.

³⁴ El *Realismo Jurídico Americano* fue una corriente de pensamiento caracterizada por entender que el Derecho positivo no estaba formado por axiomas o normas ideales, sino que el Derecho debía concebirse como un instrumento más a la hora de resolver los conflictos, y para ello, debía estar inspirado en los problemas reales de la sociedad, en definitiva, amoldarse a ellos. En cuanto al *Realismo Jurídico Americano*, vid. J.I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004; J.I. SOLAR CAYÓN, «El Concepto de Derecho en el Realismo Jurídico Americano. Una reinterpretación», en AA.VV., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Santander, 2002.

pragmática del Derecho. En este sentido, Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound fueron dos de los juristas más influyentes³⁵.

Oliver W. Holmes fue el primero en defender una concepción instrumental del Derecho. Según esta idea, el ordenamiento jurídico no tenía que ser tan formal, rígido y axiomático, sino que las normas debían adaptarse a las condiciones sociales de cada momento histórico. Por esta razón, los órganos judiciales no debían proceder a una mera aplicación lógico-deductiva de las disposiciones jurídicas, sino que también debían tener en cuenta las cuestiones sociales y de política legislativa. Sólo así se podrían resolver realmente los conflictos planteados³⁶.

Años después, Roscoe Pound continuó sosteniendo una visión instrumental del Derecho a través de la denominada *jurisprudencia sociológica*. Situó como núcleo central de su visión del Derecho, que éste respondiera a los intereses y necesidades sociales que se le plantearan, esto es, que el principal factor a tener en cuenta a la hora de aplicar las normas jurídicas fuera sus consecuencias para la sociedad, para las personas afectadas. En conclusión, el Derecho debía mirar hacia el futuro, hacia los resultados producidos como consecuencia de su acción, pero no hacia el pasado, como ocurría con el *Classical Legal Thought*, caracterizado por intentar adaptar los hechos a los principios tradicionales e inamovibles del *Common Law*³⁷.

³⁵ O.W. HOLMES fue un prestigioso jurista americano, sobre todo conocido por formar parte del Tribunal Supremo de Massachussets, ya que a través de sus sentencias y votos particulares fue de los primeros en apoyar los derechos sindicales de los trabajadores. En todo caso, también debe su fama a escritos tan influyentes como la obra titulada *The Common Law* (1881), y la a continuación citada *The Path of the Law* (1897).

R. POUND fue Decano de la Facultad de Derecho de Harvard, de 1916 a 1936. A él se debe la famosa expresión «*law in books, law in action*», que refleja la diferencia entre el antiguo *Classical Legal Thought* y la *jurisprudencia sociológica* en la que él creía. Dicha frase constituyó el título de uno de sus artículos, *vid.* R. POUND, «Law in books and Law in action», *ALR*, vol. 44, 1910, págs. 12 a 36.

³⁶ Holmes no sólo creía que esta debía ser la forma de funcionamiento del Derecho, sino que entendía que de alguna forma así se producía en la práctica, esto es, que las decisiones judiciales no eran nunca un producto puramente lógico, sino que siempre se tenían en cuenta otras circunstancias exógenas, aunque fuera incluso de forma inconsciente, *vid.* AA.VV., «Developments in the Law: The paths of civil litigation», *Harv. L. Rev.*, vol. 113, nº 7, 2000, págs. 1755 y 1756; O.W. HOLMES, «The path of the Law», *Harv. L. Rev.*, vol. 10, nº 8, 1897, págs. 457 a 478.

³⁷ Sin embargo, defendía la realización de una prelación de aquellos intereses sociales a proteger, para así tener su ordenación objetiva. De manera que a la hora de proceder a la resolución de un caso, el juez sólo tenía que subsumir los problemas planteados en las necesidades sociales correspondientes, y hacer prevalecer aquellas que eran dignas de mayor protección por encima de las que se encontraban en una posición inferior dentro de la citada prelación. En definitiva, Pound, a diferencia de Holmes y los realistas, siguió defendiendo un sistema previsible, con la misma estructura que el establecido por el *Classical Legal Thought* pero tomando en consideración las circunstancias sociales de cada tiempo, *vid.* J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era...*, *op. cit.*, págs. 105 a 113.

Esta concepción del Derecho, desarrollada por R. Pound a lo largo de los años, ya comenzó a ser vislumbrada en 1906, cuando pronunció su memorable discurso *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* ante la *American Bar Association*. A través de esta ponencia, R. Pound llamó la atención sobre la aplicación mecánica de las leyes por parte de los jueces, el gran distanciamiento entre el Derecho y la sociedad, el espíritu excesivamente individualista y competitivo del *Common Law* y de su forma de regular el proceso judicial, así como el desinterés de los jueces por los problemas de las personas³⁸. Este discurso, fríamente aceptado en su momento³⁹, obtuvo el reconocimiento que se merecía mucho tiempo después, en 1976, con la célebre *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, en adelante Conferencia Pound, porque precisamente es este acontecimiento, donde la doctrina fija el nacimiento del llamado «movimiento ADR»⁴⁰.

18. En cualquier caso, y a pesar de las opiniones críticas vertidas por los citados autores, el *Classical Legal Thought* siguió imperando en el panorama jurídico, incluso ya estando en funcionamiento el *New Deal*⁴¹. Si bien comenzaba a emerger, a la vez que el citado programa político, una corriente de pensamiento, cuyas reivindicaciones guardaban cierta similitud con las expuestas por O.W. Holmes y R. Pound: el *Realismo Jurídico Americano*.

19. El desarrollo de este movimiento estuvo absoluta e íntimamente vinculado al *New Deal*. La razón de esta unión, se encontraba en uno de los postulados principales

Este posicionamiento fue la razón de su enfrentamiento con los realistas, especialmente con K.N. LLEWELLYN y J.N. FRANK, considerados como los máximos representantes del denominado *Realismo Jurídico Americano*. Vid. ad ex. K.N. LLEWELLYN, «A realist jurisprudence—The next step», *Harv. L. Rev.*, vol. 30, n° 4, 1930, págs. 431 a 465; K.N. LLEWELLYN, «Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound», *Harv. L. Rev.*, vol. 44, n° 8, 1931, págs. 1222 a 1264; R. POUND, «The call for a realist jurisprudence», *Harv. L. Rev.*, vol. 44, n° 5, 1931, págs. 697 a 711. Si bien, el único autor que figura en el segundo de los artículos es K.N. LLEWELLYN, lo cierto es que éste también fue elaborado por J.N. FRANK, aunque finalmente no lo firmó. En cualquier caso, este último artículo es muy importante, se considera que en él se establecen los puntos fundamentales que articularon el *Realismo Jurídico Americano*, vid. J.I. SOLAR CAYÓN, «El Concepto de Derecho...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 1185 y 1186.

³⁸ Todos estos aspectos reseñados por R. POUND, también fueron criticados por el *Realismo Jurídico Americano*, vid. ad. ex., J.M. FRANK, *Law and the modern mind* (1930), Gloucester, 1970; J.M. FRANK, *Courts on trial: Myth and reality in american justice* (1949), Princeton, 1973.

³⁹ Sin duda, la citada conferencia fue muy atrevida, no se debe olvidar que durante esa época el *Classical Legal Thought* estaba en pleno auge, muestra de ello es que sólo un año antes, en 1905, había sido dictada la sentencia *Lochner*. Vid. *supra*, nota n° 22.

⁴⁰ Vid. *infra*, págs. 46 a 50.

⁴¹ Vid. *supra*, págs. 23 a 25.

del *Realismo Jurídico Americano*: la defensa de una concepción funcional y social del Derecho. De manera que el Derecho, como instrumento al servicio de la sociedad, debía servirse también de las políticas legislativas de cada momento, si quería resolver realmente las disputas en cuestión, que aunque jurídicas, normalmente tenían también una base social. Sin duda, esta concepción se ajustó perfectamente con el *New Deal*, que comenzaba a intervenir en múltiples cuestiones sociales y económicas, realizando una política directa, activa, e intentando paliar las necesidades propias de la situación que se vivía⁴². En definitiva, y al contrario de lo que se había fomentado en décadas anteriores, el *Realismo Jurídico Americano* entendió que la política y el Derecho, así como otras Ciencias Sociales, debían estar unidas, relacionadas entre sí, en orden a lograr su único objetivo: la resolución de conflictos concretos⁴³.

20. La unión de esta forma tan directa y efectiva de tomar decisiones políticas por parte del *New Deal*, y de los postulados jurídicos tan innovadores planteados por el *Realismo*, junto con la finalidad central de solventar de manera eficiente y real todo conflicto que se planteara, supuso un gran impulso para la *resolución alternativa de disputas*. Se crearon un gran número de agencias, denominadas *Administrative Agencies*, para así poner en práctica y ejecutar todas las nuevas medidas que se estaban adoptando por parte de la Administración Roosevelt. Dichas agencias no sólo tenían funciones ejecutivas, legislativas y sancionadoras, sino que también gozaban de otra función, la facultad para resolver las disputas surgidas en el ámbito de su competencia⁴⁴. Algunas de estas agencias, sobre todo las relativas al ámbito laboral, fueron las que más impulsaron, a partir de los años 30 y 40, el uso de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, en especial, de la mediación⁴⁵.

⁴² Vid. J.I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de...*, op. cit., págs. 76 a 83. Este cambio tan radical tanto desde una perspectiva social como en la forma de entender el Derecho, afectó también a los abogados y a su forma de trabajar, vid. J.S. AUERBACH, «Lawyers and Social Change in the Depresión Decade», en J. BRAEMAN, R.H. BREMNER, D. BRODY (eds.), *The New Deal...*, op. cit., págs. 133 a 169. Muestra de esta realidad es el propio Jerome Frank, reputado abogado, que colaboró en el *New Deal*, y a la vez, fue uno de los máximos representantes del *Realismo Jurídico Americano*.

⁴³ Además, con la fusión del Derecho y de la política, se ponía fin a la enorme brecha abierta entre el Derecho y la sociedad, que ya había puesto de manifiesto R. Pound en 1906. Vid. *supra*, págs. 26 y 27.

⁴⁴ Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, op. cit., págs. 162 y 163. Para profundizar sobre la configuración y funcionamiento de estas agencias, vid. L.M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho...*, op. cit., págs. 126 a 144.

⁴⁵ En este sentido, se debe hacer especial mención al *Federal Mediation and Conciliation Service* (FMCS), creado en 1947. Vid. *infra*, págs. 32 y 33.

b) La mediación laboral.

21. La *National Labor Relations Act*, aprobada durante el *New Deal*, también fue fundamental para la mediación, en especial, para la desarrollada en el ámbito laboral. A través de la citada Ley, se reconoció a los trabajadores la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva⁴⁶. Además, se creó el *National Labor Relations Board*, una comisión cuyo fin principal era evitar prácticas abusivas por parte de los patronos, y también supervisar las elecciones sindicales⁴⁷. El reconocimiento de estos derechos laborales por parte del Gobierno Federal, junto a las citadas prohibiciones establecidas para los empresarios, -entre las que se encontraba la negativa de éstos a participar en la negociación colectiva-, consiguieron que los trabajadores, por fin, detentaran una posición de igualdad respecto de la figura del patrono. Esta igualdad era premisa necesaria para conseguir la celebración de una auténtica negociación colectiva, -desde entonces obligatoria-, que a su vez, se convertía en el ámbito natural dentro del cual se desarrollaría la mediación laboral.

22. En este sentido, y para entender el desarrollo de la mediación laboral, es de vital importancia tener en cuenta la estrecha relación existente entre una serie de factores, un *efecto dominó* que se produjo entre todos ellos. El reconocimiento de los citados derechos a los trabajadores junto con las correlativas restricciones impuestas a los empleadores, llevó al incremento de las negociaciones colectivas entre ambos sectores, y a su vez, esto originó el crecimiento de la mediación. Por esta razón, en la década de los años 20, el *U. S. Conciliation Service*, único órgano encargado de mediar

⁴⁶ Vid. M. DERBER, «The New Deal and Labor», en J. BRAEMAN, R.H. BREMNER, D. BRODY, *The New Deal...*, op. cit., págs. 110 a 118; W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt...*, op. cit., págs. 150 a 152.

⁴⁷ El artículo 8 de la *National Labor Relations Act* establecía una lista de prácticas laborales que hasta aquel momento solían ser de frecuente realización por parte del patrono, pero que a partir de entonces se consideraron ilícitas. Entre ellas se encontraban la creación de sindicatos de empresa, el despido o discriminación a los trabajadores por ejercer sus derechos laborales, o negarse a participar en la negociación colectiva. Para profundizar sobre los antecedentes de esta Ley, su proceso de elaboración, así como el contenido de sus disposiciones, vid. M.L. ARROYO VÁZQUEZ, «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la Ley nacional de relaciones laborales o Ley Wagner», *Espacio, tiempo y forma, Serie V, Hª Contemporánea*, nº 15, 2002, págs. 351 a 377.

las disputas laborales⁴⁸, no lograba gestionar al año más de 600 casos, mientras que en 1938, cuando la *National Labor Relations Act* se encontraba ya en pleno funcionamiento, este número aumentó, llegando a realizarse 4.321 mediaciones durante ese año⁴⁹.

23. El rápido avance de la mediación, como instrumento para resolver las disputas surgidas en el marco de las negociaciones colectivas, se vio notablemente beneficiada por el estallido de la II Guerra Mundial. A causa de este acontecimiento, la demanda de producción aumentó de forma considerable, -el incremento fue incluso mayor que el experimentado en la I Guerra Mundial-. Tal y como ya había ocurrido durante los años 1917 y 1918, la prioridad máxima era asegurar una alta productividad, de manera que ésta no pudiera peligrar ni por huelgas ni por cierres patronales.

Aunque el *U. S. Conciliation Service* seguía funcionando, lo cierto es que éste no garantizaba de forma completa la ansiada paz social⁵⁰. Sin duda, se necesitaba otro órgano para conseguir la seguridad requerida por esta situación ciertamente extraordinaria, para que ninguna disputa laboral quedara sin ser resuelta. Por ello, en marzo de 1941 se creó otra agencia, la *National Defense Mediation Board*, cuya principal función consistía en solucionar aquellos casos que no consiguieran ser solventados por el *U. S. Conciliation Service*. Sin embargo, pronto se observó la necesidad de crear una agencia con más poder, con mayor atribución de competencias. Así las cosas, en enero de 1942 la *National Defense Mediation Board*, fue sustituida por la segunda *War Labor Board*⁵¹.

Esta comisión se convirtió en «una segunda instancia de apelación» en relación al *U. S. Conciliation Service*, de manera que si el acuerdo logrado a través de este órgano no llegaba a satisfacer a cualquiera de las partes, éstas siempre podrían acudir a la *War Labor Board*. Si bien, mientras que aquél se caracterizaba por tener un conjunto de

⁴⁸ En 1913, se creó el Departamento de Trabajo de Estados Unidos, cuya máxima autoridad William B. Wilson, logró que en 1917 se fundara el *U.S. Conciliation Service*. Un órgano dependiente del Departamento de Trabajo, formado por un panel de mediadores con el fin de resolver conflictos laborales, *vid. C.W. MOORE, El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, 1995, pág. 55.

⁴⁹ *Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, A history of alternative..., op. cit.*, págs. 120 y 121.

⁵⁰ La *National Labor Relations Board* también seguía funcionando. Si bien, su labor consistía en lograr el cumplimiento efectivo de la *National Labor Relations Act*, *vid. supra*, pág. 29.

⁵¹ Esta agencia estaba compuesta por doce personas, representando en grupos de cuatro a tres sectores diferentes: al sector empresarial, a los trabajadores y a los poderes públicos.

mediadores experimentados en la práctica, pero con escasa formación académica, esta última estaba formada por abogados y economistas, menos familiarizados con las técnicas de persuasión y negociación, y en cambio más cómodos con las clásicas actuaciones procesales. Estas particularidades propias de los componentes de la *War Labor Board*, junto con su carácter de «segunda instancia», hicieron que dicha comisión, aunque estuviera autorizada para realizar mediaciones, se dedicará sobre todo a llevar a cabo arbitrajes⁵².

24. Así las cosas, para cuando terminó la II Guerra Mundial, en el año 1945, la afiliación sindical llegó a 40 millones de trabajadores, esto es, al 35% de la mano de obra. Los sindicatos ahora tenían mucha fuerza, se practicaban auténticas negociaciones colectivas. Como consecuencia de esta realidad, se llevaron a cabo en ese año 23.121 mediaciones en el *U. S. Conciliation Service*⁵³. En conclusión, la citada contienda había servido para reafirmar los derechos de los trabajadores, y con ellos, la negociación colectiva y la mediación en el ámbito laboral.

25. Sin embargo, con la finalización de la guerra, desaparecieron las circunstancias económicas extraordinarias derivadas de la misma, y junto a ellas, la cooperación entre los empresarios y los sindicatos también terminó. Ante la nueva coyuntura económica, las posiciones de los sindicatos y de los empleadores se distanciaron, pero ahora algo había cambiado, los primeros tenían mucho más poder que en épocas anteriores. Esto llevó a que, en los años inmediatamente posteriores a la guerra, los cinco sectores industriales más importantes del país sufrieran huelgas de índole nacional⁵⁴. Esta situación era insostenible, una nueva reforma laboral se entendía

⁵² Efectivamente, la *War Labor Board* realizó también mediaciones, si bien, esa autoridad de árbitros que conservaban sus miembros, provocaba un efecto pésimo en el desarrollo de la mediación. Esto fue duramente criticado por los mediadores del *U.S. Conciliation Service*, acostumbrados a conseguir acuerdos por las técnicas propias del arreglo de controversias, no por la intimidación que generaba el poder de los mediadores, al ser también potenciales árbitros, (vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pág. 122). En cambio, la labor realizada por la *War Labor Board*, en relación con el arbitraje, debe ser destacada favorablemente, porque formó a muchos árbitros y ayudó a extender el arbitraje como otro de los métodos para resolver conflictos. Teniendo en cuenta esta realidad, es importante resaltar la dicotomía entre «primera instancia – mediación», y «segunda instancia – arbitraje». Una relación que en este momento se comenzaba a vislumbrar, pero que en el futuro sería construida de una forma mucho más elaborada y completamente consciente. Sobre la combinación entre mediación y arbitraje, vid. *infra*, págs. 210 a 217.

⁵³ Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., págs. 120 y 121.

⁵⁴ Cinco millones de trabajadores pertenecientes al sector del acero, del automóvil, de la minería del carbón, a la industria cárnica y eléctrica estuvieron en huelga desde finales del año 1945 hasta la

necesaria por parte de la nueva composición del Congreso, mayoritariamente republicana.

Esta renovación, que supuso a su vez la reforma de la *National Labor Relations Act*, se materializó en la llamada *Labor Management Relations Act*, de 23 de junio de 1947, también denominada *Taft-Hartley Act*⁵⁵. El objetivo primordial de esta Ley era terminar con la conflictividad que había resurgido en los últimos años, alcanzar una «paz industrial sólida y estable». En este contexto, se consideró que la negociación colectiva y la mediación eran los mecanismos más adecuados a la hora de resolver las disputas entre trabajadores y empleadores, de modo que éstos fueron fomentados y potenciados a través de sus disposiciones⁵⁶.

26. El símbolo de dicho impulso se encuentra en la creación del *Federal Mediation and Conciliation Service*, en adelante FMCS⁵⁷. Esta agencia independiente, creada en virtud de la *Taft-Hartley Act*, sustituyó al *U. S. Conciliation Service*, que por el contrario, sí había estado subordinado al Departamento de Trabajo.

Uno de los nuevos preceptos más importantes, por ayudar a expandir la práctica de la mediación, era el que establecía el deber de informar al FMCS cuando cualquiera de las partes quisiera modificar o renegociar un convenio colectivo⁵⁸. Gracias a esta

primavera de 1946. Vid. J.T. BARRETT, «Interest based bargaining...», *loc. cit.*, pág. 2; J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 128 y 129.

⁵⁵ Esta Ley es más conocida como *Taft-Hartley Act*, porque fueron dos congresistas, Robert Taft y Fred A. Hartley quienes la sacaron adelante. Vid. 29 U.S.C. §§ 141 et seq.

⁵⁶ Vid. C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, *op. cit.*, pág. 55.

⁵⁷ Es importante tener en cuenta que el Congreso consideró expresamente como opción principal la utilización de la mediación, y en cambio, rechazó el arbitraje obligatorio que ya había puesto en práctica la *War Labor Board*, (vid. S. BARONA VILAR, *Solucion extrajurisdiccional...*, *op. cit.*, pág. 56; J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pág. 130). Este arbitraje cumplió la imperiosa necesidad de lograr cierta paz entre trabajadores y empresarios durante la II Guerra Mundial. Pero una vez superada dicha situación, se evidenciaba que para lograr auténticos acuerdos entre sindicatos y empleadores era necesaria la mediación. En otras palabras, se precisaba que las partes acordaran los diferentes extremos tratados en la negociación colectiva sin imposiciones, y sí como resultado de un proceso, en el que los mediadores lograran la convergencia en las opuestas posiciones de las partes, dejando a un lado la confrontación. Solo así, se obtendría éxito, y se alcanzaría el objetivo de la *Taft-Hartley Act*. Por ello, la principal labor del FMCS fue la práctica de mediaciones, si bien, ello no fue obstáculo para que también tuviera competencia a la hora de realizar conciliaciones y arbitrajes, eso sí, voluntarios. El FMCS sigue existiendo en la actualidad, si bien ya no sólo ofrece sus servicios a las disputas laborales, sino que se ha extendido a otros muchos ámbitos. En relación a la expansión del FMCS, vid. T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», *loc. cit.*, en M.J. RUIZ MARÍN (dir.) *Mediación y protección de menores...*, *op. cit.*, pág. 187; A. STRIMLING, «The federal mediation and conciliation service: A partner in international conflict prevention», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, 2002, págs. 425 a 431. Vid. también la página web de la propia agencia: <http://www.fmcs.org>

⁵⁸ Esta nueva norma supuso un cambio considerable para los mediadores, acostumbrados a conocer del

medida, dicha agencia estaba en continuo contacto con las partes a lo largo de todo el proceso de negociación, de manera que de forma inmediata podía intervenir, o bien por petición de una de ellas, o bien de oficio, cuando así lo estimara conveniente⁵⁹. Además, tampoco se puede olvidar el papel de las agencias estatales y locales de mediación, que se habían ido creando a lo largo de los años, y que con motivo de la citada regulación, adquirieron una considerable relevancia. Éstas se tenían en cuenta a la hora de resolver disputas laborales menores, y también a ellas debía comunicarse la renegociación de un convenio colectivo si es que éste afectaba exclusivamente al ámbito espacial de las mismas, esto es, si eran intraestatales, o locales⁶⁰.

27. En definitiva, esta regulación logró construir una presencia omnicomprendiva de agencias mediadoras de conflictos laborales en el marco de las negociaciones colectivas. Agencias que asimismo estaban formadas por un conjunto de ya experimentados mediadores, forjados durante los años del *New Deal* y de la II Guerra Mundial⁶¹. Todo ello, condujo a la universalización de la mediación en el ámbito laboral, y a su absoluta consolidación y éxito como método para la resolución de disputas entre trabajadores y empleadores en el conjunto de Estados Unidos⁶². Se institucionalizaba así, un modelo a seguir, un método eficiente a la hora de tener que tratar con conflictos, que debían ser realmente resueltos. Disputas donde las partes enfrentadas tenían que llegar a un verdadero acuerdo para hacer desaparecer la

conflicto una vez que la huelga ya estaba en marcha, esto es, cuando el conflicto estaba tan enquistado, que ya era muy difícil poner de acuerdo a las partes en orden a lograr una solución.

⁵⁹ Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...op. cit.*, págs. 130 y 131; D.L. COLE, «Government in the bargaining process: The role of mediation», *AAAPPS*, vol. 333, January 1961, págs. 43 y 44.

⁶⁰ Vid. D.L. COLE, «Government in the bargaining process...», *loc. cit.*, págs. 46 y 47; R.A. SMITH, «The Taft-Hartley Act and state jurisdiction over labor relations», *Mich. L. Rev.*, vol. 46, n° 5, March 1948, págs. 593 a 624. Debe tenerse en cuenta el ámbito restringido de la *Taft-Hartley Act*, que al igual que la *National Labor Relations Act*, sólo era aplicable al comercio interestatal. Dejando fuera al comercio intraestatal, a los empleados públicos, los trabajadores agrícolas y el personal sanitario.

⁶¹ Dentro del ámbito de la negociación colectiva, la mediación se había profesionalizado. Vid. AA. VV., «Developments in the Law...», *loc. cit.*, pág. 1852.

⁶² Por esta razón, la creación del FMCS en 1947 es punto de referencia cuando se quiere hacer mención a la primera vez que la mediación fue utilizada en Estados Unidos de manera formal. Vid. J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pág. 1; R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America to uniform laws and mediation in cyberspace», *Am. J. Comp. L.*, vol. 50, Autumn 2002, pág.182.

hostilidad existente, debido a que éstas estaban obligadas a seguir manteniendo una relación, una cierta cooperación a lo largo del tiempo⁶³.

Este mecanismo exitoso serviría, sin duda, como prototipo a la hora de proceder a la solución de otro tipo de conflictos, que aunque muy distintos a los laborales, poseían una característica primordial en común: su origen en relaciones personales extraordinariamente complejas, necesitadas de una verdadera solución, la cual fuera acordada y aceptada por ambas partes, sin imposición de un tercero. La ocasión de trasladar este modelo a esas otras disputas llegaría en la convulsa década de los 60⁶⁴.

B) La *Civil Rights Act* de 1964 y la expansión de la mediación a otros ámbitos.

28. En Estados Unidos, la década de los años 60 siempre ha sido considerada como una época de descontento y conflicto generalizados. Fue un período caracterizado por las protestas contra la guerra de Vietnam, los disturbios estudiantiles, la lucha por los derechos civiles, así como por otros cambios de considerable repercusión para la sociedad, como el papel, cada vez más significativo, que iba adquiriendo la mujer, o la importancia que comenzaba a tener la figura del consumidor⁶⁵.

Los ciudadanos querían soluciones inmediatas para los graves problemas que sufría el país, y que eran motivo de la situación social tan agitada y violenta que vivían. Por esta razón, y para paliar los motivos de dichas protestas, las autoridades tanto estatales como federales comenzaron a aprobar numerosas leyes, que reconocían nuevos

⁶³ Las características propias de la relación empleador-trabajador, han sido utilizadas como paradigma a la hora de referirse a la mediación como método óptimo para la resolución de conflictos. Vid. L.L. FULLER, «Mediation – Its forms and functions», en C. MENKEL-MEADOW (ed.), *Mediation: Theory, policy and practice*, Aldershot, Burlington USA, Singapore, Sydney, 2001, págs. 305 a 339.

⁶⁴ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, pág. 5. Con el paso de los años, las relaciones laborales fueron cambiando, y como consecuencia de dicho cambio, en la década de los 80, se fueron diseñando distintas tendencias dentro de la negociación y de la mediación. En concreto, el *interest-based negotiation*, una modalidad de negociación que, sin duda, se alejaba del modelo de negociación competitiva, para acercarse a los principios reconciliadores de la mediación y, la *grievance mediation*, un tipo de mediación, muy practicado también por el FMCS, y que sirve para intentar llegar a un acuerdo, antes de que el conflicto laboral se lleve a un arbitraje, vid. J.T. BARRETT, «Interest based bargaining...», *loc. cit.*, págs. 3 a 10; J.T. BARRETT, J.P. BARRET, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 204 a 208. En cualquier caso, las experiencias llevadas a cabo en los años 40 y 50, fueron suficientes para trasladar este modelo a otros ámbitos, esto es, a otros conflictos.

⁶⁵ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, pág. 6.

derechos, y por ende, establecían también nuevas acciones judiciales⁶⁶. Además, instituciones tan significativas, como la familia, la iglesia, o las comunidades, que durante muchos años, se habían encargado de resolver las pequeñas disputas surgidas entre sus miembros, habían ido perdiendo la autoridad y el rol mediador del que habían gozado, en favor del papel protector y social que había ido adquiriendo el Estado desde el *New Deal*⁶⁷. Sin duda, la conjunción de ambas circunstancias era un perfecto caldo de cultivo para provocar una avalancha de demandas ante los tribunales⁶⁸.

29. En cualquier caso, si bien este último factor ayudó a la expansión y utilización generalizada de los ADR, sobre todo a partir de mediados de los años 70, desde luego, no fue la causa más importante a la hora de extender la mediación a los conflictos que se estaban produciendo en la década de los 60. El principal motivo que detonó el interés por el uso de la mediación en este tipo de disputas, era su capacidad real para solucionarlas⁶⁹. Eran problemas que iban más allá de lo jurídico, se trataban de relaciones interpersonales normalmente de larga duración, donde la cuestión no consistía en ganar un litigio, que por otra parte era lento y costoso, sino en intentar que las personas enfrentadas llegaran a un acuerdo para una mejor convivencia⁷⁰.

⁶⁶ El Tribunal Supremo de EE.UU, durante la presidencia de Earl Warren (1954-1969), reconoció muchos derechos que nunca habían tenido un respaldo constitucional, como el derecho de asociación (*NAACP c. Alabama* 1958), el derecho a la intimidad (*Griswold c. Connecticut*, 1965), la libertad de expresión e incluso crítica a personajes públicos, (*Brandenburg c. Ohio* 1969 y *New York Times c. Sullivan* 1964 respectivamente), el derecho de manifestación y de realización de piquetes (*Edwards c. South Carolina* 1963 y *Cox c. Louisiana* 1965), el derecho a utilizar las calles y otros lugares públicos para manifestarse (*Monroe c. Pape* 1961), y se amplió la libertad de prensa, se anuló leyes contra la censura y se limitó la posibilidad para los poderes públicos de prohibir publicaciones consideradas obscenas (*Jacobellis c. Ohio* 1964), *vid.* M. BELTRÁN DE FELIPE, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*, págs. 72 a 77.

⁶⁷ *Vid.* F.E.A. SANDER, «Varieties of Dispute Processing», en A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference...*, *op. cit.*, pág. 68. En Estados Unidos, incluso antes de desarrollarse la mediación laboral, diversas comunidades se encargaban de resolver los pequeños conflictos interpersonales que surgían entre sus miembros. Ejemplo de ello es la comunidad judía que creó en 1920 la *Jewish Conciliation Board*, o la comunidad china que ya realizaba este tipo de resolución amistosa de conflictos en el s.XIX, a través de la *Chinese Benevolent Association*. *Vid.* J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, pág. 5; A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, *op. cit.*, págs. 36 y 37.

⁶⁸ *Vid.* S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute resolution*, Boston, Toronto, 1985, págs. 3 y 4.

⁶⁹ En este sentido, no se debe perder de vista que el uso de la mediación, en estos años, no se toma como un mecanismo estructurado, sino más bien, como algo experimental, *vid.* J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pág. 8.

⁷⁰ Tal y como establece F.E.A. SANDER, aunque los orígenes del «movimiento ADR» sean complejos, la descongestión de los tribunales no es el factor más importante a la hora de explicar su nacimiento. Sino que el interés que surgió en los años 60 por la utilización de los ADR, venía de las ventajas que éstos, y en especial la mediación, podían tener a la hora de resolver determinados conflictos. Beneficios de los

30. Así las cosas, una de las leyes federales que fueron aprobadas bajo el citado contexto fue la *Civil Rights Act*, de 2 de julio de 1964⁷¹. Esta Ley tenía como principal objetivo acabar con la discriminación por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad. En otras palabras, era una ley para terminar con la desigualdad en la que se encontraban, por un lado, las personas de raza negra, y por otro, las mujeres. Pero además, y como reflejo del interés existente en torno al uso de la mediación en relación con este tipo de disputas raciales y comunitarias, la citada Ley creó dos agencias: la *Equal Employment Opportunity Commission*, en adelante EEOC y, el *Community Relations Service*, en adelante CRS.

La primera de las agencias citadas -la EEOC- se encargaba de investigar presuntas discriminaciones por razón de raza, sexo, religión, nacionalidad, edad o discapacidad en las relaciones entre empresarios y trabajadores. De manera que si se comprobaban la veracidad de las mismas, este organismo remitía los casos a mediación. Sólo si el asunto no llegaba a ser resuelto a través de dicho proceso informal, se preveía el planteamiento del supuesto ante los tribunales⁷².

Si la EEOC fue útil para el desarrollo de la mediación, más importante fue la creación del CRS. Esta última agencia fue concebida exclusivamente para mediar casos de discriminación racial y étnica, tan habituales en aquellos años⁷³. Estaba formada por un panel de mediadores que se ocupaban, no sólo de resolver todo tipo de conflictos comunitarios, sino también de prevenirlos mediante el fomento del diálogo entre los líderes de cada comunidad⁷⁴.

31. A pesar del voluntarioso conjunto de decisiones que se adoptaron, tanto por la Administración Federal como por los distintos Estados, incrementando los programas

que, por otra parte, carecía el proceso judicial, (vid. «Family mediation: Problems and prospects», *Med. Q.*, vol. 2, 1983, págs. 3 a 5).

⁷¹ Esta Ley es fundamental para la expansión de la mediación, no sólo por su propio contenido, sino porque gracias a ella, se aprobaron otras muchas leyes estatales de similar contenido, y por ello también, de fomento de la mediación. Vid. 42 U.S.C. §§ 2000 et seq.

⁷² Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., págs. 148 y 149.

⁷³ Las disposiciones que regulaban este organismo se encontraban en el Título X de la *Civil Rights Act of 1964*.

⁷⁴ Vid. J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., pág. 8; C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, op. cit., págs. 56 y 57. Los mediadores que conformaban el CRS, recibieron formación del FMCS. Una agencia, que sin duda, ya tenía muchos años de experiencia en la resolución y prevención de conflictos, vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pág. 150.

de bienestar en los barrios más humildes, y aumentando las medidas de protección contra la discriminación, en lo referente al acceso a la vivienda, al empleo y a la educación. Y aunque la labor mediadora de la EEOC y del CRS parecía efectiva, lo cierto es que durante el verano de 1967, se produjo un estallido de violencia y disturbios en las principales ciudades del país⁷⁵.

Esta situación tan convulsa, sin duda, recordaba a los graves boicots y huelgas protagonizados por los sindicatos durante los años 20 y 30⁷⁶. Protestas que, por otra parte, no cesaron hasta que se les reconoció el derecho de negociación con los empresarios⁷⁷. Este derecho a negociar colectivamente, es el que los defensores de los derechos civiles todavía no habían logrado consolidar desde la aprobación de la *Civil Rights Act* de 1964. Tanto las instituciones públicas como las privadas, no acababan de aceptar su legitimidad para negociar, no terminaban de ver, como algo «normal», que los líderes de las diferentes comunidades se sentaran a negociar con ellos sobre sus intereses y reivindicaciones⁷⁸.

32. Sin embargo, esta situación duraría poco. Ante la gravedad de los hechos del año 1967, desde la Administración Federal se animó a todo tipo de instancias, tanto públicas como privadas, a que utilizaran y fomentaran la mediación como mecanismo para resolver estas disputas socialmente tan complejas. Alentar a que dichas instituciones tomaran la iniciativa, suponía, desde luego, un gran paso para la aceptabilidad de los líderes de los derechos civiles como partes en la indispensable labor

⁷⁵ Vid. J.T.BARRETT, «Mediation: An alternative to violence», *J. Urb. L.*, vol. 47, 1969-1970, pág. 157.

⁷⁶ Vid. *supra*, págs. 21 y 22.

⁷⁷ Este derecho les fue reconocido en la *National Labor Relations Act*, *vid. supra*, pág. 29.

⁷⁸ Este aspecto, fue largamente desarrollado por J.T. BARRETT. Según él, había determinados aspectos que diferenciaban a la mediación laboral, ya consolidada, con la mediación comunitaria que comenzaba a surgir. Extremos que, como había ocurrido en el ámbito laboral, sólo se adquirirían con el tiempo. Por ello, y en palabras de este autor, aún era posible el éxito de la mediación en este campo, pues no habían pasado apenas tres años desde que se había aprobado la *Civil Rights Act*. Las principales carencias que observó J.T. BARRETT fueron: a) que aún no se aceptara a los líderes sindicales como parte legitimada para negociar; b) que todavía no existiera una forma de elegir a un único representante para cada comunidad o grupo, legitimado por todos sus miembros, porque sólo así podía llegar a ser viable una mediación y; c) era necesario que los propios líderes comunitarios comenzaran a pensar y actuar en términos de negociación, esto es, que empezaran a acordar con sus miembros demandas específicas, y que aprendieran a saber sacrificar algunas reivindicaciones por otras, en definitiva, que adquirieran cierta técnica negociadora. (*vid. «Mediation: An alternative...», loc. cit.*, págs. 157 a 163 y «Mediation in civil rights disputes», *Mon. Labor Rev.*, vol. 90, 1967, págs. 44 a 46).

negociadora que conlleva este método de resolución de disputas⁷⁹. Sin duda, parecía que la mediación comunitaria se afianzaba como un óptimo método para la resolución de estos conflictos tan complicados.

33. Asimismo, otro factor que colaboró en el desarrollo de la mediación comunitaria fue el surgimiento, en 1964, del *Law and Society Movement*⁸⁰, o dicho de otra forma, la escuela que pretendió describir y explicar el Derecho en términos sociales⁸¹. Este movimiento, al igual que su antecedente directo, -el *Realismo Jurídico Americano*-⁸², se basó en entender que el Derecho no era una ciencia autónoma, sino que estaba en continua relación con el resto de Ciencias Sociales, y constantemente influenciada por intereses políticos y por la misma sociedad⁸³. Por ello, fomentó el estudio conjunto de sociólogos y juristas, para así atraer el denominado «*law in books*» a la sociedad, a la práctica real del Derecho, y de este modo, lograr una óptima eficacia del mismo⁸⁴.

Debido a este planteamiento de partida, un área que siempre tuvo especial interés para este movimiento, era el correspondiente al funcionamiento real de los tribunales y a los cambios sociales que se iban produciendo en torno a este extremo. Todo ello, llevó a un estudio profundo de la mediación, sobre todo, de su utilización en el ámbito

⁷⁹ El impulso dado por la Administración Federal, se debió al preocupante informe que en 1968 realizó Otto Kerner, presidente de la *National Advisory Commission on Civil Disorder*. En dicho documento se concluía que todos estos disturbios, producto de los prejuicios y de la intolerancia racial, estaban llevando al país a la creación de dos sociedades separadas y desiguales. De ahí la urgencia en orden a tomar medidas inmediatas. Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., págs. 151 y 152.

⁸⁰ Aunque en 1964 nació la Asociación, la creación de la *Law and Society Review* en 1966, fue, realmente, el acontecimiento con el que esta corriente de pensamiento se dio a conocer.

⁸¹ Así lo definió L.M. FRIEDMAN, máximo exponente de esta corriente de pensamiento, en las primeras líneas de su artículo «The Law and Society Movement», *Stan. L. R.*, vol. 38, nº 3, 1986, págs. 763 a 780.

⁸² Principalmente, surgieron dos movimientos post-realistas, el *Law, Science and Policy Movement* y el *Process Jurisprudence Movement*. Estas corrientes de pensamiento buscaban, en definitiva, el ajuste adecuado entre las normas jurídicas y los intereses públicos y políticos, para así alcanzar decisiones judiciales adaptadas a la sociedad. Vid. M. MARTIN, *Legal Realism. american and scandinavian*, New York, Washington D.C., Bern, Frankfurt am Main, Berlin, Vienna, Paris, 1997, pág. 212; G.E. WHITE, «From Realism to Critical Legal Studies: A truncated intellectual history», *Sw. L. J.*, vol. 40, 1986-1987, págs. 825 a 830.

⁸³ Para conocer de forma clara y esquemática los postulados del *Law and Society Movement*, vid. C. MENKEL-MEADOW, «Taking Law and_____ really seriously: Before, during and after “The Law”», *Vand. L. Rev.*, vol. 60, nº 2, 2007, pág. 570.

⁸⁴ En el primer número de la *Law and Society Review*, ya se expresaba la necesidad de crear un foro interdisciplinario de sociólogos y juristas, porque se observaba con preocupación la distorsión existente entre el «*law in books*» y el «*law in action*», vid. G.E. WHITE, «From Realism...», loc. cit., pág. 830.

comunitario o *community mediation*⁸⁵. En este sentido, se debe destacar la preocupación del *Law and Society Movement* por el pésimo impacto del proceso judicial en cuanto al mantenimiento de relaciones interpersonales de larga duración, como por ejemplo, las relaciones entre vecinos o entre comunidades, apoyando para estos casos, la utilización de la mediación⁸⁶.

a) *La mediación comunitaria.*

34. Tomando en consideración la iniciativa emprendida por la *Civil Rights Act*, la mediación comunitaria comenzó a adquirir relevancia como un método eficaz para resolver ese tipo de conflictos. En ese sentido, y en respuesta a la gran preocupación de la Administración Federal por la situación social tan crispada que vivía el país, se comenzaron a instaurar centros de mediación comunitaria tanto por los gobiernos estatales y locales, como por fundaciones de ámbito nacional, estatal y local. Reflejo de este fenómeno fue la *Ford Foundation*, que empezó a financiar programas de mediación con el fin de redirigir dichos disturbios⁸⁷. Así las cosas, en 1968 creó dos centros para la resolución de estas controversias sociales: el *National Center for Dispute Settlement*, en adelante NCDS y, el *Center for Mediation and Conflict Resolution in New York City*.

35. Como no podía ser de otra manera, el NCDS comenzó a mediar las disputas vecinales y raciales, siguiendo el modelo que había triunfado en los conflictos entre trabajadores y empresarios⁸⁸. Pero la importancia de este centro de mediación, no sólo estribó en atreverse a extrapolar el modelo de mediación laboral al ámbito

⁸⁵ Vid. J. BRIGHAM, C. HARRINGTON, «Realism and its consequences: An inquiry into contemporary sociological research», *Int'l. J. Sociol. Law*, vol. 17, 1989, págs. 41 a 62; C. HARRINGTON, «Socio-Legal concepts in mediation ideology», *Legal Studies Forum*, vol. IX, nº 1, 1985, págs. 33 a 38; C. HARRINGTON, «Alternative dispute resolution and social science», *Social Epistemology*, vol. 5, nº 1, 1991, págs. 26 a 29; A. SARAT, M. CONSTABLE, D. ENGEL, V. HANS, S. LAWRENCE, *Crossing boundaries: Traditions and transformations in Law and Society research*, Illinois, 1998, págs. 31 y 32.

⁸⁶ Vid. D.M. TRUBEK, «The handmaiden's revenge...», *loc. cit.*, págs. 128 a 130.

⁸⁷ Si bien la *Ford Foundation* hizo una tarea sobresaliente en cuanto a la promoción y uso de la mediación comunitaria, otras fundaciones, como la *William and Flora Hewlett Foundation*, también apoyaron esta iniciativa, *vid.* J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, pág. 9. La *Ford Foundation* fue fundada en 1936, por el hijo de Henry Ford y dos ejecutivos de la Ford Motor Company. La principal finalidad de esta organización caritativa ha sido financiar proyectos para mejorar el bienestar público, y fomentar la democracia así como los derechos humanos. En la actualidad, sigue realizando sus actividades a través de su sede en Nueva York.

⁸⁸ Vid. S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute...*, *op. cit.*, págs. 4 y 5.

comunitario⁸⁹, sino también porque a partir de su nacimiento, y de la labor de sus miembros, la mediación comunitaria se extendió por todo el país. Dicha expansión se manifestó en diversos ámbitos:

En primer lugar, la forma de organizar las actividades mediadoras empezó a diversificarse extraordinariamente. Además de las sesiones ordinarias de mediación, similares a las practicadas para las negociaciones entre sindicatos y empresarios, algunos mediadores optaron por crear sesiones de mediación maratonianas, esto es, reunían a todas las partes en conflicto, de tal forma que hasta que no se solucionaban las diferencias entre ellos, la mediación no terminaba. Mientras tanto, en Philadelphia se creó lo que puede considerarse el primer *multi-door courthouse program*, un proyecto consistente en derivar a los mediadores, los casos comunitarios que iban llegando a los tribunales⁹⁰.

En segundo lugar, los miembros del NCDS no sólo se encargaron de mediar en los conflictos que se les presentaban, sino que también realizaron una ingente labor, tanto en concienciar a los ciudadanos y líderes comunitarios de la utilidad de este instrumento, proporcionándoles las habilidades necesarias para gestionar los conflictos surgidos a diario, como en formar nuevos mediadores, ciudadanos que voluntariamente mostraban un especial interés por esta labor⁹¹.

Por último, el campo de actuación de la mediación se amplió. El NCDS no sólo ayudó a desarrollar programas para mediar conflictos vecinales, sino también escolares. Es importante tener en cuenta que los episodios de discriminación racial eran muy frecuentes en los centros educativos. Por ello, muchos miembros del NCDS decidieron

⁸⁹ Un ejemplo de la innovación que suponía este programa, se observa en el NCDS fundado en Washington D.C. Aunque fue creado por una subvención de la *American Arbitration Association*, en adelante la AAA, al principio fue completamente independiente, esto es, se encontraba completamente desvinculado de la citada asociación. Esto fue así, porque la AAA tenía miedo de que este «experimento» pudiera dañar su reputación. Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative... op. cit.*, pág. 152.

⁹⁰ Este programa tan original se denominó *Philadelphia 4ª*, vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative... op. cit.*, pág. 153. Para profundizar sobre el modelo del *multidoor courthouse*, vid. *infra*, págs. 46 a 50.

⁹¹ Vid. T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 192. La formación de mediadores era fundamental para el éxito de las mediaciones comunitarias, sobre todo de las que versaban sobre conflictos raciales, porque apenas había mediadores de raza negra. Y sin duda, éstos eran necesarios si se quería conseguir un ámbito de neutralidad, imparcialidad y confianza a lo largo del proceso mediador. Un ejemplo de la carencia de dichos mediadores es que en 1960, un organismo tan consolidado como el FMCS, sólo tenía 4 mediadores de raza negra. Vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative... op. cit.*, págs. 154 y 155.

focalizar su esfuerzo en el fomento de la mediación dentro de las escuelas. De ahí que, a partir de la década de los 70, la mediación escolar también comenzara su andadura⁹².

36. En pocos años se observó la considerable utilidad de la mediación y su gran servicio a la comunidad⁹³. Se pudo comprobar que, los procesos judiciales eran demasiado competitivos, lentos, costosos, y por ello, inútiles para los problemas comunitarios. Mientras que la mediación se erigía como un método eficiente y de fácil adaptación a las controversias. Caracterizado porque en él, las partes tenían un verdadero protagonismo, ellas tomaban las decisiones, y por esta razón, eran ellas las que llegaban a un acuerdo que de verdad resolvía el conflicto planteado. Teniendo en cuenta, además, que los servicios de mediación eran, en muchas ocasiones, sino gratis, al menos, de muy bajo coste⁹⁴.

37. Por otra parte, y como ya se apuntó en párrafos anteriores, la expansión de este mecanismo al ámbito vecinal y educativo, trajo consigo la creación de centros e instituciones de mediación, y por ende, el incremento de mediadores especializados en estas recientes áreas de actuación. Estos nuevos mediadores, cada vez más numerosos, sintieron la necesidad de organizarse, de formar parte de una asociación profesional que los agrupara, sin embargo, no podían incluirse en las sociedades ya instituidas y exclusivamente destinadas a los mediadores laborales⁹⁵. Por esta razón, en 1972 crearon la *Society of Professionals in Dispute Resolution*, en adelante SPIDR. Los objetivos fundamentales de esta organización eran la promoción del diálogo, del estudio y de la

⁹² Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Madrid, 2006, pág. 200. La mediación escolar empezó a utilizarse tanto en escuelas como en centros de educación superior. En este ámbito, las mediaciones no sólo se llevaban a cabo por mediadores profesionales, sino también por los propios estudiantes, en otras palabras, se comenzó a experimentar con la denominada *peer mediation*, o mediación entre iguales, vid. C.W. MOORE, *El proceso de mediación...*, op. cit., pág. 57; J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., págs. 17 y 18.

⁹³ Tal es así, que la *Law Enforcement Assistance Administration*, aprobada en 1968, estableció, de una forma ciertamente experimental, que determinados hechos delictivos u ofensas de poca importancia, fueran tratados a través de procedimientos de mediación.

⁹⁴ Vid. C. HARRINGTON, S. ENGLE MERRY, «The making of community mediation», *L. & Soc. Rev.*, vol. 22, nº 4, 1988, págs. 714 a 717; D.R. HENSLER, «Our Courts, Ourselves...», loc. cit., págs. 170 a 173. No se debe pasar por alto, ni a las autoras de este último artículo, defensoras de la mediación comunitaria, ni la publicación en la que se encuadra el citado artículo. Una muestra más del apoyo que ha supuesto para este tipo de mediación el *Law and Society Movement*, vid. supra, págs. 38 y 39.

⁹⁵ Los mediadores laborales de ámbito federal tenían su propia agencia, el FMCS, mientras que, los mediadores laborales de ámbito estatal y local estaban organizados a través de la *Association of Labor Mediation Agencies*, vid. J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., pág. 178.

educación entre profesionales de la mediación⁹⁶. A pesar de que esta sociedad nació para suplir la citada carencia asociativa, ello no impidió que estuviera abierta a todo tipo de mediadores, cualquiera que fuera su ámbito de trabajo, de ahí el crecimiento tan rápido que experimentó⁹⁷.

38. En definitiva, para mediados de la década de los 70, la mediación comunitaria seguía avanzando hacia su consolidación⁹⁸. A pesar de las dudas iniciales, la extraordinaria labor de los mediadores, y el impulso de instituciones públicas y privadas, hicieron de dicha mediación un instrumento indiscutiblemente útil para la resolución de los complejos conflictos comunitarios y vecinales. Además, aunque el éxito que supuso extrapolar la mediación laboral al ámbito comunitario, en un principio, sólo fue percibido por ciertos sectores de la sociedad, sobre todo por aquellos más cercanos a los conflictos raciales, -como los trabajadores sociales-⁹⁹, años después comenzó a ser advertido también tanto por los órganos jurisdiccionales, como por los abogados¹⁰⁰. Los motivos que llevaron a producir la extensión de la mediación

⁹⁶ Vid. J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, págs. 12 y 13.

⁹⁷ En 1973, un año después de su fundación, el número de socios ascendía a 600, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 180 y 181.

⁹⁸ Tal fue su éxito, que en 1974, el director del FMCS, Bill Usery, decidió extender el campo de actuación del citado organismo. Instituyó la *Office of Technical Service*, esta oficina se encargaba de proporcionar formación para mediar en numerosas agencias federales, como el CRS y la EEOC, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 168 a 170. Además, en 1975, el NCDS, por fin, se convierte en parte formal de la AAA, pasando a llamarse *Community Disputes Services*, *vid. supra*, nota nº 89. Sin embargo, la mediación escolar tendría que esperar algún tiempo más para su afianzamiento, de hecho, su uso no se generalizó hasta la década de los 80, *vid.* J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, págs. 17 y 18.

⁹⁹ Debido a que la mediación comunitaria fue principalmente impulsada y diseñada por y para los conflictos sociales, tanto raciales como vecinales, los procedimientos de mediación fueron entendidos de una forma más humana e informal, reforzándose el aspecto sociológico, y dejando a un lado, al menos en estos primeros años, la perspectiva jurídica. *Vid.* T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 190 y 191.

¹⁰⁰ Tras la celebración de la Conferencia Pound, la mediación comunitaria también comenzó a ser conocida por jueces y abogados, sobre todo, gracias a que ésta empezó a ser practicada por importantes asociaciones del ámbito jurídico como el *Special Committee on the Resolution of Minor Disputes*, *vid.* K.K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States: Issues ripe for regulation may shape the future of practice», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, págs. 401 y 402. Además, como fiel reflejo del rotundo éxito que la mediación comunitaria había logrado, el Departamento de Justicia de Estados Unidos creó los *Neighborhood Justice Centers*. Si bien, estos acontecimientos llevarían consigo algunos cambios en la forma de concebir este tipo de «justicia informal», la cual ya no estaría tan alejada del sistema jurisdiccional estadounidense, *vid. infra*, pág. 49. Este fenómeno ha sido criticado por los denominados *Critical Legal Studies*, *vid. infra*, págs. 52 a 54. En todo caso, parte de la *community mediation*, alejada de la Administración Federal y de las administraciones estatales, ha seguido conservando ese espíritu inicial, más cercano al aspecto social que al jurídico.

comunitaria al ámbito judicial fueron: la expansión de la mediación a materias como la familiar, -donde conflictos como el divorcio siempre se habían llevado ante los tribunales-, y de forma paralela, el continuo crecimiento de demandas ante los tribunales, que provocó la celebración de la Conferencia Pound, y por ende, el nacimiento del «movimiento ADR». Todo ello hizo que este método de resolución de disputas se acercara al ámbito del Derecho. Acontecimiento este, que supondría su instauración definitiva en el ordenamiento jurídico estadounidense.

b) La mediación familiar.

39. La posibilidad de resolver las disputas de naturaleza familiar a través de mecanismos «informales» siempre ha tenido un claro antecedente en EE.UU: el *Family Conciliation Court* de California, que ya en 1939, ofrecía servicios de conciliación. Si bien, no era tanto para hacer que el divorcio de una pareja fuera amistoso, sino para intentar reconducir el problema matrimonial en orden a lograr la reconciliación de los cónyuges¹⁰¹.

No obstante, el verdadero desarrollo de la mediación familiar estadounidense comenzó en la década de los 60. A lo largo de estos años, los divorcios aumentaron, y las consecuencias derivadas de éstos, como la guardia y custodia de los hijos, empezaron a crear muchas dificultades. Esta situación hizo que las rupturas matrimoniales dejaran de verse como una cuestión eminentemente jurídica, para también pasar a concebirse como un problema de índole personal, si cabe, más complejo¹⁰².

40. En los primeros años de la década de los 60, algunos funcionarios de los juzgados de familia comenzaron a experimentar con mecanismos informales de resolución de conflictos, siguiendo el citado modelo californiano. En otras palabras, se continuaba utilizando estos instrumentos para intentar reconciliar a los matrimonios, para pretender redirigir las diferencias de las parejas, y evitar así las consecuencias

¹⁰¹ Vid. J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, pág. 6.

¹⁰² Empezó a percibirse la gran carga emocional que conllevaban las rupturas matrimoniales, *vid.* A. RIPOL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, *op. cit.*, págs. 74 y 75.

nefastas que, se pensaba, tenía el divorcio principalmente para los hijos, pero también para la sociedad en general¹⁰³.

41. Sin embargo, esto sólo fue el principio de un cambio mucho más profundo, que se produjo en los años sucesivos. El 4 de septiembre de 1969, California aprobaba el divorcio sin culpa, y a partir de este momento, muchos otros Estados empezaron a adoptar leyes con ese mismo tipo de divorcio no culpable¹⁰⁴. Este acontecimiento trajo consigo importantes consecuencias para la mediación, y especialmente, para su relación con el poder judicial estadounidense.

La primera y más inmediata consecuencia, fue la transformación en la manera de percibir el instrumento de la mediación. Aquellas personas, como los trabajadores sociales o los terapeutas familiares, que llevaban años utilizando este mecanismo con el fin de reconciliar a las parejas, comenzaron a ver este método como una herramienta para que los cónyuges, que ya irremediabilmente iban a pasar por un divorcio, pudieran sobrellevar las consecuencias de dicho proceso de la forma más amistosa posible. Sobre todo, en aquellas cuestiones que eran especialmente delicadas, como las relativas a la guardia y custodia de los hijos¹⁰⁵. Sabían que a través de la obtención de un acuerdo amigable sobre el citado extremo, se cumplía de un modo más apropiado y provechoso con los intereses del menor, al ser los padres los máximos conocedores del supuesto de hecho concreto. Generando, indudablemente, un resultado mucho más satisfactorio que una resolución judicial, generalmente más impersonal.

En segundo lugar, otro efecto que influyó en el desarrollo de la mediación fue el aumento del número de causas de divorcio. Desde luego, a la hora de eliminar el factor de la culpabilidad, muchas personas se sintieron más libres de iniciar la disolución de su matrimonio. Otro factor que aumentó el problema de la excesiva litigiosidad, fue la

¹⁰³ Con este fin nació en 1963 la *Association of Family and Conciliation Courts*, en adelante AFCC. Como un foro en el que compartir experiencias y soluciones para las disputas surgidas en el ámbito de las familias, y así mantener su cohesión. Vid. T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 188.

¹⁰⁴ Vid. *California Civil Code* §§ 4000-5100. La expansión de esta medida fue tal que, para 1977, otros nueve Estados ya habían aprobado sendas leyes, previendo todas ellas el divorcio sin culpa. Y para finales de 1983, sólo el Estado de Nueva York y de Dakota del Sur seguían sin adoptar la forma no culpable de disolución del matrimonio.

¹⁰⁵ En estos primeros años de práctica de la mediación en el ámbito familiar, sólo era objeto de dicho mecanismo las cuestiones relativas a los hijos. Los asuntos exclusivamente económicos, seguían dejándose para los abogados y los tribunales, *vid.* R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, pág. 183.

modificación de la ley sustantiva relativa al divorcio, al no traer consigo la correspondiente reforma de la ley procesal¹⁰⁶. En definitiva, no sólo se había incrementado el número de procesos de este tipo, debido a la instauración del divorcio sin culpa, sino que éstos no se habían adaptado a las nuevas circunstancias, quedándose anticuados, y caracterizándose por no ser suficientemente ágiles.

42. Estas dos últimas circunstancias fueron la principal causa que consiguió unir dos mundos que, en principio, habían estado tan separados. Los operadores jurídicos, pero sobre todo los jueces, comenzaron a ver en la mediación un mecanismo factible para la resolución de los conflictos familiares. En primer lugar, porque comenzaron a interesarse y a conocer las experiencias tan exitosas que ya estaba teniendo la mediación en conflictos, donde también se mezclaban los aspectos jurídicos, con los personales, como eran las disputas comunitarias. Y en segundo lugar, porque vieron en la mediación una forma económica, rápida y satisfactoria de resolver estos litigios, una ayuda para un sistema judicial que era incapaz de proporcionar un adecuado acceso a la justicia¹⁰⁷.

43. En conclusión, se estaban dando las condiciones y premisas necesarias para la llegada del denominado «movimiento ADR», esto es, para la aceptación generalizada de la mediación y de otros métodos alternativos, como instrumentos aptos de resolución de conflictos, y ello no sólo en orden a resolver las disputas comunitarias y familiares, sino todo tipo de litigios¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Como resultado de esta falta de previsión legislativa, los jueces y abogados siguieron actuando de la misma forma, y sin duda comenzaron a observar la falta de adaptación del proceso judicial a la nueva regulación en materia de divorcio, *vid.* J. FOLBERG, «A mediation overview...», *loc. cit.*, pág. 6; J. BLADES, «Mediation: An old art revitalized», *Med. Q.*, nº 3, March 1984, págs. 60 a 62.

¹⁰⁷ No se debe olvidar, que no sólo se produjo un crecimiento en las causas de divorcio, sino que la multiplicación de causas judiciales fue general, especialmente las relativas a cuestiones medioambientales y las relacionadas con los derechos civiles, debido a la promulgación de la *National Environmental Policy Act of 1969* y la *Civil Rights Act of 1964* respectivamente, *vid.* R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, págs. 184 a 186. Aunque ya se ha hablado del impacto que la última Ley citada tuvo para la mediación, no significa que la primera, la relativa al medioambiente, no fomentara dicho mecanismo alternativo, porque, efectivamente, también comenzó a desarrollarse la mediación para este ámbito de disputas, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 160 a 162; R.A. BARUCH BUSH, J.P. FOLGER, *La promesa de mediación*, Barcelona, 1996, pág. 20.

¹⁰⁸ Aunque en un principio la mediación familiar sólo se utilizó para los supuestos de divorcio, posteriormente también serviría para resolver conflictos entre padres e hijos, problemas relativos al cuidado y la convivencia con un familiar enfermo, minusválido o anciano, y disputas relativas a herencias o empresas familiares, *vid.* T. BUTTS GRIGGS, «La mediación en los Estados Unidos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 203. Además, la mediación, así como otros tipos de ADR, se llegarían a utilizar en conflictos propios del ámbito penitenciario, sanitario, organizacional, penal, en las disputas relativas a pequeñas

2. La Conferencia Pound: El nacimiento del llamado «movimiento ADR».

44. Con la puesta en práctica de la mediación, primero en el ámbito laboral, y años después en el ámbito comunitario y familiar, quedaban demostradas todas las ventajas que este método de resolución de conflictos poseía en comparación con el tradicional proceso judicial: la mediación podía solucionar los litigios de forma más rápida y con menor coste económico, descargando de trabajo a los tribunales y mejorando el acceso a la justicia, a la vez que era capaz de resolver de forma efectiva y satisfactoria aquellas disputas derivadas de relaciones personales de larga duración. Dichas ventajas empezaron a ser percibidas por los distintos operadores jurídicos en la década de los 70, precisamente, una época caracterizada por las dificultades que atravesaba la Administración de Justicia estadounidense. Todo ello, sirvió para que surgiera el denominado «movimiento ADR», cuya importancia no sólo se debe a que fue el primer paso hacia la institucionalización de los diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico de EE.UU, sino porque gracias a su influjo, los diferentes Estados europeos comenzaron a poner en práctica dichos métodos ADR, en especial, la mediación.

45. La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el nacimiento del «movimiento ADR» tuvo lugar en abril de 1976, con la celebración de la ya antes mencionada *The Pound Conference: Perspectives on justice in the future*, o Conferencia Pound¹⁰⁹.

46. Esta reunión, realmente no se celebró para tratar de forma exclusiva la utilización de los ADR, sino que su finalidad era examinar, discutir y proponer soluciones a las ineficiencias del sistema judicial estadounidense. Pues bien, una de las medidas planteadas fue la instauración de los ADR en relación con el proceso judicial, o lo que es lo mismo, la implantación de los denominados *court-annexed ADR* o *court-*

reclamaciones civiles, comerciales, interculturales, y también internacionales, *vid.* K.K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 405 a 419.

¹⁰⁹ El nombre de este Congreso, hace honor a Roscoe Pound, *vid.* A.L.LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference...*, *op. cit.*, págs. 5 a 16.

*connected ADR*¹¹⁰. Esta propuesta, que fue emitida por el profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, Frank E.A. Sander, no sólo consistía en una mera inclusión de los ADR en el ámbito de los tribunales, sino que fue más allá, a través de la exposición del célebre sistema denominado *multi-door courthouse*¹¹¹.

47. A pesar de que en el pasado, ya se había experimentado con proyectos similares¹¹², la exposición de esta forma de entender los ADR en relación con los tribunales fue completamente innovadora, por su cuidadosa elaboración teórica y por su plenitud tanto en lo referente a los ámbitos susceptibles de aplicación, como en el manejo de muy distintos tipos de ADR.

En primer lugar, esta idea del *multi-door courthouse* consistía en estudiar aquellos litigios que, aunque de muy distinta naturaleza, estaban caracterizados por la relación de larga duración que irremediamente sufrían las partes¹¹³. En este sentido, Sander entendía fundamental el análisis de cinco extremos: a) *la naturaleza de las disputas*, teniendo en cuenta que normalmente todas ellas siempre son muy complejas, lo cierto es que suelen tener diferentes vertientes de muy diversa índole, y por ello, son difícilmente tratables por los tribunales; b) *la relación entre los propios litigantes*,

¹¹⁰ Esta modalidad de ADR, cuyo ejemplo más representativo es la mediación intrajudicial, consiste en que una vez planteada una demanda ante el juez, éste reenvíe el asunto para que sea tratado mediante alguno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, págs. 143 y 144. En EE.UU, normalmente los casos se derivan a los servicios de mediación ya incorporados en los propios juzgados. También es importante tener presente, que el juez puede simplemente sugerir dicho reenvío a las partes (modalidad voluntaria), o bien, y si así se prevé en la legislación correspondiente, puede obligarles a acudir, al menos, a la primera sesión informativa de dichos procesos alternativos (modalidad obligatoria). En cualquier caso, en estos primeros momentos, a lo largo de la Conferencia Pound, la instauración del *court-annexed ADR* no estaba tan clara. De hecho, existió un debate en torno a la *Rule 16 Federal Rules of Civil Procedure* (19 June 1934, 28 U.S.C. §§ 723 et seq.), disposición que faculta a los jueces a utilizar las denominadas *pretrial conferences* con el fin de identificar la vía más adecuada y eficiente de resolver un caso. Pues bien, se discutió si en las denominadas *pretrial conferences*, los jueces podrían animar a las partes a utilizar algún tipo de ADR, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pág. 182. En cuanto a la interpretación que finalmente se concedió a dicha norma, *vid. infra*, nota nº 502.

¹¹¹ Curiosamente, en la exposición original de Sander, durante la celebración de la Conferencia Pound, éste nunca hablo de *multi-door courthouse*, sino que utilizó otro término, *comprehensive justice center*. La primera de las denominaciones, y desde luego la más famosa, surgió después, a raíz de una publicación que realizó la *American Bar Association* sobre el propio discurso de Sander, *vid.* AA:VV., «A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse», *U. St. Thomas L. Rev.*, vol. 5, nº 3, 2008, pág. 670.

¹¹² *Vid. supra*, pág. 40.

¹¹³ Ejemplo de estos vínculos inevitablemente duraderos son: a) las relaciones familiares, paradigmático es el caso de los padres que, a pesar de divorciarse, tienen hijos en común; b) la relación entre proveedores y distribuidores; c) entre los propietarios de inmuebles y sus inquilinos; d) entre presos, o entre éstos y los funcionarios; e) entre vecinos o; f) entre profesor y alumno.

porque sin duda, cuando el vínculo entre las partes es necesariamente duradero, el tratamiento del conflicto también debe ser distinto, no es cuestión de ganar o perder, tal y como ocurre en los tradicionales procesos judiciales; c) *el montante del litigio*, porque si son reclamaciones de pequeña cantidad, no se debiera poner en acción todos los recursos humanos y materiales que implica un proceso ante los tribunales; d) *el coste*, otro factor importante a tener en cuenta a la hora de elegir la vía en virtud de la cual se quiere resolver la disputa, y por último; e) *la rapidez de los ADR* respecto del proceso judicial, circunstancia que inevitablemente interesa, y mucho, en determinados ámbitos, sobre todo en los comerciales¹¹⁴.

Una vez analizados estos criterios en referencia al concreto caso presentado ante el juez, el modelo del *multi-door courthouse* estribaba en que el órgano judicial y/o las partes eligieran cuál era la mejor vía para resolver el asunto de la forma más adecuada, ajustándose a sus necesidades concretas. En conclusión, se creaba un sistema flexible de resolución de disputas, en orden a elegir y utilizar uno de ellos, como el instrumento más óptimo, de conformidad con las características del conflicto planteado¹¹⁵.

Como el propio Sander declaró en la Conferencia Pound, este sistema no sólo servía para dar solución a determinados conflictos de una forma más eficiente, sino que tenía la finalidad de reservar a los tribunales, aquellos casos para los que realmente estaban capacitados. En definitiva, un proyecto para mejorar el acceso a los órganos jurisdiccionales, y no malgastar los esfuerzos de la Administración de Justicia, una de las causas de sus retrasos y de su mal funcionamiento.

48. A pesar de la ingeniosa exposición teórica de este sistema, Sander sabía que sería muy complicado llevarlo a la práctica. Sin embargo, y contra todo pronóstico, las ideas expuestas comenzaron a materializarse. Se creó una oficina especial en el

¹¹⁴ Para profundizar más sobre todos ellos, *vid.* F.E.A. SANDER, «Varieties of dispute processing», en A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference...*, *op. cit.*, págs. 72 a 79; F.E.A. SANDER, «Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview», en M. FREEMAN (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1995, págs. 97 a 114.

¹¹⁵ En este sentido, F.E.A. SANDER tenía en consideración multitud de tipos de ADR, si bien uno de los protagonistas, por su flexibilidad a la hora de adaptarse a cualquier controversia, era el mecanismo de la mediación, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pág. 183; F.E.A. SANDER, «Varieties of Dispute...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 68 a 72. Es importante tener en cuenta que, según este proyecto del *multi-door courthouse*, la elección de un determinado ADR también dependía del momento procesal en que éste se seleccionara, en otras palabras, de lo desarrollado que se encontrara el proceso judicial, *vid.* F.E.A. SANDER, L. ROZDEICZER, «Matching cases and dispute resolution procedures: Detailed analysis leading to a mediation-centered approach», *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 11, n° 1, 2006, págs. 1 a 31.

Departamento de Justicia denominada *The Office for Improvements in the Administration of Justice*, con el fin de impulsar y analizar el avance en la aplicación de aquellos planteamientos expuestos en la citada reunión, entre ellas, la propuesta de Sander¹¹⁶. Incluso la *American Bar Association*, en adelante ABA, también impulsó este proyecto a raíz de la Conferencia Pound mediante la constitución del inicialmente llamado *Special Committee on the Resolution of Minor Disputes*¹¹⁷, con el fin de poner en práctica la idea del *multi-door courthouse* para aquellas pequeñas demandas civiles y penales¹¹⁸.

49. Además, y como consecuencia también de la Conferencia Pound, en 1977 se crearon los *Neighborhood Justice Centers*. A través de estos centros, la mediación comunitaria, que años atrás se había caracterizado por ser un movimiento eminentemente social, alejado de la Administración de Justicia, ahora se unía a las instituciones públicas del país, expandiéndose por todos los Estados y las localidades estadounidenses¹¹⁹.

¹¹⁶ El nacimiento de la citada oficina se produjo gracias a la labor de Griffin Bell, Abogado General de EE.UU. y participante en la Conferencia Pound. En cualquier caso, no fue el único impulsor de los ADR, sino que el presidente del Tribunal Supremo de EE.UU., Warren Burger, cuyo mandato se perpetuó desde 1969 a 1986, también apoyó la celebración del citado Congreso, así como la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de controversias por parte de abogados y dentro del sistema judicial federal, *vid.* T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, pág. 234; W.E. BURGER, «Agenda for 2000 A.D...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 23 a 36.

¹¹⁷ Este grupo de trabajo más tarde, en 1993, se convertiría en la influyente *ABA'S Section of Dispute Resolution*. En la actualidad, esta sección de la ABA tiene más de 17.000 miembros. Destaca por sus numerosas y prestigiosas actividades, sobre todo por el congreso anual que organizan cada primavera, y por la revista que crearon, denominada *Dispute Resolution Magazine*, *vid.* www.abanet.org/dispute/. Además, la ABA también se encargó de financiar tres programas experimentales, basados en el modelo del *multi-door courthouse*, estos proyectos, denominados *Court Dispute Resolution Programs*, se desarrollaron en Washington D.C., en Tulsa (Oklahoma) y en Houston. Pues bien, debido a su éxito, en 1989 se convirtieron en permanentes, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 234 y 235.

¹¹⁸ En cuanto a la mediación en conflictos penales, los primeros programas se iniciaron a mediados de los años 60 -realmente no eran proyectos de mediación propiamente dichos, pero su finalidad y las técnicas de acercamiento y entendimiento entre las partes sí eran similares a la mediación-. Si bien, su expansión llegó con la celebración de la Conferencia Pound, y la creación de las citadas instituciones y de otros muchos programas estatales y locales. Para saber más sobre la evolución histórica de la mediación penal en EE.UU., *vid.* M.S. UMBREIT, «The development and impact of victim-offender mediation in the United States», *Med. Q.*, vol. 12, nº 3, Spring 1995, págs. 263 a 265. En cualquier caso, muchas de las pequeñas disputas penales también habían estado gestionándose a lo largo de los años por las organizaciones de mediación comunitaria, *vid.* K.K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 409.

¹¹⁹ Esta medida ha sido de las más criticadas por los representantes de los *Critical Legal Studies*, *vid. infra*, págs. 52 a 54.

En poco tiempo, nacieron otras muchas instituciones, *The Center for Public Resources*, creado en 1979 y compuesto por un grupo de abogados, cuyo primer fin fue crear un programa para reducir los costes de los litigios¹²⁰; *The Institute of Civil Justice*, fundado para llevar a cabo investigaciones en orden a elaborar formas óptimas de resolución de disputas civiles¹²¹; así como el *Judicial Arbitration and Mediation Service*, en adelante JAMS, cuya actividad consistía en realizar mediaciones y arbitrajes a través de jueces ya retirados, pero con una larga experiencia a la hora de resolver disputas.

50. En definitiva, el «movimiento ADR» había nacido. Pero esto sólo fue un anticipo de lo que posteriormente ocurrió a lo largo de la década de los 80. Un período caracterizado por el aumento de nuevas asociaciones que practicaban y promovían todo tipo de ADR, por la instauración de los primeros programas de formación en las Universidades, así como por la consolidación de estos mecanismos de resolución de conflictos en aquellos campos de actuación en los que se había experimentado durante las décadas anteriores. Como consecuencia de todos estos progresos, se generó el contexto ideal para el siguiente paso en la evolución del «movimiento ADR», esto es, la institucionalización de la mediación a principios de los años 90¹²².

A) La institucionalización de la mediación.

51. A principios de los años 80, concretamente en 1982, se fundó la *Academy of Family Mediators*, en adelante AFM, cuya principal finalidad era la promoción de la mediación familiar, mediante la creación de una revista, la *Mediation Quarterly*, y el desarrollo de cursos de formación. Además, en 1983 y 1984, se crearon el *National*

¹²⁰ Este centro, se convertiría más tarde en el *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*, más conocido como *CPR Institute for Dispute Resolution*, hoy en día, un organismo de referencia en la práctica de los ADR, *vid.* <http://www.cpradr.org/AboutCPR/FAQs/tabid/284/Default.aspx>

¹²¹ Otro logro de la Conferencia Pound fue introducir los ADR como campo de investigación dentro de las ciencias jurídicas. A partir de los años 80 comenzaron a existir multitud de escritos y documentos jurídicos que analizaban, y estudiaban el fenómeno de los ADR desde diferentes puntos de vista, aportando nuevos datos e ideas. *Vid. infra*, págs. 51 a 54.

¹²² En cualquier caso, en la década de los 90, los ADR también han seguido expandiéndose y amoldándose a las nuevas circunstancias imperantes, ejemplo de ello, es el nacimiento de los ODR «online dispute resolution», *vid.* J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, págs. 30 y 31; J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, *op. cit.*, págs. 261 y 262. En cuanto a los ODR, *vid. infra*, págs. 167 a 173.

Institute for Dispute Resolution, en adelante NIDR y la *Hewlett Foundation* respectivamente. Estas dos organizaciones fueron, sin lugar a dudas, cruciales en lo relativo al desarrollo de la mediación en estos años, porque se encargaron de financiar a otros muchos organismos que promocionaban y practicaban los ADR, de manera que sin su ayuda financiera, todas las actividades de esas otras asociaciones no hubieran sido posibles¹²³.

Gracias a la labor de todas las organizaciones anteriormente citadas, se consiguió incluir por completo los ADR tanto en el sistema judicial estadounidense, como en la conciencia social de los ciudadanos, que también solicitaban su uso fuera de los tribunales. Esta realidad hizo que la formación en este campo comenzara a ser exigida no sólo entre psicólogos, trabajadores sociales y terapeutas, sino también entre abogados. Y ello por varios motivos: primero, porque se había convertido en una actividad importante de su trabajo, y segundo, porque necesitaban conocer las características y principios que regían los distintos tipos de ADR practicados, sobre todo, la mediación, el método más empleado.

52. Esta circunstancia, unida a la incipiente atención que todo el sector académico había empezado a demostrar tras la celebración de la Conferencia Pound¹²⁴, provocó la creación de muchos trabajos doctrinales, que hoy en día, siguen siendo de referencia como: *Getting to Yes* de William L. Ury y Roger Fisher¹²⁵; *Dispute Resolution* de Stephen B. Goldberg, Eric D.Green y Frank E.A. Sander¹²⁶, o; *The Mediation Process*

¹²³ Por ejemplo, el NIDR prestó una gran ayuda a la *National Association for Mediation Education*, asociación creada en 1984 y encargada de impulsar la mediación como método de resolución de disputas en el ámbito educativo. Por su parte, la *Hewlett Foundation* también proporcionó un considerable apoyo financiero a organizaciones tan importantes como la SPIDR, la AFM o a la ya nombrada *National Association for Mediation Education*, vid. T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., págs. 216 a 223.

¹²⁴ Es importante tener en cuenta que no todas las manifestaciones doctrinales se posicionaron a favor de la utilización de los ADR, ni fomentaron su utilización. Incluso al margen de los *Critical Legal Studies*, hubo autores que criticaron enérgicamente estos métodos alternativos, entre ellos, destaca especialmente O.M. FISS. Este profesor no sólo defendía que los ADR normalmente favorecieran a la parte poderosa del conflicto, sino que acudir a estos mecanismos, evitando el proceso judicial, suponía socavar el papel creativo de los Tribunales norteamericanos, a la hora de desarrollar soluciones innovadoras de interés público. En definitiva, significaba sacrificar la verdadera justicia a cambio de una «paz» lograda normalmente, no por la libre voluntad de las partes, sino por la presión que ejerce la poderosa sobre la débil, (vid. «Against settlement», *Yale L. J.*, vol. 93, n° 6, 1984, págs. 1073 a 1090; «Out of eden», *Yale L. J.*, vol. 94, n° 7, 1985, págs. 1669 a 1673).

¹²⁵ Vid. W.L. URY, R. FISHER, *Getting to Yes*, Boston, 1981.

¹²⁶ Vid. S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute Resolution*, Boston, Toronto, 1985.

de Christopher Moore¹²⁷. Además, nacieron importantes revistas universitarias sobre los ADR como: *Journal of Dispute Resolution*; *Ohio State Journal of Dispute Resolution* y; *Negotiation Journal*. Y a la vez que estas publicaciones veían la luz, también empezaron a ofertarse cursos de postgrado en diferentes Universidades, siendo los más importantes, el denominado *Program on Negotiation*, también denominado PON, de la Universidad de Harvard, y el llamado *Institute for Conflict Analysis and Resolution* de la Universidad George Mason de Virginia¹²⁸.

53. Sin embargo, no toda la doctrina apoyaba el giro que el «movimiento ADR» había provocado en la utilización de la mediación. Una corriente de pensamiento, surgida en el año 1977 del ala izquierda y más progresista del *Law & Society Movement*, los denominados *Critical Legal Studies*¹²⁹, se caracterizaron por sus reiteradas críticas al citado fenómeno¹³⁰. En este sentido, el nacimiento de los *Critical Legal Studies* supuso una vuelta al *Realismo* más puro, una lucha contra el sistema jurídico establecido, debido a que éste sólo había asumido algunos de los postulados realistas, y de una manera, cuando menos, discreta. Por ello, la citada corriente de pensamiento pretendía demostrar la indeterminación y ambigüedad del Derecho, en un sentido técnico, como ya lo hicieran los realistas, y también político. En otras palabras, intentaban exponer las contradicciones e incoherencias del Derecho, no sólo en sí

¹²⁷ Vid. C. MOORE, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflicts*, San Francisco, 1986.

¹²⁸ Para profundizar sobre la actividad doctrinal de los años 80, vid. J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, op. cit., págs. 26 a 28; T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...*, op. cit., págs. 211 a 215.

¹²⁹ El nacimiento de los *Critical Legal Studies* se fija en 1977, debido a la celebración de la *Conference on Critical Legal Studies*. Esta importante reunión, realizada en Madison, reúne principalmente a dos grupos de profesores, aquellos sociólogos del Derecho más progresistas, provenientes del *Law and Society Movement*, destacando entre ellos D. Trubek, y aquellos jóvenes profesores de Derecho, principalmente de Harvard y liderados por D. Kennedy, disconformes con el sistema establecido y defendido desde las facultades de Derecho del país, vid. J.A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996, págs. 51 a 68; M. TUSHNET, «Critical Legal Studies: A political history», *Yale L. J.*, vol. 100, nº 5, 1991, págs. 1515 a 1537; G.E. WHITE, «From Realism...», loc. cit., págs. 833 a 836.

¹³⁰ Se debe tener en cuenta que ambos movimientos nacen prácticamente a la vez, el «movimiento ADR» en 1976, y los *Critical Legal Studies* en 1977. De manera que esta última corriente de pensamiento ha podido observar muy de cerca toda la evolución de los ADR, sobre todo, su puesta en práctica a lo largo de las diferentes instancias y organismos creados en los distintos Estados norteamericanos.

mismo considerado, sino porque también la realidad la entendían como un conjunto contradictorio de intereses y necesidades políticas y sociales¹³¹.

54. A la vista de este programa, es lógico que los *Critical Legal Studies* se preocuparan por la transformación que estaba sufriendo la mediación, porque había pasado de tener una naturaleza eminentemente informal y alternativa, a estar completamente incorporada al sistema judicial americano, siguiendo el modelo del *multi-door courthouse* que Frank E.A. Sander propuso durante la renombrada Conferencia Pound¹³².

55. Ante esta realidad, muchas fueron las críticas vertidas por este movimiento. El principal autor de las mismas, Richard Abel, indicaba que los ADR, y en especial, la mediación comunitaria, lo único que habían conseguido era disuadir a los más desfavorecidos de intentar hacer valer sus derechos ante los tribunales, y en definitiva, denegarles el acceso a la justicia. Abel también criticaba cómo el desarrollo del «movimiento ADR», había servido para expandir el poder y el control del Estado a ámbitos a los que antes no llegaba, por ejemplo, a las disputas comunitarias. Y cómo había conseguido que los conflictos, que pudieran suponer graves desafíos para los poderes públicos y capitalistas, como los que ocurrieron en la década de los 60, se convirtieran en meros malentendidos, para así evitar la actitud crítica hacia las instituciones y el sistema establecido, creando una sociedad dócil, conformista y pasiva¹³³. Asimismo, otros autores también pusieron de manifiesto el mayor riesgo de crear situaciones de desigualdad y discriminación hacia las minorías, reivindicando en

¹³¹ Para profundizar sobre el movimiento de los *Critical Legal Studies*, vid. J.A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento...*, op. cit., págs. 240 a 410; R.M. UNGER, «The Critical Legal Studies movement», *Harv. L. Rev.*, vol. 96, nº 3, 1983, págs. 561 a 675.

¹³² Vid. *infra*, págs. 46 a 50.

¹³³ Vid. R. ABEL, «The Contradictions of Informal Justice», en R. ABEL, *The politics of informal justice*, Vol. I, New York, 1982, págs. 267 a 320.

También, J. AUERBACH, en su obra *Justice without Law?* (New York, 1983), ha expuesto estas mismas críticas. Vid. D.R. HENSLER, «Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system», *Penn St. L. Rev.*, vol. 108, nº 1, 2003, págs. 170 y 171; W. TWINING, «Alternative to what? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in anglo-american jurisprudence: Some neglected classics», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, nº 3, 1993, págs. 380 y 381.

su lugar, que los ADR se celebraran sólo cuando existieran disputas entre partes con un estatus o poder similar¹³⁴.

56. A pesar de las citadas críticas doctrinales, el «movimiento ADR» siguió avanzando, de manera que, en respuesta a su afianzamiento se aprobaron, durante el año 1990, dos leyes federales que preveían su utilización. Concretamente, el Congreso adoptó la *Administrative Dispute Resolution Act*, de 15 de noviembre, en adelante ADRA¹³⁵, y la *Civil Justice Reform Act*, de 1 de diciembre, en adelante CJRA¹³⁶. En definitiva, la institucionalización de los ADR, tomando como protagonista a la mediación, había llegado.

57. La ADRA facultó a las agencias gubernamentales a utilizar los ADR en la mayor parte de las disputas administrativas. Obligó a que toda agencia dependiente del Gobierno estadounidense adoptara una política de promoción de los ADR. Para ello, dispuso que cada una de estas unidades nombrara a un encargado de revisar dicho fomento y su puesta en práctica¹³⁷. En todo caso, y aunque no se deba minusvalorar la importancia de esta Ley, hay que tener en cuenta que muchas de estas agencias ya se encargaban de promover y llevar a cabo mediaciones desde hacía bastante tiempo, e incluso de poner en práctica otras modalidades de ADR¹³⁸.

¹³⁴ Esta última crítica ha sido claramente manifestada y explicada por: R. DELGADO, C. DUNN, P. BROWN, H. LEE, D. HUBBERT, «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *Wis. L. Rev.*, 1985, págs. 1359 a 1404.

¹³⁵ *Vid.* 5 U.S.C. §§ 571 et seq.

¹³⁶ *Vid.* 28 U.S.C. §§ 471 et seq.

¹³⁷ En 1996, el Congreso extendió el ámbito de aplicación y mejoró ciertos extremos de esta Ley, autorizando a las agencias la realización de arbitrajes vinculantes, incrementando las materias susceptibles de ADR, además de aumentar las garantías de confidencialidad, *vid.* AA.VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, pág. 1860; T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...», op. cit.*, pág. 246. Sobre esta Ley, *vid.* G.M. MORÁN, «La mediación en EE.UU», en E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento de conciliación*, Madrid, 2010, págs. 24 y 25.

¹³⁸ A lo largo de este trabajo hemos analizado múltiples agencias encargadas de mediar disputas de muy variada naturaleza: el FMCS, la EEOC o el CRS, son los más representativos, *vid. supra*, págs. 32, 33, 36 y 37. Además, también en el ámbito administrativo, desde la década de los 80, se venía practicando el denominado *negotiated rule making* o *Reg-Neg*, esto es, un tipo de ADR llevado a cabo durante el proceso de elaboración de una norma, con el fin de que ésta logre satisfacer los intereses tanto de las agencias gubernamentales y poderes públicos, como de los ciudadanos interesados y afectados por la misma. Debido al éxito de este ADR, el Congreso estadounidense, animado por la ABA y otras organizaciones sobre la materia, aprobó en 1990 la *Negotiated Rulemaking Act*, con el fin de regular y homogeneizar esta técnica, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative...», op. cit.*, págs. 226 a 228; K.K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 400 y 401. También existía la figura del *Ombudsman*. Éste solía actuar en ámbitos reducidos, como municipios, regiones o universidades, resolviendo conflictos a través de cualquier tipo de ADR, actuando como mediador, conciliador e incluso como árbitro, *vid.* J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of*

Por otra parte, la CJRA afectaba al funcionamiento de todo el sistema jurisdiccional federal. Estableció que los Tribunales Federales de Distrito comenzaran a implementar programas de resolución alternativa de disputas¹³⁹, para así reducir el coste y el retraso que existía, sobre todo, en las causas civiles¹⁴⁰. Aunque la incorporación de estos programas se hizo de forma gradual, lo cierto es que fue todo un éxito¹⁴¹.

58. En todo caso, esta Ley debe ser completada con la promulgación de otra norma fundamental, la *Alternative Dispute Resolution Act*, de 30 de octubre de 1998¹⁴². La citada Ley sí que obligaba a todo Tribunal Federal de Distrito a la inclusión de un programa de ADR. En este sentido, exigía a las partes litigantes que, al menos, consideraran la posibilidad de utilizar algún tipo de resolución alternativa de disputas, al igual que también se obligaba al Tribunal a ofrecer alguno de los ADR contenidos en el programa.

59. No obstante, esta regulación trajo consigo algunas cuestiones controvertidas. La *Alternative Dispute Resolution Act* no contenía ninguna norma relativa a la forma de aplicar los programas de ADR por parte de los tribunales, dejando plena discrecionalidad a los jueces en lo referente al desarrollo de estos métodos alternativos. Y si bien, esta falta de regulación, se vio por algunos como un acto plenamente coherente, para así evitar la judicialización de procesos que por definición, eran completamente informales y flexibles, otros entendían que existían determinadas

alternative..., *op. cit.*, págs. 219 y 220. En cuanto a la situación de estos ADR en la actualidad, *vid. infra*, nota nº 433.

¹³⁹ La organización judicial norteamericana es muy compleja, porque cada Estado tiene la suya propia, distinta de la del resto, y a parte también existe una red de Tribunales Federales. Estos últimos están organizados en tres niveles, siendo el nivel inferior, y por ende, el básico de enjuiciamiento, el relativo a los Tribunales de Distrito. Los otros dos niveles, los referentes a los Tribunales de Circuito y al Tribunal Supremo de EE.UU, se limitan a las apelaciones, *vid. L.W. FRIEDMAN, Introducción al derecho...*, *op. cit.*, págs. 67 a 75; E.A. FARNSWORTH, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1990, págs. 57 a 61; G.C. HAZARD y M. TARUFFO, *La justicia civil en los Estados Unidos*, trad. F. GASCÓN INCHAUSTI, Cizur Menor, 2006, págs. 55 a 62.

¹⁴⁰ *Vid. S. BARONA VILAR, «Aproximación al movimiento de ADR (alternative dispute resolutions) en EE.UU, R.F.A e Italia», RCEA, 1998, págs. 59 y 60; S. BARONA VILAR, Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Valencia, 2013, págs. 45 y 46.*

¹⁴¹ Para el año 1996, más de la mitad de los Tribunales Federales gozaban de algún tipo de programa de mediación, *vid. R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», loc. cit.*, pág. 193; C.B. RENFREW, «Into the 21st Century», *CPR Institute for Dispute Resolution: Alternatives*, pág.7.

¹⁴² *Vid. 28 U.S.C. §§ 651 et seq.* Sobre el contenido de esta Ley, *vid. G.M. MORÁN, «La mediación...», loc. cit., op. cit.*, págs. 26 y 27.

garantías que, efectivamente, debían ser reguladas, concretamente tanto las cuestiones de la confidencialidad y de la neutralidad, como de la formación y cualificación de los mediadores¹⁴³.

Sin embargo, que esta Ley no regulara dichos extremos, no significaba que no existiera ningún tipo de ordenación al respecto. En el caso de la mediación, los principios de confidencialidad y de neutralidad, eran regulados por cada Estado, aunque la normativa era dispersa y muy distinta entre sí. Por otra parte, y en lo que se refiere a los controles de calidad de los profesionales de la mediación, lo cierto es que existía un vacío legal manifiesto, si bien, este era suplido a través de las actividades, documentos e informes elaborados por las asociaciones y organizaciones de ADR más importantes y representativas del país¹⁴⁴.

60. En todo caso, tanto la dispersión normativa en la que se encontraba la regulación de la mediación, debido a las diferentes legislaciones estatales, como la falta de ordenación de alguno de sus extremos más importantes, empezó a generar determinados problemas¹⁴⁵. Uno de los más importantes fue el nacimiento de una cierta jurisprudencia en torno al principio de la confidencialidad, la cual establecía la obligación de los mediadores de tener que testificar en aquellos juicios posteriores a las mediaciones infructuosas en las que habían participado¹⁴⁶.

El surgimiento de dicha jurisprudencia, junto con la insuficiente, y a veces, incorrecta regulación de la mediación por parte de los Estados, además de la presión ejercida por los mediadores, organizados a través de sus asociaciones, llevaría en pocos años a la aprobación de la *Uniform Mediation Act*, también conocida como UMA.

¹⁴³ Vid. AA. VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, pág. 1861.

¹⁴⁴ La asociación que más trabajó por los estándares de calidad de los mediadores fue la SPIDR, *vid.* AA. VV., «Developments in the law...», *loc. cit.*, págs. 1874 y 1875; J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT, J.B. STULBERG, *Mediation theory...*, *op. cit.*, págs. 401 a 403.

¹⁴⁵ Además, no sólo se deben tener en cuenta las leyes estatales, sino también las propias regulaciones de las organizaciones y asociaciones de mediación. Así las cosas, se estima que antes de la elaboración de la UMA, en EE.UU existían unas 300 normas reguladoras de la mediación, *vid.* J.L. REICHERT, «Bar organizations urge uniformity in mediation Law», *Trial*, nº 35, 1999, págs. 104 y 105.

¹⁴⁶ Para conocer en mayor profundidad la incipiente jurisprudencia en torno al principio de confidencialidad, *vid.* R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», *loc. cit.*, págs. 195 a 197.

B) La *Uniform Mediation Act* de 2001.

61. En 1998, la *National Conference of Commissioners for Uniform State Laws*, en adelante la NCCUSL, creó un comité para la elaboración de la *Uniform Mediation Act*¹⁴⁷. El citado comité, en estrecha colaboración con la ABA¹⁴⁸, elaboró varios borradores en los años sucesivos, hasta que finalmente se logró su aprobación en agosto de 2001¹⁴⁹.

La UMA tiene como principal finalidad uniformar determinadas cuestiones referentes a la mediación, que han sido tratadas de muy distinta forma por los cincuenta Estados, bien porque muchos legisladores estatales no han comprendido del todo cómo era exactamente un proceso de mediación, bien, porque incluso hay Estados que aún no tienen una regulación propia en torno a esta institución¹⁵⁰.

62. Esta Ley está compuesta por 17 Secciones. La primera Sección simplemente se limita a transcribir su título, *Uniform Mediation Act*, sin embargo, los dos siguientes apartados sí son más importantes, en tanto que definen los conceptos fundamentales del instituto de la mediación, así como el ámbito de aplicación de la propia UMA. En este sentido, es interesante destacar, en primer lugar, la definición de mediador, la cual no exige ninguna cualificación específica para serlo¹⁵¹, y en segundo lugar, el propio

¹⁴⁷ Vid. 2001 NCCUSL. Esta Ley puede consultarse en la propia página web de la NCCUSL: <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.htm> En cuanto al proceso de elaboración y redacción de la UMA, vid. M.B. GETTY, «The process of drafting the Uniform Mediation Act», *N. Ill. U. L. Rev.*, vol. 22, nº 2, págs. 157 a 164.

¹⁴⁸ Si bien la participación de la ABA en la formación de la citada Ley fue fundamental, lo cierto es que Universidades, jueces, y demás organizaciones de mediadores también participaron en la confección de la misma, vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pág. 203.

¹⁴⁹ Antes de que se llegara al texto definitivo existieron dos borradores, uno de 1999 y otro del año 2000. Es importante tener en cuenta que la UMA necesita ser aprobada por cada uno de los Estados, para que se convierta en ley para ellos. Según la NCCUSL, la UMA ha sido ya adoptada por: Nebraska, Illinois, New Jersey, Ohio, Iowa, Idaho, South Dakota, Washington, Utah, The District of Columbia y Vermont. Además, en 2010 ha sido promulgada en los Estados de: Hawaii, Massachusetts y New York.

¹⁵⁰ Al igual que ocurrió con la *Dispute Resolution Act*, y a pesar de que la UMA parecía tener un objetivo completamente legítimo, lo cierto es que existió un gran debate en torno a si se debía aprobar una ley de tales características, o por el contrario, ésta era innecesaria. Muchas voces expresaron su desacuerdo hacia la misma, entendían que, de esta forma, se perdería parte de la esencia y de las ventajas del proceso de mediación, como su carácter informal, y flexible. Sin embargo, ésta fue finalmente aprobada por la NCCUSL, vid. R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America...», loc. cit., págs. 201 y 202.

¹⁵¹ La definición de mediador se encuentra reflejada en el apartado 3º de la *Sección 2ª*. Si bien, ésta debe ser completada con otras disposiciones de la Ley, que reflejan los deberes y derechos de los mediadores,

concepto de mediación, caracterizado por su amplitud, esto es, por abarcar todos los modelos de mediación existentes, pero a la vez, construyéndose en contraposición con otros instrumentos de resolución de conflictos donde el tercero impone una decisión a las partes¹⁵². Por otra parte, la Sección 3ª establece las exclusiones de esta Ley, en concreto, ésta no se aplica a la mediación fruto de la negociación colectiva, ni a la mediación efectuada por un juez; y además, también se excluye a la denominada *peer mediation* llevada a cabo en centros educativos, así como a la mediación realizada en centros correccionales para jóvenes¹⁵³.

63. A continuación, y concretamente de la Sección 4ª a la Sección 6ª, se regulan los diferentes extremos del denominado *mediation privilege*, esto es, la garantía según la cual ninguna de las informaciones reveladas a lo largo del procedimiento de mediación serán utilizadas ni admitidas ante ningún tribunal. Este extremo, junto con la confidencialidad, constituyen el núcleo central de la UMA, lograr la uniformidad de ambos es el objetivo principal de esta Ley, pues las anteriores y múltiples regulaciones sobre estos puntos era un grave obstáculo para lograr que la mediación tuviera éxito¹⁵⁴. En este sentido, parece evidente que si las partes quieren llegar a una resolución voluntaria del conflicto, necesitarán tener las garantías necesarias para poder comunicarse libremente, sobre todo, sin miedo a que sus declaraciones puedan ser utilizadas en cualquier procedimiento posterior, si finalmente la mediación no finaliza con acuerdo¹⁵⁵.

En concreto, dentro de la Sección 4ª se recoge el derecho de las partes y del mediador a negarse a declarar en un proceso judicial cualquier información que se dijera

vid. Sección 6ª, apartados (a)(5) y (c); Sección 7ª, Sección 8ª y Sección 9ª. En definitiva, todos estos preceptos son los que componen el estatuto uniformado del mediador.

¹⁵² *Vid.* *Uniform Mediation Act with Prefatory Note and Comments*, <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.htm> pág. 13; N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 13. Ejemplo paradigmático de esos otros instrumentos de resolución de conflictos es el arbitraje.

¹⁵³ Sobre el concepto de *peer mediation*, *vid. supra*, nota nº 92.

¹⁵⁴ *Vid.* K.K. KOVACH, «The evolution of mediation in the United States...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 443 y 444. Las distintas regulaciones en torno al denominado *mediation privilege* y el principio de confidencialidad, provocaba no sólo numerosa jurisprudencia contradictoria entre los diferentes estados, sino que incluso comenzaron a dictarse sentencias que vulneraban el contenido de ambos extremos. En definitiva, era fuente de una gran inseguridad jurídica, *vid. supra*, pág. 56.

¹⁵⁵ *Vid.* J.M. McCABE, «Uniformity in ADR: Thoughts on the Uniform Arbitration Act and Uniform Mediation Act», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, nº 3, 2002-2003, págs. 319 a 322.

durante las sesiones de mediación. Y además, se establece el derecho de los mismos sujetos a impedir que cualquier otra persona declare sobre lo que se dijo durante dichas sesiones¹⁵⁶. En definitiva, si una parte desea testificar acerca de las declaraciones realizadas por el mediador o por la otra parte durante la mediación, tanto el mediador como la otra parte, respectivamente, pueden bloquear dicho testimonio. Incluso, si alguna de las partes quiere que el mediador u otra persona que participó en la mediación testifiquen, éstos también se pueden negar a ello.

En todo caso, estos privilegios no son, ni muchos menos, absolutos. Muestra de ello es la Sección 6ª, que enumera todas sus excepciones: a) si existe un acuerdo firmado donde conste la no aplicación de los citados derechos; b) si las sesiones de mediación son públicas, bien porque así lo quieren las partes, bien, por estar establecido en la ley; c) en caso de amenazas o por la comisión de un delito violento; d) si se tiene la intencionalidad de planear, cometer, intentar cometer o encubrir un crimen u otra actividad criminal; e) si existen pruebas de malas prácticas por parte del mediador; f) si hay evidencias de mala conducta de las partes o de sus representantes y; g) si hay pruebas de abuso o abandono hacia algún menor o mayor necesitado de protección.

La Sección 5ª completa lo dicho en la anterior, al permitir que las partes, el mediador, o cualquier otro participante en las sesiones de mediación renuncien a estos derechos, siempre y cuando lo hagan expresamente. Si bien, no admite que los mismos se hagan valer en dos casos: a) cuando esos derechos se invoquen con el fin de planear, cometer, intentar cometer o encubrir un crimen u otra actividad criminal durante la mediación o; b) cuando su objetivo sea impedir que una de las partes responda a una acusación basada en una declaración realizada por la otra parte y cuyo contenido sea precisamente las conversaciones mantenidas a lo largo de las sesiones de mediación.

64. A continuación, y en esta misma línea, la Sección 7ª prohíbe a los mediadores realizar informes a cualquier agencia o persona con autoridad para pronunciarse sobre el caso. Si bien, ellos sí pueden declarar sobre el hecho de la celebración de la mediación, sobre si ésta llegó a terminar en acuerdo o no, así como sobre las personas que asistieron a la misma. En todo caso, si el mediador llegara a contravenir esta

¹⁵⁶ Es importante tener en cuenta que, además de las partes en conflicto y del mediador, al proceso de mediación también pueden asistir otras personas. Normalmente, éstas suelen ser los abogados de las partes, si bien, no hay obstáculo que impida la participación de cualquier otro sujeto, así lo establece la Sección 10ª de la propia UMA.

disposición, todo lo declarado no será tenido en cuenta por parte de los tribunales o agencias correspondientes.

65. Por otra parte, el principio de confidencialidad se regula en la Sección 8ª. En virtud del mismo, todas las informaciones vertidas a lo largo de un proceso de mediación son confidenciales, esto es, no pueden hacerse públicas. La diferencia que existe entre el *mediation privilege* y este principio, es que el primero se refiere a la no revelación de información en los procesos judiciales o arbitrales posteriores a una mediación, mientras que el principio de confidencialidad abarca al público en general¹⁵⁷.

66. Por último, cabe destacar los artículos relativos a la Sección 9ª, destinados a regular la imparcialidad del mediador, otro principio fundamental para un apropiado funcionamiento de la mediación. Para cumplir con dicho principio, se establece la obligación de los mediadores de analizar si existen hechos que pudieran afectar a su labor, como algún tipo de relación financiera o personal con las partes, o algún tipo de interés en un determinado acuerdo. De manera que si fuera así, el mediador deberá comunicarlo inmediatamente a las mismas.

67. En cualquier caso, a través de la UMA no sólo se ha pretendido dar un tratamiento uniforme de la mediación en orden a evitar diferencias entre las distintas regulaciones existentes en EE.UU, sino también, para lograr que dicha uniformidad se proyecte *ad extra*, y así, evitar algunos de los problemas derivados de aquellas mediaciones que resuelvan conflictos transfronterizos. En este sentido, la propia UMA hace referencia al uso de la mediación a través de Internet, también denominada ODR, - «online dispute resolution»-, e incluso a la mediación comercial internacional¹⁵⁸.

La posibilidad de resolver los conflictos *online* se recoge en la Sección 12ª de la citada Ley. Por la propia naturaleza del medio, los conflictos que surgen del comercio electrónico suelen ser internacionales, lo cual no obsta para que algunos también puedan

¹⁵⁷ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, *op. cit.*, pág. 36. En cuanto a las diferencias dimensiones del principio de confidencialidad, en la cual se incardina, el denominado *mediation privilege*, *vid. infra*, págs. 187 y 188.

¹⁵⁸ La regulación de la mediación comercial internacional se encuentra en la Sección 11ª de la UMA. Esta disposición fue agregada dos años después de la aprobación de la citada Ley, consecuencia de la incorporación de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional*, *vid. N. ALEXANDER, International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 343. La CNUDMI –en inglés UNCITRAL – es la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Para profundizar sobre esta última Ley, y sobre su influencia en la UMA, *vid. infra*, págs. 100 a 102.

ser meramente internos, de ahí que la Sección 12ª abarque ambos supuestos. En cualquier caso, dicha disposición lo único que prevé es la modificación de la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, también conocida como la Ley federal E-Sign¹⁵⁹.

Hasta la aprobación de la UMA, las cuestiones jurídicas en torno al comercio electrónico se habían regulado tanto por la citada Ley E-Sign, como por la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), ambas caracterizadas por su preocupación en lo relativo a la ejecutividad de los contratos y transacciones electrónicas¹⁶⁰. Por ello, tal y como señala el informe explicativo de la UMA, el efecto que dicha disposición pretende, consiste en clarificar la primacía de la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), en caso de conflicto entre la Ley E-Sign y la propia UMA, con ocasión de los conflictos derivados tanto de los contratos para mediar, como de los acuerdos de mediación¹⁶¹.

68. En definitiva, la UMA parece recoger aspectos fundamentales para el instituto de la mediación, definiendo cada uno de los elementos básicos que la componen, y aclarando cuestiones fundamentales que rigen el funcionamiento de este método de resolución de disputas. Estas disposiciones parecen esenciales, no sólo para dotar de uniformidad las legislaciones de los diferentes Estados, sino para lograr que la mediación sea íntegra, que se respete durante su desarrollo unas mínimas garantías, porque sólo así, se consigue que sea exitosa, y que realmente sirva para resolver conflictos. Todo ello, sin afectar a las características que han hecho de la mediación una herramienta tan ventajosa, como su flexibilidad y su facilidad para adaptarse a la variedad de disputas interpersonales que surgen día a día¹⁶².

¹⁵⁹ Vid. 15 U.S.C. Section 7001 et seq. En cualquier caso, la Sección 12ª de la UMA no afectará a las disposiciones de la *E-Sign* que tratan sobre el consentimiento de los consumidores – Sección 101 (c) y Sección 103 (b).

¹⁶⁰ Vid. 1999, NCCUSL. La UETA tiene la misma naturaleza que la UMA. Es una Ley llevada a cabo por la NCCUSL, y que necesita ser aprobada por cada Estado con el fin de que entre en vigor en cada uno de ellos. En la actualidad, todos los Estados han incorporado dicha Ley, salvo el Estado de Nueva York y el de Illinois.

¹⁶¹ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, op. cit., págs. 47 y 48.

¹⁶² Para un estudio profundo de la UMA, vid. *Uniform Mediation Act Symposium, J. Disp. Resol.*, vol. 2003, nº 1, 2003, págs. 1 a 238.

III. LA EXPANSIÓN DEL «MOVIMIENTO ADR» A EUROPA: EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LOS PAÍSES EUROPEOS.

69. Al mismo tiempo que en EE.UU se celebraba la Conferencia Pound, y se ponían en marcha muchas de las ideas allí expuestas¹⁶³, surgió el denominado *The Florence Access to Justice Project*, un programa formado por académicos de todo el mundo, tanto europeos como norteamericanos, con el fin de tratar todas aquellas cuestiones sociales, políticas, económicas y jurídicas que influían sobre el derecho de acceso a los tribunales¹⁶⁴. Esta iniciativa fue fruto de la preocupación, que también comenzada a surgir en Europa, acerca del mal funcionamiento de la justicia, en torno a la multiplicidad de obstáculos encontrados por los ciudadanos a la hora de acceder a la misma¹⁶⁵.

Como consecuencia del trabajo realizado a través de este proyecto, se consiguió trazar y explicar por entero, el denominado «movimiento de acceso a la justicia»¹⁶⁶. Una

¹⁶³ En este sentido, el planteamiento más importante, en orden a solucionar los problemas del funcionamiento de la Administración de Justicia, fue el sistema del *multi-door courthouse*, elaborado por F.E.A. SANDER, *vid. supra*, págs. 46 a 50.

¹⁶⁴ Este proyecto fue financiado por la *Ford Foundation*, el *Italian National Council*, y el *European University Institute*. Como resultado del trabajo realizado, se publicaron 4 volúmenes (M. CAPPELLETTI (ed.), *The Florence Access to Justice Project*, vols. I-IV, Alphen aan den Rijn and Milan, 1978-1979), *vid.* M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, *op. cit.*, pág. V.

¹⁶⁵ Al igual que ocurrió en EE.UU, uno de los motivos que causó el interés por los ADR en Europa fue la necesidad de eliminar los obstáculos que los ciudadanos se encontraban a la hora de acceder a la justicia, principalmente los retrasos y el coste del sistema, *vid.* N. ALEXANDER, «Mediation in civil procedure – A comparative perspective», en AA.VV, *Convergence of legal systems in the 21st Century, General reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane 2002*, Bruxelles, 2006, págs. 595 y 596; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 21. Si bien, dicho factor fue común a todos los Estados, en el caso de los países europeos del *civil law* también influyeron las experiencias tan exitosas que ya habían tenido los países del *common law*, principalmente, EE.UU e Inglaterra y Gales, *vid. infra*, pág. 75.

¹⁶⁶ Se debe tener en cuenta que este proyecto abarcaba a todos los países occidentales, esto es, tanto a los sistemas del *common law*, como a los propios del *civil law*. Respecto de estos últimos, es importante recordar que no fue hasta finales del siglo XIX, cuando el derecho de acudir ante los tribunales, no se concibió como un derecho público del ciudadano, y en contraposición, como una función, una obligación del Estado. Después de la II Guerra Mundial, y debido a esta concepción pública del derecho de acción en tanto que protección judicial de los demás derechos, comienza a institucionalizarse este derecho de acceso a la justicia. Dicha plasmación constitucional, hizo que muchos tribunales comenzaran a interpretar esta garantía fundamental, de tal forma que supuso una enorme ampliación de su contenido, y precisamente es esta extensión, producida a partir de los años 60, la que estudia este «movimiento de acceso a la justicia». Aunque este desarrollo del derecho de acceso a la justicia, es una pauta generalizada en todos los sistemas del *civil law*, no se debe obviar la historia política y constitucional de cada país, en otras palabras, cada Estado ha llevado a cabo esta progresión en años, e incluso décadas diferentes. Por otra parte, y en lo que se refiere a los sistemas del *common law*, el desarrollo del derecho de acceso a la justicia también existió, pero por vía jurisprudencial. En Reino Unido a partir del concepto de *natural*

corriente de pensamiento que había nacido en todos los países occidentales durante la década anterior, y seguía desarrollándose en aquel momento, siendo su última manifestación, el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos. Así, según el citado proyecto, habían existido tres momentos clave, tres fases que detallaban el desarrollo de dicho movimiento.

70. La primera etapa se produjo durante los años 60 con la introducción de instituciones como la asistencia legal. El fin de esta figura era permitir el acceso a los tribunales, a aquellas personas, que sin esa ayuda, no hubieran podido hacerlo, por no tener suficientes recursos económicos para pagar un asesoramiento profesional y/o representación letrada¹⁶⁷.

71. La segunda fase, surgida a principios de los años 70, se identifica con las *class actions*. Sin duda, el origen de nuevos derechos e intereses colectivos y difusos, como los relativos al consumo o al medio ambiente, generó la necesidad de crear correlativamente unos mecanismos procesales propios, porque las instituciones tradicionales del proceso judicial estaban pensadas para derechos individuales. Por ello, y teniendo en cuenta que eran derechos igualmente incluidos en la garantía general de acceso a la justicia, nacieron las *class actions*¹⁶⁸.

72. Finalmente, el último paso, materializado a finales de los años 70, se refiere al nacimiento de los ADR como vías para evitar los defectos de los juicios tradicionales y conseguir así, un efectivo acceso a la justicia¹⁶⁹. Los ADR, y el *multi-door courthouse*

justice; y en EE.UU a partir del principio del *due process of law*. Vid. S. BARONA VILAR, *Solucion extrajurisdiccional...*, op. cit., pág. 22; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pág. 40; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, op. cit., págs. 32 a 35, 156, 157 y 164 a 168.

¹⁶⁷ Para profundizar sobre la asistencia legal como primera fase del «movimiento de acceso a la justicia», vid. G. BELLOW, «Legal Services to The Poor: An American Report», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, op. cit., págs. 49 a 68; M. ZANDER, «The First Wave», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, op. cit., págs. 27 a 47.

¹⁶⁸ Es importante tener en cuenta que las *class actions* se regularon por primera vez en EEUU, a través de la *Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure* de 1938. Aunque posteriormente ha sido objeto de múltiples reformas. Sin embargo, en Europa su regulación sí comenzó en la década de los 70. En cualquier caso, es y sigue siendo una figura muy controvertida, tanto en el *common law*, como en el *civil law*, vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, op. cit., págs. 178 a 181. Para conocer más sobre esta figura y su implantación en los distintos ordenamientos jurídicos occidentales, vid. H. KÖTZ, «Public Interest Litigation: A Comparative Survey», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, op. cit., págs. 85 a 117; L. TRUBEK, D. TRUBEK, «Civic Justice Through Civil Justice: A New Approach to Public Interest Advocacy in the United States», en M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice...*, op. cit., págs. 119 a 144.

¹⁶⁹ En este sentido, el presente trabajo se ha dedicado a explicar de forma exhaustiva los antecedentes y orígenes del «movimiento ADR», vid. *supra*, págs. 19 a 45.

fue buena muestra de ello, no surgieron para desplazar definitivamente a los procesos judiciales, sino para lograr que éstos sólo se utilizaran en los conflictos dónde, por su propia naturaleza, eran más útiles. Dejando otros muchos tipos de disputas, sobre todo aquéllas derivadas de relaciones de larga duración, para los demás mecanismos de resolución de conflictos, en especial, para la mediación. En definitiva, uno de los principales objetivos de los ADR era interactuar con el proceso judicial. Proceso que, sin duda, siempre ha gozado de grandes diferencias entre el sistema del *common law* y el del *civil law*.

Por ello, y aunque el «movimiento ADR» naciera en EE.UU, éste consiguió expandirse rápidamente por todos los demás países del *common law*. La mediación pronto comenzó a ser utilizada en Australia, en Canadá, y también en el Reino Unido¹⁷⁰. Su implantación en los respectivos sistemas procesales, al igual que había ocurrido con el ordenamiento jurídico estadounidense¹⁷¹, fue más fácil, mucho más «natural» que su ulterior instauración en los ordenamientos procesales del *civil law*¹⁷².

73. En primer lugar, los sistemas procesales del *common law* se caracterizan por ser más prácticos y por su mayor flexibilidad¹⁷³. Con ello, el comportamiento de los abogados dentro de dichos sistemas es diferente al mostrado en aquellos que operan dentro de sistemas propios del *civil law*. Éstos están más sujetos a lo establecido en las leyes, en cambio los primeros no son tan formalistas, sino más funcionales y pragmáticos, lo cual encaja con la esencia de los ADR¹⁷⁴.

A este primer punto también hay que añadir otra característica propia de los procesos pertenecientes al *common law*: el mayor protagonismo de los abogados en detrimento de la pasividad del juez. Son las partes, a través de los abogados, quienes

¹⁷⁰ Vid. N. ALEXANDER, «Mediation in Civil Procedure...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 598; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 7.

¹⁷¹ Para conocer en profundidad la evolución en la relación entre el sistema procesal americano y los ADR, vid. J. RESNIK, «Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, págs. 494 a 560.

¹⁷² Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento ADR (alternative dispute resolution) en las relaciones transfronterizas», *RCEA*, 2005, págs. 93 y 94; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EE.UU», en C. ARRANZ DE ANDRÉS, M. SERNA VALLEJO (coords.) *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, págs. 1050 y 1051.

¹⁷³ En cuanto a la flexibilidad del proceso en los sistemas del *common law*, se deben destacar las *Practice Statements o Practice Directions* del ordenamiento procesal inglés, en concreto, vid. *infra*, nota nº 192.

¹⁷⁴ Vid. N. ALEXANDER, «What's law got to do with it? Mapping modern mediation movements in civil and common law jurisdictions», *Bond L. Rev.*, vol. 13, nº 2, pág. 21.

tienen el control sobre el desarrollo y la tramitación del proceso, aspecto que, en cierta medida, comparte con los ADR, pero que es completamente diferente en los sistemas procesales del *civil law*, donde son los jueces los encargados de conducir el proceso¹⁷⁵. Además, el papel crucial que juegan los abogados durante el mismo, también se traduce en altos honorarios. Unos honorarios mucho más elevados que los exigidos normalmente en los sistemas del *civil law*¹⁷⁶. Esto también ha fomentado el uso de los ADR, tanto desde un punto de vista general, porque cuanto menos dure el proceso, cuanto antes se llegue a una solución, los gastos serán considerablemente inferiores; como desde una perspectiva específica, porque las controversias de escasa cuantía, y/o las personas con pocos ingresos, están excluidas del sistema *de facto*, en otras palabras, no van a gastarse el dinero que no tienen, o más de lo que realmente reclaman. En definitiva, siempre ha existido una cierta denegación de justicia encubierta, que los ADR han intentado subsanar.

Finalmente, también hay que hacer referencia a la propia configuración del proceso judicial del *common law*. Éste, si por algo se han caracterizado, es por la presencia del jurado. Por este motivo y pensando exclusivamente en el jurado, el *trial*, esto es, la fase que equivale a nuestro juicio, siempre ha sido eminentemente oral, concentrada en una o pocas vistas, y dedicada principalmente a la práctica de las pruebas testimoniales¹⁷⁷. No obstante, aunque esta sea la fase decisiva por excelencia, no por ello es la más importante. En un proceso bifásico como el previsto en el *common law*, el *pre-trial*, esto es, la fase preliminar, es crucial para su desarrollo. Porque, aunque su objetivo final sea preparar la causa para exponerla con éxito ante el jurado, su utilidad principal realmente consiste en lograr resolver el conflicto, antes de llegar al *trial*. En este sentido, el *discovery* es un momento fundamental dentro de esta fase preliminar, porque con él, las partes van a poder conocer todos los medios de prueba de la parte contraria, de manera que cada una de ellas pueda valorar sus posibilidades de victoria o de fracaso, en otras palabras, sean conscientes del riesgo que toman

¹⁷⁵ Vid. G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil...*, op. cit., pág. 141.

¹⁷⁶ Vid. N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», loc. cit., op. cit., pág. 26.

¹⁷⁷ Vid. M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, op. cit., págs. 78 y 79; G.C. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil...*, op. cit., pág. 141.

continuando con el proceso¹⁷⁸. De ahí que las partes suelen sentarse a negociar en este preciso instante¹⁷⁹.

El citado protagonismo de los abogados para manejar el proceso, junto con la existencia de un momento procesal oportuno, que tradicionalmente se ha utilizado para negociar, ha hecho que la cultura del acuerdo esté más arraigada en el mundo anglosajón. De manera que para los operadores jurídicos del *common law*, la utilización de las formas de ADR, no ha sido muy diferente a lo que ya se venía haciendo. En definitiva, las partes siempre han estado más acostumbradas a controlar ellas mismas el devenir del proceso, siendo el juez un mero árbitro¹⁸⁰.

74. En conclusión, y a la vista de estos factores, es lógico que el «movimiento ADR» llegara, en primer lugar, al Reino Unido, único Estado de Europa que goza de un ordenamiento jurídico propio del *common law*. En este sentido, la implantación de los ADR para este país fue mucho más sencilla, tanto en un sentido técnico-jurídico, como en términos culturales, y sociológicos.

1. La temprana implantación del «movimiento ADR» en el Reino Unido.

75. Con la llegada del «movimiento ADR» al Reino Unido, comenzó la práctica de la mediación tanto en el ámbito familiar como comercial. En primer lugar, surgieron las prácticas mediadoras de tipo experimental. Posteriormente, comprobadas sus

¹⁷⁸ Tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos, la mayor parte de las controversias terminan en la fase del *pre-trial*, muy pocas llegan a ser juzgadas y sentenciadas, *vid.* M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, págs. 122 y 123.

¹⁷⁹ Respecto de la importancia de este momento procesal en la tradición del *common law* en orden a la instauración del ADR denominado *mini-trial*, *vid. infra*, págs. 154 y 155.

¹⁸⁰ En este sentido, se debe destacar la tendencia surgida en Inglaterra y Gales dirigida a otorgar un papel más activo al juez. En todo caso, esta modificación no sólo no ha perjudicado al uso de los ADR, sino al contrario, ha beneficiado enormemente su utilización. Son las normas procesales, las que disponen que los jueces animen, e incluso obliguen a las partes a participar en algún ADR, normalmente, en una mediación. En cambio, en los sistemas del *civil law*, aunque también existen momentos procesales adecuados para introducir los ADR, el papel activo que tradicionalmente tiene el juez perjudicó su inclusión. En muchos ordenamientos procesales, como el alemán –sección 279 *Zivilprozessordnung*– o el español –arts. 414 a 430 LEC 1/2000–, se prevé la intervención del juez con el fin de que las partes lleguen a un acuerdo. Debido a dichas regulaciones, en un primer momento se llegó a entender que como dichas técnicas de resolución de conflictos ya existían en el proceso judicial, y además estaban gestionadas por jueces, personas perfectamente competentes precisamente para conocer de litigios, no era necesario introducir ningún tipo de ADR en el proceso judicial. Evidentemente, esta intervención judicial dista mucho del concepto de ADR, *vid.* N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 22; N. ALEXANDER, «What's law got to do with it?...», *loc. cit.*, págs. 25 y 26.

ventajas, los tribunales empezaron a fomentar su uso, para finalmente, quedar recogidos en la legislación familiar y procesal.

A) Evolución histórica.

76. En Inglaterra y Gales¹⁸¹, las primeras modalidades de ADR que se pusieron en práctica fueron la conciliación y la mediación en el ámbito familiar¹⁸². En 1974, el *Report of the Committee on One-Parent Families*, más conocido como el *Informe Finer*¹⁸³, destacaba la necesidad de unificar el sistema de tribunales familiares, y fijaba la conciliación como un instrumento a tener en cuenta a la hora de resolver los conflictos entre las parejas, surgidos como consecuencia de la separación y el divorcio¹⁸⁴. Años más tarde, en 1977, el Tribunal del Condado de Bristol introducía el citado método de la conciliación para los procesos de divorcio, y ya en 1978 se creó el *Bristol Courts Family Conciliation Service*, un servicio de conciliación familiar extrajudicial, que ayudaba a las parejas divorciadas a ponerse de acuerdo en cuestiones tan controvertidas como la custodia de sus hijos¹⁸⁵.

Bristol fue fiel reflejo del fenómeno que se estaba produciendo, porque en los años sucesivos y ante el aumento del número de separaciones y divorcios, otras muchas

¹⁸¹ Inglaterra y Gales comparten esencialmente ordenamiento jurídico, tienen el mismo sistema legal. Sin embargo, Escocia conserva el suyo propio. De ahí que no se hable de Gran Bretaña, ni tampoco del Reino Unido que además de Gran Bretaña, abarca también Irlanda del Norte.

¹⁸² En el ámbito familiar, y en cuanto a Inglaterra y Gales se refiere, tanto la conciliación como la mediación, se utilizan como términos sinónimos, *vid.* M. CAPPELLETI, «Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, nº 3, 1993, pág. 290. Ello se debe, principalmente, al significado tan amplio que se otorgó desde el principio a la palabra «conciliación» por parte del *Informe Finer*, *vid.* R. DINGWALL, «Some observations on divorce mediation in Britain and the United States», *Med. Q.*, vol. 11, 1986, pág.6. Para profundizar sobre ambos términos, *vid. infra*, págs. 182 a 184.

¹⁸³ *Vid.* Cmnd 5629 [1974].

¹⁸⁴ En cualquier caso, el fomento de la conciliación como medio idóneo para resolver disputas de parejas, no suponía el desplazamiento del proceso judicial, sino que ambos coexistían, de manera que las partes podían optar por cualquiera de los dos, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, pág. 293. También es importante destacar que en este informe, a diferencia de lo que al principio había ocurrido en EE.UU, la conciliación no se concebía como un medio para reconciliar a las partes, sino para gestionar una crisis matrimonial ya definitiva, *vid.* R. DINGWALL, «Some observations...», *loc. cit.*, pág. 6.

¹⁸⁵ *Vid.* M. MARTÍN CASALS, «Divorce mediation in Europe: An introductory outline», *EJCL*, vol. 9.2, July 2005, págs. 17 y 18. La creación de este servicio en Bristol, dio lugar al inmediato establecimiento del *South East London Family Mediation Bureau* en 1979, *vid.* L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation: Principles, process, practice*, London, Dublin, Edinburgh, 2001, pág. 225.

ciudades crearon servicios de mediación y conciliación familiar, tanto intrajudiciales como extrajudiciales. La inmediata consecuencia de tal expansión fue la creación de organizaciones y asociaciones que agruparan a las personas que se dedicaban a tal actividad, de esta forma nacieron, en 1982, el *National Family Conciliation Council*, conformado por un conjunto de servicios de mediación familiar independientes, y en 1985, la *Family Mediators Association*¹⁸⁶.

77. Así las cosas, ya sólo quedaba el reconocimiento de estos métodos, por parte de las instituciones. Este apoyo oficial llegó en 1990 con el informe *Family Law: The Ground for Divorce*¹⁸⁷. A través de dicho documento, el Gobierno comenzó a resaltar las ventajas y beneficios que aportaba la resolución amistosa de las disputas surgidas como consecuencia de una separación o divorcio, sobre todo, en lo relativo a la custodia de los hijos¹⁸⁸. Dicho reconocimiento, coherente con lo establecido en la *Children Act* de 1989¹⁸⁹, desembocaría años más tarde, en la Ley que institucionalizó la mediación familiar de Inglaterra y Gales, la *Family Law Act* de 1996¹⁹⁰.

78. Por otra parte, la mediación comercial se empezó a practicar unos años más tarde que en el ámbito familiar, si bien, en poco tiempo se crearon dos organizaciones fundamentales para la consolidación de este método alternativo de resolución de disputas en el campo mercantil. Una de estas instituciones es el *Alternative Dispute Resolution Group* o ADR Group, creado en 1989, cuya importancia se debe a que fue el primero en ofrecer servicios de mediación comercial en Inglaterra. Y también el *Centre for Effective Dispute Resolution* o CEDR, fundado un año más tarde, y hoy en día, uno de los organismos internacionales de referencia en el ámbito de los ADR¹⁹¹.

¹⁸⁶ En enero de 1996, ambas asociaciones en unión con la *Family Mediation Scotland* crearon el *UK College of Family Mediators*, un centro para formar y acreditar a mediadores familiares en todo el Reino Unido, así como para crear determinadas pautas de conducta uniformes para todos, *vid.* M. ROBERTS, «Family mediation: The development of the regulatory framework in the United Kingdom», *Confl. Resol. Q.*, vol. 22, n° 4, 2005, págs. 515 y 516.

¹⁸⁷ *Vid.* Law Comisión N° 192, 1990.

¹⁸⁸ *Vid.* M. MARTÍN CASALS, «Divorce Mediation...», *loc. cit.*, pág. 18.

¹⁸⁹ *Children Act* [1989 c. 41], *vid.* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>

¹⁹⁰ *Family Law Act* [1996 c. 27], *vid.* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27>

¹⁹¹ *Vid.* L.A. MISTELIS, «ADR in England and Wales: A successful case of public private partnership», en N. ALEXANDER (ed.) *Global Trends...*, *op. cit.*, págs. 139 a 180. En la actualidad, estas organizaciones son las más destacadas, pero se fueron creando otras muchas, *vid.* L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation: Principles...*, *op. cit.*, págs. 252 a 258.

79. En este sentido, la primera vez que se hizo un reconocimiento oficial a los métodos de resolución alternativa de conflictos en el ámbito comercial fue en diciembre de 1993, a través de una declaración del Tribunal de Comercio¹⁹². Este documento indicaba que los jueces, cuando así lo creyeran apropiado, debían invitar a las partes a resolver la disputa a través de los ADR¹⁹³. Este pronunciamiento fue muy importante, porque, a partir del mismo, dichos mecanismos debían ser considerados por los abogados en cada litigio que se planteara ante dicho Tribunal.

Esta iniciativa, promotora de los ADR en el ámbito comercial, nació gracias a las experiencias tan exitosas que se estaban teniendo en otros campos, como el familiar, y también, por el creciente interés y apoyo de las empresas nacionales e internacionales en estos métodos, sobre todo, en la mediación¹⁹⁴. La puesta en práctica fue positiva, de manera que en junio de 1996, el citado Tribunal hizo otra declaración apoyando, de nuevo, su utilización¹⁹⁵. En este caso, se enumeraban todas las ventajas que estos mecanismos de resolución de conflictos tenían, en comparación con la vía jurisdiccional tradicional¹⁹⁶.

80. La temprana preocupación del Tribunal del Comercio por buscar soluciones alternativas a un proceso judicial antiguo y excesivamente formal e inflexible se convirtió, pocos años después, en una inquietud generalizada. Hasta tal punto que, en julio de 1996, Lord Woolf, por aquel entonces la segunda autoridad judicial de

¹⁹² *Vid. Practice Statement* (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 10 December 1993 [1994] 1 WLR 14, [1994] 1 A11 ER 34. El pronunciamiento se encuentra recogido en una *Practice Direction* o *Practice Statement*. Este documento es una instrucción, un protocolo que elaboran los tribunales para indicar cómo deben interpretarse y aplicarse las normas.

¹⁹³ Esta invitación a participar en cualquiera de los métodos alternativos de resolución de conflictos se hacía a través de las llamadas *ADR Orders*.

¹⁹⁴ Desde el principio, la mediación comenzó a erigirse como el tipo de ADR ideal para las disputas comerciales, siendo el más utilizado. *Vid. T. OYRE*, «Civil procedure rules and the use of mediation/ADR», *Arbitration*, vol. 70, n° 1, February 2004, págs. 19 a 27.

¹⁹⁵ *Vid. Practice Statement* (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 7 June 1996, [1996] 1 A11 ER 383, [1996] 1 WLR 1024.

¹⁹⁶ La instrucción del año 1996 establecía como beneficios derivados de los sistemas alternativos de resolución de conflictos los siguientes: «a) no son tan caros como los procesos judiciales; b) la solución al conflicto se alcanza más rápidamente que siguiendo el litigio ante los tribunales; c) permiten resolver las disputas sin dañar las relaciones comerciales entre las partes, y sin perjudicar su reputación; d) pueden alcanzarse soluciones muy variadas, porque se caracterizan por ser más flexibles; y e) se contribuye, así, a hacer un uso más eficiente de los recursos judiciales».

Inglaterra y Gales¹⁹⁷, redactó un informe titulado *Access to Justice*¹⁹⁸. En dicho documento, resultado de una extensa consulta tanto a operadores jurídicos como a ciudadanos, se mostraban todos los problemas y carencias del sistema: excesivamente caro, juicios incomprensiblemente largos, uso nulo de las nuevas tecnologías, en definitiva, se expuso una situación pésima y lamentable.

Para mejorar y modernizar el sistema, Lord Woolf sugirió una serie de reformas. Entre ellas se encontraba la propuesta de comenzar a utilizar los ADR. Entendió que lo único que debían hacer los tribunales era animar, invitar a las partes a participar en estas vías alternativas. Aunque no se quiso establecer su obligatoriedad, sin embargo, sí se recogió que una negativa injustificada a participar en alguno de estos métodos alternativos, debía tenerse en cuenta por los jueces, a la hora de adjudicar las costas del proceso judicial a las partes¹⁹⁹.

81. Estas propuestas tuvieron respaldo también desde el propio Gobierno. Todo ello hizo que tres años después, el 26 de abril de 1999, entrara en vigor la esperada reforma, esto es, las *Civil Procedure Rules*, en adelante CPR²⁰⁰. En palabras de Lord Irvine, en aquél momento Ministro de Justicia, era el cambio más radical e innovador que sufría el proceso civil inglés en los últimos cien años.

82. En definitiva, los ADR habían conseguido instaurarse completamente en el ordenamiento jurídico del citado país en dos décadas. Este éxito no sólo se debió a las ventajas propias de estos métodos, ya largamente comentadas en este trabajo, sino también, al esfuerzo de los jueces y tribunales por recomendar y alentar a las partes en conflicto a utilizarlos. En el caso de Inglaterra y Gales, el poder judicial, gran conocedor de las carencias de la vía jurisdiccional, fue el primero en animar y apoyar la utilización

¹⁹⁷ En aquel momento, Lord Woolf era *Master of Rolls*, esto es, presidía la división encargada de los asuntos civiles dentro del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales. El *Master of Rolls* sólo está por debajo del *Lord Chief Justice*, la más alta autoridad judicial. Este cargo lo ocupó después, entre el año 2000 y 2005.

¹⁹⁸ Vid. <http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm#top> Para conocer, en mayor profundidad, la gran influencia de este informe para las normas de Derecho procesal civil, y en especial, para los ADR, vid. L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation: Principles...*, op. cit., págs. 228 a 234.

¹⁹⁹ A pesar del avance que supone este informe, no se debe olvidar que ya años antes, el Tribunal de Comercio no sólo había empezado a invitar a las partes a participar en los ADR, sino que también había puesto como obligatoria su toma en consideración. Vid. *supra*, pág. 69.

²⁰⁰ Vid. SI 1998 N°.3132. Vid. también: http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm

de este método de resolución de conflictos. Tras años practicándose, finalmente fue el legislador, el encargado de plasmar esta realidad en las correspondientes normas²⁰¹.

B) Regulación Actual.

83. En cuanto a las normas vigentes en materia de mediación familiar, son dignas de mención la *Children Act* de 1989, y la *Family Law Act* de 1996. La primera Ley se debe destacar, porque aunque no regula directamente la mediación, sí que fomenta su utilización, al establecer que los acuerdos concluidos por los progenitores, siempre suponen mayor protección para el menor, que las resoluciones adoptadas por un juez, siempre más impersonales. En este sentido, viene a apoyar las soluciones amistosas entre los padres, primero, porque irremediablemente van a tener que mantener una relación fluida, y segundo, porque supone dar un mayor cumplimiento al interés superior del menor, sin olvidar, los costes económicos innecesarios que se pueden llegar a evitar²⁰².

La segunda Ley citada, la *Family Law Act*, es la más importante, por ser realmente la que regula la mediación familiar²⁰³. Esta norma se encuentra en total sintonía con lo establecido en la *Children Act*, porque su principal objetivo es lograr una solución amigable para los conflictos derivados del divorcio. Por ello, establece la obligatoriedad de que los cónyuges acudan a una primera sesión informativa de mediación, siendo este uno de los requisitos necesarios para que el proceso de divorcio pueda continuar.

Dicho proceso puede ser judicial, sin embargo, la citada Ley hace prevalecer la mediación en la mayoría de los supuestos, por considerarla mucho más adecuada a la hora de resolver estos conflictos caracterizados por tener un fuerte componente

²⁰¹ Lo mismo había ocurrido en EE.UU, *vid. supra*, págs. 50 a 61. Sin embargo, en los países del *civil law*, aunque la labor de los órganos jurisdiccionales también sea fundamental para la utilización y expansión de la mediación, hay una diferencia importante: en éstos la tarea de los jueces deviene crucial cuando ya se ha legislado e introducido la mediación en la correspondiente norma sobre enjuiciamiento civil, pero no antes, como sí ocurre en Inglaterra y Gales o en EE.UU. En cuanto a los Estados del *civil law*, *vid. infra*, págs. 74 a 95.

²⁰² *Vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, pág. 295.

²⁰³ En este sentido, el apartado más interesante de la Ley es la *Part II*, denominada *Divorce and Separation*.

sentimental²⁰⁴. No obstante, esto no significa que la mediación sea obligatoria, sino que la obligatoriedad sólo se establece para la primera sesión informativa. Por tanto, una vez llevada a cabo dicha sesión, las partes, en cumplimiento del principio de voluntariedad, pueden optar por continuar con la mediación, o por el contrario, acudir al tradicional proceso judicial²⁰⁵.

84. Aunque estas leyes ya explicadas, son importantes para la mediación en Inglaterra y Gales, el acontecimiento más importante para los ADR en general, y para la mediación en especial, fue la reforma de las CPR en 1999. Gracias a la misma, se establecieron numerosas normas en orden a fomentar los mecanismos alternativos de resolución de controversias para todas aquellas disputas llevadas ante los jueces y tribunales civiles²⁰⁶.

En esta línea se encuentran las disposiciones que obligan a los tribunales a detentar un papel más activo en los procesos, para así tratar los litigios de la manera más justa y proporcionada posible. De este modo, alguno de los comportamientos que los jueces deben tener son: *animar a las partes a utilizar los procesos alternativos de resolución de disputas cuando lo consideren apropiado, y facilitar el uso de tales procesos (rule 1.4.2. (e) CPR); ayudar a las partes a solucionar todo o parte del litigio (rule 1.4.2. (f) CPR)*²⁰⁷; o *invitar a las partes a solucionar el problema por otras vías alternativas (rule 3.1 CPR)*.

Además, otra medida de fomento de los ADR, es aquella contenida en la norma 26.4 CPR, en tanto que permite la suspensión del proceso judicial para que las partes puedan participar en una mediación, teniendo en cuenta que dicha suspensión puede ser solicitada por las partes, o de oficio.

Por último, se debe destacar el contenido de la norma 44.5.3 (a) (ii) CPR, la cual obliga a los tribunales a tener en cuenta *los esfuerzos hechos por las partes, si es que*

²⁰⁴ Con excepción de los casos donde existan pruebas de violencia familiar. Si bien, incluso en estos supuestos, el Juez puede declarar que las partes acudan a la mediación.

²⁰⁵ Para conocer otras consecuencias que trajo consigo la *Family Law Act*, vid. M. ROBERTS, «Family Mediation...», *loc. cit.*, pág. 516 a 519.

²⁰⁶ La otra finalidad, también importante, de la reforma fue simplificar el proceso judicial, hacerlo más sencillo y ágil.

²⁰⁷ Este precepto es el más importante, es el centro de toda la regulación en materia de ADR dentro de las CPR. En él se materializa la primera vez que los métodos alternativos de resolución de disputas fueron reconocidos expresa y oficialmente por una norma.

hubo, antes y durante el proceso para intentar resolver el conflicto, a la hora de adjudicar las costas del proceso. Este precepto ha logrado modificar uno de los principios básicos del ordenamiento procesal: la parte que pierde el litigio tiene que pagar las costas del proceso judicial. Además, se debe tener en cuenta que dicha disposición, no establece una facultad para los jueces, sino un deber, que consiste no sólo en tener en cuenta la conducta de las partes durante el proceso judicial, sino también antes del mismo²⁰⁸.

85. Finalmente, debe destacarse otra novedad, que al igual que el resto, nació de la propuesta de Lord Woolf. Son los llamados *pre-action protocols*, o protocolos a seguir antes de iniciar el proceso judicial. Con ellos se quiere lograr que las partes conozcan sus posibilidades de éxito y de fracaso en caso de iniciar el proceso judicial, y así estimularles a lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto, sin necesidad de acudir a un juez. Es otra forma de fomentar acuerdos extrajudiciales, otro tipo de ADR, que en cualquier caso, busca solucionar los conflictos sin tener que recurrir a los tribunales.

Estos *pre-action protocols* se han ido creando a lo largo de los años. En la actualidad, existen muchos tipos, cada uno de ellos ideado para las diferentes clases de litigios que suelen existir en el ámbito civil. Si bien es cierto, todos responden y se rigen

²⁰⁸ La primera vez que se aplicó esta norma fue en el caso *Cowl v. Plymouth City Council* [2001] EWCA Civ. 1935 (Court of Appeal), si bien la parte que obtuvo la sentencia en su contra, era la misma que se había negado a participar en un ADR. Meses después, la sentencia *Dunnet v. Railtrack* [2002] EWCA Civ. 303 (Court of Appeal), fue la primera en adjudicar las costas a la parte que, aunque ganadora del proceso, se había negado a participar en una mediación. Este pronunciamiento fue reiterado por la sentencia del caso *Hasley v. Milton Keynes General NHS Trust*, [2004] EWCA Civ. 576 (Court of Appeal), de ahí la importancia de la misma. A través de ella, el propio Tribunal de Apelación de Inglaterra confirmó que, efectivamente, se podía imponer las costas del proceso judicial a la parte que rechazara, injustificadamente, la mediación, aunque fuera la parte ganadora del litigio. Además, hay otro factor que hace muy interesante esta sentencia, su pronunciamiento a modo de *obiter dicta* sobre la obligatoriedad de la mediación. Según el Tribunal de Apelación de Inglaterra, se debe diferenciar entre fomentar la mediación, aunque sea de una forma muy intensa - como la sanción con las costas -, y ordenar que las partes acudan a ella, porque el segundo supuesto sí supondría una violación del art. 6.1 del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma, 4 de noviembre de 1950, vid. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, en adelante, CEDH. No obstante, este pronunciamiento, en lo que se refiere a este último extremo, ha sido muy criticado, sobre todo, a raíz de lo dispuesto en 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, vid. DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008. Esta norma permite obligar a las partes en conflicto a participar en una mediación, ya sea porque así lo indique un órgano jurisdiccional, ya sea porque así lo establezca el ordenamiento jurídico de un Estado, considerándolo compatible con el respeto al derecho de acceso a la justicia (art. 3.a) y art. 5). Para saber más sobre esta jurisprudencia, vid. C. MACHO GÓMEZ, «La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I Mediación*, Madrid, 2010, págs. 267 a 280.

por un mismo documento, la llamada *Practice Direction Pre-action Conduct*²⁰⁹. Este documento establece que las partes deben, igualmente, intentar llegar a un acuerdo antes de interponer la acción. La razón se encuentra en el objetivo principal que inspiró la reforma del proceso civil, y que ya se encontraba en el informe de Lord Woolf: tanto los jueces como las partes deben tener una conducta activa, dirigida a conseguir que los conflictos sean tratados de la forma más justa y con proporcionalidad (*rule 1 CPR*). En otras palabras, si las partes creen que pueden llegar a un acuerdo sin tener que recurrir a los tribunales, deben, al menos, intentarlo. Los procesos judiciales sólo tienen que iniciarse en orden a solventar aquellos conflictos donde irremediablemente sea necesario el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional.

86. Si bien, las normas y pronunciamientos ingleses han tenido una influencia directa de los desarrollos legislativos y jurisprudenciales estadounidenses, no es menos cierto que en los últimos años, Reino Unido, al igual que otros países europeos, también ha tenido que prestar atención a los distintos informes, documentos y recomendaciones que algunas organizaciones internacionales han ido publicando, sobre todo, el Consejo de Europa y la UE²¹⁰.

2. El «movimiento ADR» en otros países europeos: La influencia del Consejo de Europa.

87. La necesidad de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los países europeos, así como las experiencias tan exitosas que estaban teniendo los países del *common law* con la utilización de los ADR, no sólo como solución al excesivo número de demandas que abarrotaban sus tribunales, sino como métodos para resolver los conflictos de forma efectiva y satisfactoria, originaron el interés de los citados Estados hacia estos mecanismos de solución de disputas, y especialmente, hacia la mediación²¹¹.

²⁰⁹ Vid. http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm

²¹⁰ En cuanto a la labor del Consejo de Europa, *vid. infra*, págs. 74 a 95; en relación a la UE, *vid. infra*, págs. 102 a 110.

²¹¹ Vid. N. ALEXANDER, «Mediation in Civil Procedure...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 598; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 7 y 20; A.J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape of court-encouraged mediation», en N. ALEXANDER (ed.),

Sin embargo, a diferencia de los países del *common law*, donde con anterioridad a la regulación de la mediación, su período de experimentación y práctica fue largo y abundante, en los países europeos del *civil law* la ordenación de la mediación ha sido, en general, más bien temprana, esto es, tan sólo con discretas y aisladas experiencias como base en algunos casos, e incluso sin apenas bagaje en otros. Este contraste se debe a la propia esencia de dicho sistema, caracterizado por su afán codificador y en el que la Ley es la principal fuente del Derecho²¹², pero también debido al impulso de algunas organizaciones internacionales²¹³, sobre todo, a las tempranas Recomendaciones del Consejo de Europa²¹⁴.

Global Trends..., *op. cit.*, pág. 283. Cuando en este apartado se habla de Estados europeos, se refiere, especialmente, a: Alemania, Austria, Francia, Holanda, y España.

²¹² A excepción de Holanda que, como se verá a continuación, ha seguido un modelo más similar al de los países del *common law*, centrado en la innovación y experimentación de la mediación, que en su regulación. *Vid.* N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 30 a 32; N. ALEXANDER, «Mediation on Trial...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 18 y 19. Lo cierto es que en general, en los sistemas del *common law*, la regulación de una determinada materia a través de una norma, suele contener reglas y prácticas ya fijadas por la jurisprudencia con anterioridad, de manera que la citada ordenación suele tener una finalidad meramente clarificadora, sin embargo, en los sistemas del *civil law* los códigos y las leyes son la principal y primera fuente del Derecho, *vid.* P. DE CRUZ, *Comparative law in a changing world*, 3ª ed., Oxon, New York, 2007, págs. 39, 40, 45, 46, 48, 104 y 105; F. GALGANO, *Atlante di diritto private comparator Zanichelli*, Bologna, 1992, págs. 1 a 4; H.P.GLENN, *Legal traditions of the World...*, *op. cit.*, págs. 117 y 124 a 135.

²¹³ Además del Consejo de Europa, la UE, también ha sido una influencia importante para los Estados miembros. En cualquier caso, las acciones de la UE relativas al fomento de los ADR, aunque influyen de forma importante en los ordenamientos internos de los Estados miembros, en tanto que están subsumidas en el llamado *Espacio Europeo de Justicia*, están dirigidas especialmente a las relaciones privadas transfronterizas. Por ello, los impulsos dados por la UE en esta materia, se estudiarán en el apartado siguiente, *vid. infra*, págs. 102 a 110. En dicho apartado, también se estudiará el papel de otras organizaciones internacionales como la CNUDMI – *vid. infra*, págs. 96 a 102-; y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado – *vid. infra*, págs. 110 a 112-.

²¹⁴ Tal y como apunta M. DÍEZ DE VELASCO, el Consejo de Europa es una organización de cooperación de fines generales. Y aunque en el Preámbulo de su Estatuto realiza una definición muy genérica de sus fines, lo cierto es que en la práctica, los objetivos de cooperación internacional se han ampliado mucho más, (*vid. Las organizaciones internacionales*, 13ª ed., Madrid, 2003, págs. 451 y 452). *Vid.* también J.A. PASTOR RIDRUEJO, «Sesenta años del Consejo de Europa», *RDCE*, nº 33, mayo/agosto 2009, págs. 446 a 448. La difusión que, a lo largo de los años, ha realizado el Consejo de Europa en torno a la utilización de los ADR, y en especial de la mediación, se ha llevado a cabo a través de las Recomendaciones del Comité de Ministros. Este es el órgano más importante dentro del Consejo de Europa. Está compuesto por los representantes de los Estados miembros, y entre sus facultades, se encuentra la de adoptar Recomendaciones. Éstas no son vinculantes, sino meras sugerencias que dicha organización internacional cree que debe realizar a los Estados parte, por entender que son beneficiosas para la paz, para su bienestar o para su progreso económico y social, *vid.* M. DÍEZ DE VELASCO, *Las organizaciones...*, *op. cit.*, págs. 464 y 465. Para profundizar a cerca de los actos que puede adoptar el Comité de Ministros, *vid.* A-C. KISS, «Les Actes du Comité des Ministres du Conseil de L'Europe», *Ann. Fr. Dr. Int.*, vol. 6, nº 1, 1960, págs. 755 a 773.

A) Primeras experiencias mediadoras y reformas legislativas introductorias de la mediación.

88. La primera Recomendación que invitó a la utilización de métodos alternativos de solución de disputas fue la *Recomendación n° 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia*²¹⁵. Con ella, el Consejo de Europa, consciente de la complejidad, la lentitud y el excesivo coste económico del tradicional proceso judicial, alentaba a los Estados a tomar una serie de medidas en orden a mejorar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia (art. 6 CEDH). Entre dichas medidas, se encontraba la de facilitar y animar a las partes en conflicto a participar en conciliaciones o en otro tipo de vías para la solución amigable de disputas, bien antes de acudir al proceso judicial, bien en cualquier momento durante su desarrollo (apartado B.3). Todo ello, teniendo en cuenta que dicha indicación servía para cualquiera que fuera la materia sobre la que versaran las controversias, esto es, fueran sobre Derecho privado o sobre Derecho público²¹⁶.

En esta misma línea, se aprobó la *Recomendación n° 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*²¹⁷. Como su propia rúbrica indica, la elaboración de esta Recomendación fue fruto de la preocupación que el Consejo de Europa seguía teniendo por el incremento de violaciones del art. 6 CEDH. Por este motivo, dicho documento proponía a los Estados incentivar el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, y a diferencia de la anterior Recomendación, no sólo mencionaba la conciliación, sino que también hacía una

²¹⁵ Vid. *Recomendación n° 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia*, adoptada por el Comité de Ministros, el 14 de mayo de 1981, en la reunión 68 de los delegados de los Ministros: <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=599788&SecMode=1&DocId=671776&Usage=2>

²¹⁶ La amplitud de materias sobre las cuales pueden utilizarse métodos alternativos de solución de conflictos, también es aplicable al resto de medidas enunciadas en la Recomendación. Así se establece en el primer párrafo de la misma, la cual lleva por rúbrica *Principios*.

²¹⁷ Vid. *Recomendación n° 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia*, adoptada por el Comité de Ministros, el 16 de septiembre de 1986, en la reunión 399 de los delegados de los Ministros: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=606796&SecMode=1&DocId=690980&Usage=2>

referencia literal a la mediación y al arbitraje²¹⁸. En cualquier caso, este documento no sólo fue importante por ser el primero en mencionar expresamente la mediación, sino porque al final del mismo, se estableció una larga lista de eventuales campos de actuación, compuesta, principalmente, por conflictos familiares, comerciales y civiles²¹⁹.

89. Teniendo en cuenta ambos antecedentes, desde mediados de los años 80, muchos Estados de Europa comenzaron a poner en práctica la mediación, principalmente, en el ámbito penal y familiar²²⁰. En cuanto a la mediación penal, durante el año 1985, tanto Alemania como Austria, iniciaron una serie de programas piloto dirigidos a experimentar dicho mecanismo de resolución de conflictos entre menores infractores y sus víctimas²²¹. Un año más tarde, en Francia, se fundó la primera organización que prestaba entre otros servicios, el de mediación para pequeñas causas penales, el *Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation*, y en 1989, el *Comité de liaison du Contrôle Judiciaire*, que también proporcionaba mediación penal²²².

²¹⁸ Esta Recomendación, al igual que la anterior, establecía el uso de estas vías de resolución de disputas tanto de forma extrajudicial, como al inicio del proceso, o en cualquier momento adecuado a lo largo del mismo, *vid.* Punto I, apartados b) y c) de la *Recomendación n° 12/1986*.

²¹⁹ Esta lista, recogida en el Apéndice de la Recomendación, aunque se fijó a título de ejemplo, fue de gran ayuda para los Estados, dado el estado embrionario de los ADR en Europa durante los años 80.

²²⁰ Aunque la expansión de la mediación penal en EE.UU, se produjo tras la celebración de la Conferencia Pound y como consecuencia del nacimiento del «movimiento ADR», ésta, de alguna manera, ya se practicaba en el ámbito de la mediación comunitaria, dentro de la perspectiva más social de esta figura, *vid. supra*, nota n° 93. En otras palabras, la mediación penal no se comenzó a practicar por descargar de trabajo a los tribunales, sino porque, en ciertos casos, creaba cierta humanización en la infracción, beneficiando a la víctima y rehabilitando al delincuente. Esta otra dimensión de la mediación en el ámbito penal, diferenciada de la corriente principal basada en mejorar el acceso a la justicia, pronto se extendió a Europa, *vid. infra*, págs. 80 y 81; N. ALEXANDER, «What's law got to do with it?...», *loc. cit.*, pág. 7; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 17.

Por otro lado, en lo relativo a la mediación familiar, Holanda es una excepción respecto del resto de Estados europeos pertenecientes al *civil law*. Ello es así, porque en la década de los años 70, ya se había iniciado su práctica, *Vid.* N. ALEXANDER, «Mediation in Civil Procedure...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 598; N. ALEXANDER, «Global trends in mediation...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 7 y; A.J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 283 y 293; L. GARCÍA GARCÍA, *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en conflictos familiares*, Madrid, 2003, pág. 32.

²²¹ En relación con Alemania, *vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD y T. TRENCZEK, «Mediation in Germany: the long and winding», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pág. 225. En relación con Austria, *vid.* C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in Austria», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pág. 66.

²²² *Vid.* D. MACFARLANE, «Mediation in France», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, pág. 192. Es importante resaltar los estrechos vínculos culturales e históricos de Francia con Canadá, y especialmente con Quebec. Por ello, no puede parecer extraño que, uno de los motivos principales que causaron las primeras prácticas mediadoras en Francia, fuera por las experiencias tan beneficiosas que este mecanismo de resolución de conflictos estaba produciendo en aquel país. En este sentido, se debe

A lo largo de la década de los 80, también se empezó a utilizar la mediación familiar. En España, se creó el primer servicio de mediación en el año 1988, situado en San Sebastián, y denominado *Servicio de Mediación a la familia en conflicto*. Ya en 1990, surgieron otros cuatro: a) el *Servicio de Mediación familiar de la Unión de Asociaciones Familiares*, en Madrid; b) el *Programa de Mediación Familiar del centro Ábside y la Fundación Familia, Ocio y Naturaleza*; c) el *Servicio de Mediación Familiar de Barcelona* adscrito al Instituto de Trabajo Social y Servicios Sociales y; d) el *Servicio de Mediación Familiar del Instituto Genus*, también en Barcelona²²³. En Francia, durante el año 1989, se fundó la *Association pour la promotion de la Médiation Familiale*, una organización con el fin de promocionar la mediación familiar, no sólo a nivel francés, sino también europeo²²⁴, y tres años más tarde, en 1991, nació el *Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale*²²⁵. En esta misma línea, el

tener en cuenta que, aunque la tradición jurídica de Canadá es la del *common law* - *vid. supra*, pág. 64 -, Quebec, debido a sus lazos con Francia, sigue la herencia francesa en lo referente al Derecho civil, esto es, continúa la tradición jurídica del *civil law*. Para estudiar en profundidad el fenómeno de la mediación en Canadá, y sobre todo, en Quebec, *vid.* R. ELLGER, «Mediation in Kanada», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen, rechtsvergleich, regelungen*, Tübingen, 2008, págs. 671 a 726; R. ELLGER, «Mediation in Canada: One goal – different approaches to mediation in a State with federal and provincial jurisdictions», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and regulation in comparative perspective*, Oxford, 2013, págs. 909 a 957; L. OTIS, E.H. REITER, «Judicial Mediation in Quebec», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, págs. 107 a 121; A. PRUJINER, «Recent Developments in Mediation in Canada», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, págs. 83 a 105.

²²³ *Vid.* N. BELLOSO MARTÍN, «La mediación familiar: algunas experiencias en el derecho comparado internacional», en N. BELLOSO MARTÍN, (coord.), *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, 2006, pág. 88; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 321 a 326 y; A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, *op. cit.*, págs. 82 a 87. Que estos servicios de mediación comenzaran su andadura a partir de la década de los 80, no fue casualidad, sino la consecuencia a la promulgación de la *Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio civil en el Código civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, *vid.* BOE nº 172, de 20 de julio de 1981. Antes de dicha norma, la imposibilidad de poder separarse legalmente o divorciarse, hacía del todo inviable el uso de la mediación familiar. Sin embargo, a partir de la misma, fue posible pactar los puntos que conformaban el convenio regulador, y por ello, se pudo establecer mecanismos extrajudiciales en orden a resolver los efectos derivados de la separación, la nulidad o el divorcio contenidos en dicho convenio. Además, de forma paralela a esta Ley, y a través del *Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia*, *vid.* BOE nº162, de 8 de julio de 1981, se crearon tanto los Juzgados de Familia, como los equipos técnicos adscritos a ellos, esto es, los trabajadores sociales y los psicólogos.

²²⁴ Aunque este acontecimiento fue el más importante durante los años 80, la mediación familiar comenzó en 1986 en el *Val de Marne*, como consecuencia de la formación en mediación proporcionada por el Instituto de Mediación Familiar de Montreal, un ejemplo más de la inestimable influencia canadiense, *vid.* N. BELLOSO MARTÍN, «La mediación familiar: algunas experiencias...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 85 y 86 y; A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social...*, *op. cit.*, págs. 78 a 80.

Gobierno francés, preocupado por el gran número de divorcios planteados ante los tribunales, creó, en 1994, la *Conférence nationale de la famille*, con el fin de avanzar hacia su implantación en el ordenamiento jurídico²²⁶. Por su parte, en Holanda se fundó, en 1989, la *Vereniging van Dmilierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars* (VFAS, o Asociación de abogados de familia y mediadores familiares)²²⁷.

En Alemania, si bien ya en los años 80 surgieron los primeros servicios de mediación para familias separadas, no fue hasta 1993 cuando se creó la *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familien-mediation*, también denominada BAFM²²⁸. La importancia de esta organización es considerable, en tanto que su progreso ha sido paralelo al desarrollo de la mediación familiar en este país²²⁹. Por otro lado, el Ministerio de Justicia de Austria, hasta 1994, no comenzó a poner en marcha experiencias piloto en mediación familiar²³⁰. Como consecuencia de los resultados obtenidos, se creó en 1996 la *Österreichischer Verein für Co-Mediation* (Asociación Austriaca de Co-Mediación), cuya principal finalidad ha sido promover la práctica de la

²²⁵ En la actualidad se denomina *Fédération Nationale de la Médiation Familiale* (FENAMEF). Su principal finalidad es informar, promover y difundir cuestiones sobre mediación al resto de asociaciones y organizaciones que se dedican a esta vía de resolución de conflictos en el ámbito familiar, *vid.* www.fenamedf.asso.fr

²²⁶ Para profundizar sobre los comienzos de la mediación familiar en Francia, *vid.* D. MACFARLANE, «Mediation in...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 201 y 202.

²²⁷ Para saber más en torno a esta asociación, *vid.* A.J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 294 y 295; L. SCHMIEDEL, «Mediation in den Niederlanden – Entwicklung und Praxis zwischen staatlicher Förderung und privater Regulierung», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, *op. cit.*, págs. 334 y 367; L. SCHMIEDEL, «Mediation in the Netherlands: Between State promotion and private regulations», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pág. 736; A. VAN HOEK, J. KOCKEN, «The Netherlands», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 492 y 493.

²²⁸ Es importante tener en cuenta que en Alemania, desde 1977, ya existía una Ley que regulaba el divorcio no culpable. Dicha Ley permitía a los matrimonios la posibilidad de llegar a acuerdos sobre cualquiera de los efectos del divorcio. De manera que desde la citada fecha, en Alemania ya existía el contexto necesario para la práctica de la mediación, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, pág. 277.

²²⁹ Algunas de sus actividades más destacadas han sido: la elaboración de directrices para el correcto funcionamiento de la mediación familiar y; la aprobación de un programa de formación de mediadores familiares, así como un sistema para su acreditación, *vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, «Mediation in Germany...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 227 y 239; S. BARONA VILAR, «Aproximación al movimiento...», *loc. cit.*, págs. 68 y 69; S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, *op. cit.*, págs. 99 y 100; M. MARTÍN CASALS, «Divorce Mediation...», *loc. cit.*, págs. 10 y 11; M. WIEVIORKA (dir.), *La médiation une comparaison européenne*, Saint-Denis La Plaine, 2000, pág. 39.

²³⁰ *Vid.* U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial mediation in Europe. National mediation rules and procedures*, vol. I, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pág. 4.

mediación familiar intrajudicial interdisciplinar, esto es, tanto desde una perspectiva jurídica, como terapéutica²³¹.

90. En este contexto, los Estados siguieron impulsando el uso de la mediación, y consolidando algunas de las primeras experiencias mediante las oportunas reformas legales. Este primer afianzamiento se produjo en el ámbito penal. Así, en 1988, Austria, uno de los primeros países en poner en marcha la mediación penal para menores, reformó el *Jugendgerichtsgesetz* (Código penal juvenil) para así incluirla en su articulado²³². Tres años más tarde, Alemania hizo lo mismo, modificó el *Jugendgerichtsgesetz*, con el fin de otorgar la facultad a los fiscales de derivar el caso a mediación cuando el menor diera muestras de arrepentimiento, esto es, de querer una auténtica reconciliación con la víctima²³³. Visto el éxito que la mediación penal había adquirido, en los años inmediatamente posteriores, tanto Austria como Alemania comenzaron a llevar a cabo programas piloto de mediación penal para adultos. Los resultados también fueron positivos, de manera que en 1994, Alemania reformó el *Strafgesetzbuch* (Código penal)²³⁴, y en 1999, Austria hizo lo propio con el *Strafprozessordnung* (Código de procedimiento penal)²³⁵. Finalmente, en 1993, Francia, otro país destacado en la utilización de la mediación penal, aprobó la *Loi n° 93-2*, la cual

²³¹ En este caso, la co-mediación consiste en utilizar dos mediadores, siendo uno de ellos jurista, y el otro psicólogo, *vid.* C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in Austria», en N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends...*, *op. cit.*, págs. 73 y 74; M. WIEVIORKA (dir.), *La mediation une comparaison...*, *op. cit.*, pág. 53.

²³² *Vid.* *Jugendgerichtsgesetz*, BGBl. 599/1988. *Vid.* M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Austria: The european pioneer in mediation law and practice», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, págs. 296 y 297.

²³³ *Vid.* Sección 45 (2) 2 del *Jugendgerichtsgesetz*, BGBl. I S. 3427.

²³⁴ La reforma del *Strafgesetzbuch* (BGBl. I S. 3322) permitió a los jueces rechazar o, al menos, mitigar la imposición de una sentencia, cuando la mediación penal se llevara a cabo y la pena no fuera superior a un año de prisión (Sección 46). Incluso el *Strafprozessordnung* (BGBl. I S. 1074, 1319), esto es, el Código Procesal Penal, preveía la posibilidad de que, en estos casos, el fiscal retirara la acusación (art. 153 b). Si bien, en 1999, este mismo Código fue reformado, de manera que, en la actualidad, tanto jueces como fiscales pueden optar por la mediación penal en cualquier etapa del proceso judicial, cuando así lo estimen adecuado (art. 155). *Vid.* N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, «Mediation in Germany...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 225 y 226.

²³⁵ *Vid.* *Strafprozessnovelle*, BGBl. I 55/1999. Para saber más sobre la mediación penal en Austria, *vid.* U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 4 a 6; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 70; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Österreich –Zivilrechts-Mediation-Gesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, *op. cit.*, pág. 156.

establecía la derivación de los casos a este ADR, cuando los fiscales estimaran que a través del mismo, se podía reparar el daño hecho a la víctima²³⁶.

91. Como se puede observar, con el inicio de la década de los 90, se consolidaba la mediación penal en algunos de los ordenamientos jurídicos europeos, a la vez que seguía extendiéndose el uso de la mediación familiar, a través de programas piloto y de la labor de importantes asociaciones. Sin embargo, éstas no fueron las únicas expresiones de la llegada del «movimiento ADR» a Europa.

En Holanda, ante la expansión de la mediación a diferentes ámbitos y conflictos, un grupo de abogados y profesores de Universidad decidió crear, en 1993, el denominado *Nederlands Mediation Instituut*, en adelante NMI. Esta fundación, que nació con el objetivo de divulgar las ventajas de la mediación en todos los posibles campos de actuación, pronto se convirtió en el epicentro de la misma dentro del país. En 1995, se aprobaron por primera vez las denominadas *NMI Rules*, unas reglas básicas sobre el funcionamiento de este ADR²³⁷. El NMI también comenzó a colaborar con el gobierno holandés para fomentar y promocionar este método de resolución de disputas, de manera que en 1996, el Ministerio de Justicia puso en marcha varios proyectos piloto sobre mediación intrajudicial, con el fin de investigar sobre los posibles beneficios e inconvenientes de su uso. La importancia de esta colaboración se debe a que fue el

²³⁶ Vid. La Loi n° 93-2, du 4 janvier 1993 portant la réforme de la procédure pénale (Journal Officiel du 5 janvier 1993), modificó el art. 41 del *Code de procédure pénale*. Años más tarde, se aprobó la Loi n° 99-515, du 23 juin 1999, refoçant l'efficacité de la procédure pénale (Journal Officiel du 24 juin 1999), que amplió las posibilidades de utilizar la mediación, e instauró otro tipo de medidas de reparación del daño a la víctima por parte del infractor. Para tener una visión completa de la mediación penal en Francia, vid. K. DECKERT, «Mediation in Frankreich – Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen-», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, op. cit., págs. 231 a 238; K. DECKERT, «Mediation in France: Legal framework and practical experiences», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, op. cit., págs. 492 a 497; D. MACFARLANE, «Mediation in...», loc. cit., op. cit., págs. 192 a 198.

²³⁷ Hasta el momento, y a pesar de sus posteriores reformas, estas normas siguen colmando la laguna legal de la mediación en Holanda, caracterizada por apenas regular la mediación en sus Leyes. De hecho, y en este mismo sentido, la Directiva 2008/52/CE aún no ha sido transpuesta, vid. A.J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», loc. cit., op.cit., págs. 290 a 292; A. VAN HOEK, J. KOCKEN, «The Netherlands», loc. cit., op. cit., págs. 494 a 501. Además de las *NMI Rules*, existen otros documentos de este Instituto fundamentales en la práctica de la mediación como: a) un modelo de cláusula de mediación; b) un modelo de contrato de mediación; c) un código de conducta para los mediadores; d) un conjunto de disposiciones que regulan las eventuales quejas y reclamaciones por los servicios de mediación prestados; e) unas normas disciplinarias en caso de que los mediadores del NMI incumplan el Código de Conducta y; f) un documento que recoge las cualidades y habilidades que debe poseer un mediador, vid. http://www.nmi-mediation.nl/english/nmi_rules_and_models/nmi_professional_profile_of_a_mediator.php

principio de sucesivas iniciativas gubernamentales, las cuales han sido vitales para el desarrollo de la mediación en Holanda²³⁸.

Francia también dio un salto cualitativo en esta década, dicho avance se materializó en la temprana aprobación de la *Loi n° 95-125* y del *Décret n° 96-652* del año 1995 y 1996, respectivamente²³⁹. Ambas normas supusieron la regulación de la mediación intrajudicial en los litigios civiles²⁴⁰. Además, en el mismo año 1995, se creó el importante *Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris* (CMAP), organización de referencia, esta vez, en el ámbito de la mediación comercial²⁴¹.

En resumen, para mediados de la década de los 90, el panorama que presentaba la utilización y regulación de la mediación era prometedor. En pocos años ya existían normas reguladoras de la mediación penal, y la práctica de la mediación seguía avanzando en el ámbito familiar. Además, empezó a surgir la preocupación en torno a la manera de compatibilizar y coordinar mediación y proceso judicial civil, muestra de ello fueron los proyectos piloto en Holanda, y la aprobación en Francia de la primera legislación en este sentido.

²³⁸ Vid. *infra*, págs. 91 y 92.

²³⁹ *Loi n° 95-125, du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, vid. Journal Officiel du 9 février 1995; *el Décret n° 96-652, du 22 juillet 1996, relative à la conciliation et à la médiation judiciaires*, vid. Journal Officiel du 23 juillet 1996.

²⁴⁰ Aunque ambas regularan la mediación intrajudicial civil en general, realmente estaban dirigidas a la mediación familiar. De hecho, en su proceso de elaboración, existió una gran influencia de todos aquellos grupos que formaban parte de la *Conférence nationale de la famille*, vid. *supra*, pág. 79. Lo cierto es que a través de sus disposiciones, se otorgó un gran protagonismo al juez. Es él quien nombra al mediador previo consentimiento de las partes, nombramiento que tiene una duración de tres meses, prorrogable por otros tres, si así lo solicita el mediador (art. 131-1 y 131-3 del *Nouveau Code de procédure civile*, vid. *Journal officiel* du 5 decembre 1975-NCPC.). También es el juez quien tiene potestad para parar la mediación de oficio, o bien a petición del mediador, o de las partes (art.131-2 y 131-10 NCPC), y quien tiene la facultad de ratificar el acuerdo alcanzado por las partes, para así otorgarle fuerza ejecutiva (art. 131-12 NCPC). En este punto, es importante tener en cuenta que la homologación tampoco es obligatoria, ésta se realizará si ambas partes están de acuerdo en ello, pero también puede ocurrir que éstas quieran mantener el acuerdo sólo para sí mismas, esto es completamente lícito, si bien, esté no tendrá fuerza ejecutiva. Por otra parte, y en cuanto a la figura del mediador se refiere, la disposición más importante es la relativa a la obligación del mediador de guardar la confidencialidad de lo dicho en la mediación, salvo en los casos de violencia, o de comisión de algún delito o abuso de menores (art. 131-14 NCPC). Para profundizar sobre ambas normas, vid. K. DECKERT, «Mediation in Frankreich...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 192 a 201; K. DECKERT, «Mediation in France...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 463 a 465; M. MARTÍN CASALS, «Divorce Mediation...», *loc. cit.*, págs. 13 a 16; E. SERVERIN, «La médiateur civil et le service public de la justice», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, avril-juin 2003, págs. 229 a 246.

²⁴¹ Sobre este centro y otras organizaciones francesas importantes para la mediación comercial, vid. A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris, 2003, págs. 3 a 6; K. DECKERT, «Mediation in Frankreich...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 191; K. DECKERT, «Mediation in France...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 465 y 466; D. MACFARLANE, «Mediation in...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 209.

B) La significación de la mediación familiar y su reflejo en las distintas legislaciones.

92. Como ya se ha dicho, la utilización de la mediación familiar en Europa seguía en aumento. Sin embargo, su práctica se reducía al impulso de programas piloto aislados y a la labor de asociaciones, en otras palabras, aún no existían leyes sobre la materia²⁴². En este contexto, el impulso necesario para que los Estados europeos comenzaran a regular la mediación familiar en sus ordenamientos jurídicos fue desempeñado por el Consejo de Europa, en concreto, por la *Recomendación n° 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar*²⁴³.

Este trabajo pretendía ser el estímulo necesario para que algunos Estados empezaran a poner en práctica la mediación familiar, y para que otros, que ya la utilizaban, siguieran reforzando la figura. Con el fin de lograr ambos objetivos, dicha Recomendación hizo hincapié en las ventajas de la mediación familiar a la hora de gestionar un conflicto en este ámbito, en su capacidad para resolver efectiva y satisfactoriamente estas controversias, caracterizadas por poseer un fuerte componente emocional y por tener que proteger, ante todo, el interés superior del menor²⁴⁴.

En cualquier caso, si por algo influyó esta Recomendación en el resto de legislaciones europeas sobre mediación, fue por la plasmación de unos conceptos básicos a cerca de esta vía de resolución de conflictos, concretamente, por la exposición de sus principios fundamentales²⁴⁵. Así las cosas, este documento, que identifica la

²⁴² Tan sólo la legislación francesa, que al regular la mediación intrajudicial en los litigios civiles, también incluía la de los litigios familiares, *vid. supra*, nota n° 240. Si bien, posteriormente, se aprobó una regulación propia.

²⁴³ *Vid. Recomendación n° 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar*, adoptada por el Comité de Ministros, el 21 de enero de 1998, en la reunión 616 de los delegados de los Ministros: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2>

²⁴⁴ Del punto preliminar 2 al 5, y el Punto VI de la *Recomendación n° 1/1998*.

²⁴⁵ Además, en el Punto VII de la *Recomendación n° 1/1998*, también se establece la posibilidad de extender estos mismos principios de la mediación a otros medios alternativos de resolución de conflictos. Si bien, no especifica cuáles son esos otros medios, el informe explicativo habla principalmente de la conciliación.

mediación como un proceso²⁴⁶, establece como primer principio el de la voluntariedad²⁴⁷. Asimismo, también se hace referencia a la profesionalidad de los mediadores, dejando a los Estados la libertad para fijar los procesos de selección, formación y cualificación de los mismos²⁴⁸. Y se enumeran tanto los principios de imparcialidad y de neutralidad del mediador, como la incapacidad de éste para tomar una decisión y su deber de confidencialidad²⁴⁹.

93. Esta Recomendación fue, sin duda, una de las principales causas que llevaron a diferentes Estados europeos a regular la mediación familiar en sus ordenamientos²⁵⁰. En Alemania, en el mismo año 1998, entró en vigor la disposición 52a de la *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Ley de jurisdicción voluntaria), que establecía la adecuación de iniciar este método de ADR en los casos de conflictos relativos al derecho de visitas²⁵¹.

²⁴⁶ En tanto que procedimiento con una serie de fases en orden a la consecución de un resultado, *vid.* N. BELLOSO MARTÍN, «Sistemas de resolución de conflictos: Formas heterocompositivas y autocompositivas», en N. BELLOSO MARTÍN, (coord.), *Estudios sobre Mediación...*, *op. cit.*, págs. 75 a 77. En cuanto al carácter de proceso que tiene la mediación, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 266 a 269. En sentido contrario, *vid. infra*, nota nº 553.

²⁴⁷ *Vid.* Punto II. a) de la Recomendación nº 1/1998.

²⁴⁸ *Vid.* Punto II. c) de la Recomendación nº 1/1998.

²⁴⁹ La propia Recomendación distingue ambos principios de imparcialidad y neutralidad, conceptos que a veces se confunden. Así, según ella, la imparcialidad del mediador se refiere a sus relaciones con las partes, esto es, a que guarde una igualdad entre las mismas a lo largo del proceso; mientras que la neutralidad de mediador se refiere a respetar los puntos de vista de las partes y el resultado del proceso, no influyendo en ninguno de los dos aspectos (Punto III). Además, en la citada Recomendación se prevén otras obligaciones para los mediadores, como detectar posibles casos de violencia, proteger en todo momento el interés del menor, y recomendar la asistencia de un abogado, o cualquier otro profesional que pueda ser necesario para el caso. Finalmente, también se hace referencia a la homologación de los acuerdos de mediación y a la relación entre el procedimiento de mediación y las autoridades judiciales. Para profundizar sobre esta Recomendación, *vid.* AA.VV., *Family mediation in Europe, proceedings of 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998*, Strasbourg, abril 2000.

²⁵⁰ Tras esta Recomendación, muchos países europeos comenzaron a aprobar, en mayor o menor medida, diferentes normas sobre mediación familiar. No sólo Alemania, Austria, Francia o España, como se verá a continuación, sino también Bélgica, cuya Ley sobre mediación familiar intrajudicial data de 2001, *vid. Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire*, *vid.* Belgian Official Journal, 3 du avril 2001.

²⁵¹ *Vid.* *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)*. BGBl. I.S. 2586. Se debe tener en cuenta que, el 9 de enero de 2009, entró en vigor la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)* - Ley del Procedimiento en materia de familia y en materia de jurisdicción voluntaria -, *vid.* BGBl. I.S. 2586. A partir de esa fecha, la mediación familiar se regula en el art. 135 y el art. 156 de la misma. Lo más destacado de estas disposiciones, es el establecimiento de la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa de mediación cuando así lo estime oportuno el órgano jurisdiccional.

Un año más tarde, en Austria, se incluyó también la mediación familiar mediante la reforma de la *Eherechts* (Ley de matrimonio)²⁵²; y en el año 2001, con la modificación de la *Kindschaftsrechts* (Ley de padres y niños)²⁵³. A través de ambas, los jueces obtuvieron la facultad de invitar a los matrimonios en procesos de divorcio a utilizar la mediación para resolver sus diferencias, especialmente, aquellas relativas a la guarda y custodia de los hijos²⁵⁴.

Por su parte, el Gobierno francés, como consecuencia de la *Recomendación n° 1/1998*, impulsó la elaboración de una serie de informes con el fin de promover y regular la mediación familiar en su ordenamiento jurídico. El documento más importante, y del que derivó las sucesivas normas francesas sobre la materia, fue el denominado Informe *Sassier*²⁵⁵. Gracias a sus recomendaciones, en el año 2002, se aprobó la *Loi n° 2002-305*²⁵⁶. Según dicha ley, en caso de controversia entre los padres, el juez podía sugerirles su participación en una mediación con el fin de facilitar la búsqueda de un consenso. En el 2003, con el *Décret n° 2003-1166*, Francia logró establecer los requisitos de formación necesarios para obtener la acreditación como mediador familiar²⁵⁷. Y en 2004, se adoptó la *Loi n° 2004-439* relativa al divorcio, la cual estableció varios aspectos referentes a la mediación familiar, si bien el más significativo fue la obligatoriedad de acudir a la primera sesión informativa²⁵⁸.

²⁵² Vid. *Eherechts-Änderungsgesetz*, BGBl. I 125/1999.

²⁵³ Vid. *Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz*, BGBl. I 135/2000.

²⁵⁴ Vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 4; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 74.

²⁵⁵ Vid. *Arguments et propositions pour un statut de la Médiation Familiale en France*, 2001.

²⁵⁶ *Loi n° 2002-305, du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale*, *vid.* Journal Officiel du 5 mars 2002.

²⁵⁷ *Décret n° 2003-1166, du 2 décembre 2003, portant création du Diplôme d'Etat de médiateur familial*, *vid.* Journal Officiel du 9 décembre 2003. Este documento fue desarrollado a través de la *Arrêté relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial*, *vid.* Journal Officiel du ministère des affaires sociales, du 12 février 2004. El órgano creado para elaborar la citada acreditación de mediador familiar fue el *Conseil national consultatif de la médiation familiale*. El Consejo, fundado por la *Arrêté portant création du Conseil national consultatif de la médiation familiale* du 8 octobre 2001, tal y como había recomendado el citado informe *Sassier*, desapareció en 2005, tras terminar el mandato para el cual había sido constituido, esto es, la elaboración de un Diploma nacional de mediador familiar.

²⁵⁸ *Loi n° 2004-439, du 26 mai 2004, sur le divorce*, *vid.* Journal Officiel du 27 mai 2004. Meses después, el *Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale*, *vid.* Journal Officiel du 31 octobre 2004, extendió la mediación a todos los procedimientos del Derecho de familia. Para saber más sobre toda la regulación citada sobre la mediación familiar en Francia, *vid.* K. DECKERT, «Mediation in Frankreich...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 219 a 223; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 290 y 291; D. MACFARLANE, «Mediation in...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 203 a 208.

En España, a partir de 2001, se comenzaron a aprobar las primeras leyes de mediación familiar por parte de las Comunidades Autónomas. Aquéllas fueron adoptadas, aunque, en aquel momento, no existiera ninguna disposición estatal sobre la materia²⁵⁹. En este sentido, la primera Ley con tales características, y que precisamente dio el impulso definitivo a la mediación familiar en España, fue la Ley 15/2005²⁶⁰. Con ella, se amplió por fin, la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a disolver el vínculo matrimonial²⁶¹, se fomentó la solución consensuada de los temas objeto de discusión²⁶², y se reconoció a la mediación como un mecanismo óptimo para la

²⁵⁹ Todas estas leyes autonómicas, salvo la recientemente aprobada en Cataluña y Cantabria, se caracterizan por tener un contenido muy similar, concretamente, por regular los principios que rigen la mediación familiar tal y como se encuentran recogidos en la *Recomendación n°1/1998*, pues precisamente es este documento su principal fuente de inspiración. De forma general, las Comunidades Autónomas han aprobado dichas leyes basándose en el título competencial referido a la asistencia social recogido en la Constitución Española (CE) –*Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*, vid. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978- (art. 148.1.20° CE). Desde 2001 hasta 2005, las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes de mediación familiar han sido: 1ª) Cataluña, a través de la *Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña*, vid. BOE núm. 91, de 16 de abril de 2001; 2ª) Galicia, con la *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia*, vid. BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001; 3ª) Comunidad Valenciana, a través de la *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*, vid. BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001; 4ª) Canarias, con la *Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias*, vid. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2003, reformada por la *Ley 3/2005, de 23 de junio*, vid. BOE núm. 177, de 26 de julio de 2005 y; 5ª) Castilla La Mancha, a través de la *Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha*, vid. BOE núm. 203, de 25 de agosto de 2005.

En cualquier caso, con posterioridad a 2005, otras Comunidades Autónomas han seguido aprobando leyes sobre la misma materia: 1ª) la *Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León*, vid. BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006; 2ª) la *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*, vid. BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2006; 3ª) la *Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid*, vid. BOE núm. 153, de 27 de junio de 2007; 4ª) la *Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias*, vid. BOE núm. 170, de 17 de julio de 2007; 5ª) la *Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco*, vid. BOPV núm. 34, de 18 de febrero de 2008; 6ª) la *Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, vid. BOE núm. 80, de 2 de abril de 2009; 7ª) la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado*, vid. BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009; 8ª) la *Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears*, vid. BOE núm. 16 de 19 de enero de 2011; 9ª) la *Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, vid. BOE núm. 99, de 26 de abril de 2011.

²⁶⁰ *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, vid. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005. Sin duda, la importancia de esta Ley para la mediación familiar, no sólo se debe a las disposiciones que específicamente la regulan, sino porque con aquélla, se estableció el divorcio no causal, uno de los factores fundamentales para el éxito y afianzamiento de la mediación familiar, vid. *supra*, págs. 43 a 45.

²⁶¹ Art. 81 y art 86 del *Código Civil*, en adelante Cc. En virtud de estas disposiciones, ya no se exige ninguna causa, sino el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio.

²⁶² El reflejo quizá más simbólico de esta tendencia, fue la regulación de la guardia y custodia compartida, vid. L. GARCIA VILLALUENGA, I. BOLAÑOS CARTUJO, *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes*, Madrid, 2007, págs. 32 a 40.

resolución de conflictos familiares, de manera que a partir de la misma, comenzaron a ponerse en marcha los programas de mediación familiar intrajudicial, que tanto éxito han tenido²⁶³. Dicho reconocimiento no sólo se declaró en la Exposición de Motivos de la citada Ley, sino que también se recogió en diversos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En este sentido, las disposiciones a mencionar son dos: aquella que prevé la suspensión del proceso judicial para que así las partes puedan participar en este ADR (art. 770.7 LEC) y, el precepto que reconoce la validez del acuerdo de mediación (art.777.2 LEC)²⁶⁴.

C) La expansión de la mediación a otros ámbitos. Las primeras Leyes de mediación en el ámbito civil.

94. Tras la *Recomendación n° 1/1998 sobre mediación familiar*, el Consejo de Europa se centró en fomentar éste y otros métodos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público. Así, en 1999, la citada organización internacional adoptó la *Recomendación n° 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en cuestiones penales*²⁶⁵. Es importante recordar que antes de su aprobación, algunos Estados europeos ya habían experimentado y regulado la mediación penal en

²⁶³ Para conocer más sobre estos programas de mediación familiar intrajudicial, *vid.* R. LUQUIN BERGARECHE, «Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: Algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares», en M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, n° 136, 2007, págs. 44 a 62 y; R. SÁEZ VALCÁRCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, n° 111, 2006, págs. 193 a 647; H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada a los tribunales», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011, págs. 255 a 261. También el propio Tribunal Supremo, empezó a declarar en sus sentencias la deseable utilización de la mediación como vía menos traumática para la resolución de conflictos. En este sentido, *vid.* A. VIDAL TEIXIDÓ, «Dossier de los tribunales sobre mediación», *Diario La Ley*, n° 7927, págs. 3 a 5.

²⁶⁴ Además, la Disposición Final Tercera de la *Ley 15/2005*, establece el compromiso del Gobierno de realizar una Ley de mediación. Esta norma, no se circunscribe al ámbito familiar, sino que ya se hizo pensando en la futura transposición de la *Directiva 2008/52/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Si bien, en aquel momento era tan sólo una Propuesta de Directiva. Para profundizar sobre el contenido de la citada Disposición Final Tercera, *vid.* I. GARCÍA PRESAS, «La disposición final 3ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio», *RDP*, año n° 93, mes 3, 2009, págs. 57 a 80.

²⁶⁵ *Vid. Recomendación n° 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación en cuestiones penales*, adoptada por el Comité de Ministros, el 15 de septiembre de 1999, en la reunión de los delegados de los Ministros: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

sus ordenamientos jurídicos²⁶⁶. Por ello, esta Recomendación, teniendo en cuenta las legislaciones existentes sobre la materia, animó a la utilización y regulación legal de la mediación penal en aquellos Estados europeos, que aún no habían puesto en marcha este método de resolución de conflictos en el citado ámbito. Con tal fin, aunque este documento advierta que debe ser cada ordenamiento jurídico el que establezca las debidas garantías legales de dicha mediación (apartado III), dispone una serie de directrices básicas que deben regir su funcionamiento²⁶⁷.

95. Dos años más tarde, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n° 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares*²⁶⁸. A través de la misma, la citada organización internacional pretendía alentar a la utilización, no sólo de la mediación, sino de otros tipos de ADR en el ámbito del Derecho administrativo²⁶⁹. Para ello, declaró: a) la utilidad de éstos a la hora de descargar de trabajo a los tribunales, mejorando así la calidad del derecho de acceso a la justicia²⁷⁰; b) la capacidad para

²⁶⁶ Alemania, Austria y Francia, llevaban muchos años utilizando la mediación penal, *vid. supra*, págs. 76 a 83.

²⁶⁷ Dichas directrices van dirigidas tanto a los órganos jurisdiccionales penales (apartado IV), como a los propios servicios de mediación (apartado V). Sin duda, esta Recomendación debe ser referencia para España, porque sólo existen experiencias piloto en diversos órganos jurisdiccionales. Si bien, algunas regulaciones han influido indirectamente en su utilización, como es la *Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor*, *vid.* BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000, modificada por la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*, que invita a utilizar la mediación, en tanto que recoge en su articulado la conciliación y la reparación del daño (art. 19); o la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, *vid.* BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995, la cual establece la posibilidad de crear oficinas públicas de asistencia (art. 16), y en ellas, posteriormente, se han ido desarrollando servicios públicos de mediación. *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, págs. 148 a 151; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 451 y 452; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos...», *loc. cit.*, págs. 59 a 88 y; M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal...*, *op. cit.*, págs. 159 a 302.

²⁶⁸ *Vid. Recomendación n° 9/2001, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares*, adoptada por el Comité de Ministros, el 5 de septiembre de 2001, en la reunión 762 de los delegados de los Ministros: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=220409&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

²⁶⁹ Según el apartado I.1.ii) de la *Recomendación n° 9/2001*, cuando ésta alude a los medios alternativos de solución de conflictos, se está refiriendo a: a) recursos o revisiones administrativos; b) conciliación; c) mediación; d) negociación y; e) arbitraje.

²⁷⁰ Esta afirmación también había sido realizada en la *Recomendación n° 7/1981* y en la *Recomendación n° 12/1986*. Ambas Recomendaciones también destacaron la utilidad de los ADR como instrumentos para

gestionar determinadas disputas de una forma más satisfactoria, como aquéllas que surgen entre las distintas Administraciones y los particulares²⁷¹ y; c) su aptitud como instrumentos para acercar la Administración a los ciudadanos²⁷².

A pesar de la publicación de esta Recomendación, la mediación como método para resolver disputas administrativas no ha sido, en general, suficientemente desarrollada por los Estados europeos²⁷³. En cambio, en Holanda, sí se ha utilizado la mediación administrativa como técnica de entendimiento entre ciudadanos y poderes públicos a la hora de elaborar leyes, esto es, no para resolver conflictos, sino para evitarlos y prevenirlos²⁷⁴. En esta línea, la mediación sirve para poder llegar a un acuerdo durante el proceso de elaboración de una ley, cuando los intereses de los particulares y de las Administraciones son contrapuestos, de manera que cuando ésta sea aprobada, también sea aceptada por la sociedad, y especialmente, por los sectores que puedan verse más afectados²⁷⁵.

Esta técnica mediadora puesta en práctica en Holanda, no sólo se ha llevado a cabo en la preparación de leyes, sino también en la elaboración de proyectos, y especialmente, en aquéllos que afectan al medioambiente. En este sentido, la mediación medioambiental también ha sido desarrollada en Austria y Alemania. La nota común en ambos países a la hora de practicar esta mediación es su utilización en asuntos de

conseguir un mejor cumplimiento del derecho de acceso a la justicia (art. 6 CEDH), *vid. supra*, págs. 76 y 77.

²⁷¹ En este sentido, el apartado 2 de la *Recomendación n° 9/2001* enumera una serie de casos en los que la utilización de los ADR es conveniente: a) conflictos derivados de actos administrativos individuales; b) disputas surgidas de contratos públicos; c) supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones y; d) reclamaciones de cantidad en general.

²⁷² Sin duda, al igual que los ADR, y sobre todo la mediación intrajudicial, ha mejorado la imagen que los ciudadanos tienen de la Administración de justicia. Los ADR también pueden renovar la relación de los particulares con las Administraciones públicas.

²⁷³ En el ámbito administrativo, y reproduciendo de nuevo la experiencia de EE.UU, algunos Estados europeos, como Holanda e Italia, han utilizado la figura del *Ombudsman*, *vid. supra*, nota n° 138 y *vid. infra*, nota n° 433. Para saber más sobre este campo de actuación de los ADR en Holanda, *vid. A.J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», loc. cit., op. cit., págs. 302 y 303 y; L. SCHMIEDEL, «Mediation in den Niederlanden...», loc. cit., op. cit., págs. 367 a 371. Sobre los Ombudsman en Italia, *vid. G. DI PALO, L. COMINELLI, «Mediation in Italy...», loc. cit., op. cit., pág. 276.**

²⁷⁴ Esta mediación, entre otros ADR, también se encuentra reflejada en el apartado I.1.iii) de la *Recomendación n°9/2001*.

²⁷⁵ Esta técnica de mediación es idéntica al denominado *Reg-Neg* estadounidense, *vid. supra*, nota n° 138 y *vid. infra*, nota n° 433. *Vid. A.J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», loc. cit., op.cit., págs. 299 a 303.*

urbanismo, y en proyectos de construcción de infraestructuras y telecomunicaciones. Normalmente son mediaciones con una pluralidad de partes: los representantes políticos, los particulares que van a realizar el proyecto, y los ciudadanos afectados. La participación de todos ellos en la mediación tiene un objetivo principal: buscar la forma de realizar el proyecto, satisfaciendo sus intereses y preocupaciones²⁷⁶.

96. Por último, en el año 2002, el Consejo de Europa aprobó la *Recomendación n° 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en asuntos civiles*²⁷⁷. Sin duda, esta Recomendación es el símbolo de la etapa que los Estados europeos han estado experimentando con este método de resolución de disputas durante los últimos años: la regulación completa de la mediación en normas propias, todo ello con el fin de utilizar este ADR, ya no sólo en el ámbito familiar, sino en el conjunto de materias que constituyen el Derecho privado, esto es, en la resolución de todo tipo de disputas civiles y comerciales, así como su adecuada coordinación con el propio funcionamiento del proceso judicial civil.

Sin embargo, con anterioridad a la aparición de este fenómeno, y uniéndose a los primeros pasos producidos a mediados de los años 90²⁷⁸, Alemania y Holanda siguieron desarrollando diferentes disposiciones e innovadores programas con el fin de adecuar la mediación al proceso judicial civil. En 1999, Alemania aprobaba la Sección 15a de la *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung*, (Ley Introductoria al Código de Procedimiento Civil)²⁷⁹. Una innovadora disposición que permitía a todos los Estados Federados establecer ADR intrajudiciales obligatorios, si bien se refería exclusivamente a: a) litigios de un valor inferior o igual a 750 Euros; b) disputas vecinales y; c)

²⁷⁶ Vid. M. WIEVIORKA (dir.), *La mediation une comparaison...*, op. cit., págs. 40, 41, y 54. Austria se convirtió en el primer país de la UE que regulaba la mediación para este campo (*Umweltverträglichkeits-Prüfungs-Gesetz, BGBl I 89/2000*). Años después, la construcción del aeropuerto internacional de Viena ha dado lugar a la mediación medioambiental más importante de Europa, hasta el momento, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», loc. cit., op. cit., pág. 6; C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in...», loc. cit., op. cit., págs. 69 y 70; 74 a 76; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Österreich...», loc. cit., op. cit., págs. 155 y 156. En cuanto a la mediación medioambiental en Alemania, vid. N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, «Mediation in Germany...», loc. cit., op. cit., págs. 230 y 231.

²⁷⁷ Vid. *Recomendación n° 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre mediación en asuntos civiles*, adoptada por el comité de Ministros, el 18 de septiembre de 2002, en la reunión 808 de los delegados de los Ministros: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

²⁷⁸ Vid. *supra*, págs. 81 y 82.

²⁷⁹ Vid. *Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, BGBl I, Nr. 55, S. 2400*.

conflictos relaciones con difamaciones, siempre y cuando éstas fueran vertidas por prensa o radio²⁸⁰. Tres años más tarde, se reformó la *Zivilprozessordnung* (Código de Procedimiento Civil)²⁸¹. Con esta modificación, se atribuía a los órganos jurisdiccionales la tarea de invitar a las partes a participar en algún ADR, normalmente, en una mediación. Por tanto, al contrario que en la anterior regulación, se establecía la mediación intrajudicial de forma totalmente voluntaria, remitiendo a las partes a otro juez-mediador, o bien, a un mediador externo (Sección 278.5)²⁸².

A partir del año 2000, el Ministerio de Justicia de Holanda, preocupado por el aumento de la litigiosidad, puso en marcha varias iniciativas con el fin de determinar la importancia de la mediación como instrumento para solucionar la sobrecarga de trabajo de los tribunales, y su adecuación en la Administración de Justicia holandesa²⁸³. En concreto, se iniciaron dos proyectos de mediación denominados: *Mediation naast rechtspraak* (Mediación intrajudicial) y *Mediation in de Gefinancierde rechtsbijstand*

²⁸⁰ Es importante tener en cuenta que la citada sección 15a menciona a los ADR en un sentido amplio y general, en otras palabras, no sólo se refiere a la mediación -si bien es el método más utilizado a la hora de aplicar dicha disposición- y tampoco establece más indicaciones en torno al modelo o técnica a seguir en el desarrollo de estos mecanismos de resolución de conflictos. Por otra parte, que esta Ley incluyera la obligatoriedad de los ADR fue muy novedoso, a la par que criticado, porque se entendía que significaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, con el paso del tiempo, y aunque obligar a participar en un ADR no sea lo deseable, otras normativas han incluido en su articulado esta posibilidad. Asimismo, en 1999 también se reguló la mediación entre acreedores y deudores en la Sección 305.1 de la *Insolvenzordnung*, vid. *Insolvenzordnung (InsO)*. BGBl. I.S. 2866.

²⁸¹ Vid. *Zivilprozessordnung*, BGBl I 2001, S 1887.

²⁸² Para conocer detalladamente el impacto que han tenido ambas normas -Secciones 15a y 278- en Alemania, vid. N. ALEXANDER, W. GOTTWALD, T. TRENCZEK, «Mediation in Germany...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 233 a 237, 244 a 247 y 253 a 255; N. ALEXANDER, «From common law to civil law jurisdictions: court ADR on the move in Germany», *ADR Bull.*, vol. 4, nº 8, 2002, págs. 110 a 113; I. BACH, U.P. GRUBER, «Germany», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 175 a 185; K. HOPT, F. STEFFEK «Mediation -Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Rechtstatsachen...*, *op. cit.*, págs. 7 a 9; P. TOCHTERMANN, «Mediation in Germany: The german mediation act – alternative dispute resolution at the crossroads», en K. HOPT y F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, págs. 529 a 538. En cualquier caso, Alemania no sólo ha fomentado el uso de la mediación en asuntos civiles con dicha regulación, sino que también se caracteriza por tener importantes y prestigiosas asociaciones, a través de las cuales, se llevan a cabo mediaciones comerciales, y se regulan importantes aspectos propios de la práctica en este ámbito, como todo lo relativo a las cláusulas de mediación de los contratos, o los códigos de conducta de los mediadores. Las organizaciones más importantes son: a) *Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeitswelt*, o La Asociación Nacional para la Mediación Comercial; b) *Deutsche Gesellschaft für Mediation in der Wirtschaft*, o la Sociedad Alemana para la Mediación en el Comercio y; c) *Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement*, o la Sociedad para la Mediación Comercial y la Gestión de Conflictos. Vid. N. ALEXANDER, «What's law got to do with it?...», *loc. cit.*, pág. 14.

²⁸³ Reflejo de dicha preocupación fue el informe *Meer Wegen naar het Rect. Beleidsbrief ADR 2000-2002* presentado por el Ministerio de Justicia ante el Parlamento holandés, vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 285.

(Mediación como asistencia legal)²⁸⁴. Los resultados de ambos programas fueron muy positivos. Sobre esta base, el Ministerio de Justicia realizó una declaración acerca del uso y fomento de la mediación dentro de la Administración de Justicia -*Mediation en het Rechtsbestel*- de 19 de abril de 2004. Como consecuencia de este documento y bajo el citado programa gubernamental *Mediation naast rechtspraak*, a partir del 1 de abril de 2005, comenzó a implantarse la mediación en muchos de los tribunales holandeses, ya no de forma experimental, sino con vocación de permanencia. Todo ello, permitió el incremento e institucionalización de la mediación intrajudicial en Holanda²⁸⁵.

97. Sin perjuicio de las citadas manifestaciones, una vez publicada la *Recomendación n° 10/2002*, tanto Austria como Bélgica aprobaron leyes de mediación en el ámbito civil y comercial. Normas que simbolizaban la fase iniciada por la citada Recomendación, esto es, la regulación completa de la mediación como vía de resolución de conflictos propios del ámbito privado. Así, Austria adoptó la *Bundesgesetz über mediation in zivilrechtssachen* (Ley federal sobre mediación en asuntos civiles) en el año 2003²⁸⁶. Esta Ley contiene una regulación completa sobre la mediación como vía de resolución de conflictos en los que son competentes los tribunales del orden civil, de ahí que derogue la normativa anterior sobre esta figura. Los puntos más importantes contenidos en la citada Ley son: a) la creación de un Consejo para la mediación; b) la suspensión del proceso judicial; c) la obligación de los jueces de invitar a las partes a

²⁸⁴ Ambas iniciativas no hubieran podido llevarse a cabo sin la asistencia del NMI, debido a que para realizar la mediación, los jueces remitían a los mediadores de dicho instituto, los cuales se guiaban por las *NMI Rules*. Vid. J. DE ROO, R.W. JAGTENBERG, «The dutch landscape...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 286 y 287.

²⁸⁵ *Idid.*, pág. 288; M. SCHOLTEN, «La situation actuelle de la mediation judiciaire aux Pays-Bas», *Petites affiches*, 9 decembre 2005, n° 245, págs. 15 y 16; L. SCHMIEDEL, «Mediation in den Niederlanden...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 336 y 337; L. SCHMIEDEL, «Mediation in the Netherlands...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 708 y 709. Para conocer en profundidad el desarrollo, los resultados y las conclusiones obtenidas de ambos proyectos, vid. B. NIEMEIJER, M. PEL, «Court-based mediation in The Netherlands: research, evaluation and future expectations», *Penn St. L. Rev.*, n° 110, 2005-2006, págs. 345 a 379; L. SCHMIEDEL, «Mediation in den Niederlanden...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 384 a 395.

²⁸⁶ Vid. *Bundesgesetz ubre mediation in zivilrechtssachen*, BGBl I 2003/29. Meses después de adoptarse esta ley, se aprobó otra norma que modificaba el Código civil, la *Zivilrechts-Änderungsgesetz*, vid. BGBl I 91/2003, y que también incluía la utilización de la mediación para resolver, esta vez, conflictos vecinales, vid. C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 69.

participar en una mediación y; d) los requisitos para la acreditación de mediador, así como sus derechos y obligaciones²⁸⁷.

Dos años más tarde, Bélgica aprobó su propia Ley de mediación²⁸⁸. Ésta logró una regulación omnicomprendiva, de tal manera que no sólo modificó el ordenamiento procesal, sino que incluso derogó la Ley de mediación familiar que había sido aprobada cuatro años antes²⁸⁹. Los extremos más importantes de la Ley son: a) la declaración de los conflictos que pueden ser objeto de mediación; b) la determinación del alcance de las cláusulas de mediación; c) la regulación del deber de confidencialidad; d) el procedimiento para convertir en título ejecutivo a los acuerdos finales de mediación; e) la diferenciación entre mediación voluntaria, aquella comenzada libremente por las partes antes de acudir a los tribunales, y mediación intrajudicial, aquella sugerida por un órgano jurisdiccional durante el desarrollo del proceso judicial y; f) la creación de la *Comission fédérale de médiation*, un órgano encargado de todas las cuestiones en torno a la acreditación de los mediadores, y a su código de conducta²⁹⁰.

98. A la luz de lo expuesto en estas páginas, se puede concluir que los Estados europeos se encuentran, actualmente, ante la edad adulta de la mediación. Durante la década de los 80 y hasta mediados de los 90, se produjo su nacimiento e infancia, esto es, las primeras experiencias y prácticas, esencialmente, en el ámbito familiar y penal. A continuación, desde finales de los 90 hasta mediados de la pasada década, comenzó una

²⁸⁷ Este último extremo debe completarse con el estatuto que regula los requisitos formativos y profesionales de aquellos que quieran acreditarse como mediadores por el Ministerio de Justicia, *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung*, vid. BGBl II 47/2004. Vid. C. MATTL, A. PROKOP-ZISCHKA, S. FERZ, «Mediation in...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 79 a 81. Para tener una visión completa sobre la Ley austriaca de mediación en asuntos civiles, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 4 a 27; M. MARTÍN CASALS, «Divorce Mediation...», *loc. cit.*, págs. 21 a 23; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Österreich...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 108 a 154 y 157 a 179; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Austria...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 247 a 293.

²⁸⁸ *Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation*, vid. Belgian Official Journal, du 22 mars 2005.

²⁸⁹ Vid. *supra*, nota nº 250.

²⁹⁰ Para profundizar sobre el contenido de esta Ley, así como de la situación general concerniente a la regulación de la mediación en Bélgica. Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 281 a 286; M. MARTÍN CASALS, «Divorce Mediation...», *loc. cit.*, págs. 23 y 24; M. TRAEST, «Belgium», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 45 a 68; H. VERBIST, «The belgian law on mediation», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON, *ADR in business: practice and issues across countries and cultures*, The Netherlands, 2006, págs. 249 a 262; I. VEROUGSTRAETE, «Conclusions du groupe de travail belge sur la médiation en matière civile et commerciale», *Petites affiches*, 9 decembre 2005, nº 245, págs. 7 y 8.

segunda fase, caracterizada por la regulación de la mediación eminentemente en el ámbito familiar, y mediante la modificación de las leyes de procedimiento civil²⁹¹. Y finalmente, la última etapa, constituida por la aprobación de normas que regulan de forma completa la figura de la mediación²⁹².

99. Dentro de este tercer período, en tanto que caracterizado por el tratamiento omnicompreensivo de la mediación, comienza a incluirse una nueva dimensión, aquella que consiste en la regulación de dicho ADR, también como método para resolver conflictos transfronterizos. Este nuevo campo, que aparece en la última etapa del desarrollo de la mediación en Europa, también surgió años antes en EE.UU, pues la mediación como mecanismo para la resolución de disputas transfronterizas constituye, precisamente, la última fase de la evolución del «movimiento ADR». Una fase cuyo progreso, al igual que en el resto de ocasiones, se ha producido gracias a la iniciativa de diferentes instituciones, asociaciones y organizaciones internacionales²⁹³. De hecho, en los últimos años, la obligatoria transposición de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*²⁹⁴, no sólo ha ocasionado la regulación de la mediación en su vertiente transfronteriza, sino que además ha provocado la adopción de Leyes que regulan la misma desde una perspectiva también interna, materializando

²⁹¹ Además, en esta fase, los Estados europeos también empezaron a desarrollar la mediación en otros muchos ámbitos, como el escolar, el intercultural, el sanitario, el comunitario y el organizacional.

²⁹² Esta fase tampoco ha finalizado en lo que a su dimensión interna se refiere. Todavía quedan muchos aspectos de la mediación que necesitan de cierta ordenación. En este sentido, algunos de los extremos que, de forma general, siguen considerándose pendientes son: a) elaborar mecanismos que logren anular, o al menos, minimizar los desequilibrios económicos entre las partes, en tanto que ello afecta a la participación en procesos de mediación; b) establecer un modelo de control de la calidad de los mediadores y servicios de mediación; c) uniformar los criterios de formación de los mediadores, ya no sólo dentro de los Estados, sino también desde una perspectiva europea; d) mejorar la forma y la calidad de la información que se da a los ciudadanos sobre esta figura, y que aquélla se dé con tiempo suficiente, para que los particulares tomen una decisión informada al respecto; e) perfilar el contenido del deber de confidencialidad; f) concretar los procedimientos para lograr que los acuerdos de mediación tengan fuerza ejecutiva y; g) elaborar garantías específicas y adicionales en el proceso de mediación penal. Todos estos extremos han sido extraídos de la evaluación realizada por el Consejo de Europa a los Estados, como consecuencia de la aplicación de sus Recomendaciones sobre mediación, *vid.* «Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation», *European Comisión for the Efficiency of Justice*, CEPEJ (2007) 12, Strasbourg, 3 May 2007, págs. 63 a 68, 115 a 119, 158 a 163 y 204 a 206.

²⁹³ En este sentido, *vid.* S.K. HUBER, E.W. TRACHTE-HUBER, «International ADR in the 1990's: The top ten developments», *Hous. Bus. & Tax L. J.*, vol. 1, 2001, págs. 219 a 221.

²⁹⁴ *Vid.* DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008.

de una sola vez, ésta última etapa²⁹⁵. Paradigma de esta afirmación es la propia Ley española, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante LM²⁹⁶.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA RESOLVER CONFLICTOS CON REPERCUSIÓN TRANSFRONTERIZA.

100. La utilización de la mediación como método para la resolución de disputas transfronterizas fue impulsado, en primer lugar, por aquellas organizaciones internacionales e instituciones dedicadas a la solución de conflictos en el comercio

²⁹⁵ Por otro lado, los países que ya habían aprobado Leyes de mediación en el ámbito civil con anterioridad a la adopción de la Directiva, también han aprobado normas reguladoras de la mediación transfronteriza para cumplir la obligada transposición. En este sentido, Austria aprobó en 2011 la *EU-Mediationsgesetz*, vid. BGBl I 2011/21. Para profundizar en el contenido de esta Ley, vid. U. FRAUENBERGER-PFEILER, «Austria», *loc. cit., op. cit.*, págs. 6 a 27; M. ROTH, D. GHERDANE, «Mediation in Austria...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 293. Asimismo, el Reino Unido adoptó en el mismo año las *Cross-Border mediation (EU Directive) Regulations*, vid. SI 2011 N° 1133. Sobre las mismas, vid. E.B. CRAWFORD, J.M. CARRUTHERS, «United Kingdom», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 521 a 528.

En cambio otros países en la misma situación como Bélgica, no han visto necesario dicha adaptación posterior de su ordenamiento jurídico a la Directiva, al entender, que con la regulación existente se cumplen ya de forma mayoritaria los mandatos de la norma de la UE. En este sentido, vid. M. TRAEST, «Belgium», *loc. cit., op. cit.*, págs. 53 y 54.

²⁹⁶ Otros ejemplos se encuentran en los ordenamientos jurídicos de Italia, Francia y Alemania. En el primer país, el *Decreto legislativo, 4 marzo 2010, n° 28 Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, vid. Gazzetta Ufficiale n° 53, 5 marzo 2010; y el *Decreto Legislativo, 18 ottobre 2010, n° 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n° 28*, vid. Gazzetta Ufficiale n° 258, 4 novembre 2010, vid. G. DE PALO, L. KELLER, «Mediation in Italy: Alternative dispute resolution for all», en K.J. HOPT, F. STEFFEK, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pág. 693; I. QUEIROLO, L. CARPANETO, S. DOMINELLI, «Italy», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 251 a 282.

Asimismo, la *Ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 May 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, vid. Journal Officiel du 11 novembre 2011, transpone la Directiva al ordenamiento jurídico francés, extendiendo su ámbito de aplicación también a la mediación interna. En cualquier caso, la situación legislativa actual de la mediación en Francia se caracteriza por su dispersión normativa. En este sentido, vid. K. DECKERT, «Mediation in France...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 458; E. GUINCHARD, M. BOUCARON-NARDETTO, «France», en C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial...*, *op. cit.*, págs. 131 a 157.

Por último, la Ley alemana también realiza igual extensión en la *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeibegung (MediationsG)*, vid. BGBl I.S. 1577, vid. I. BACH, U.P. GRUBER, «Germany», *loc. cit., op. cit.*, págs. 162 a 189; P. TOCHTERMANN, «Mediation in Germany...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 571 a 573.

internacional, esto es, expertas en el arbitraje comercial internacional. Por tanto, las primeras experiencias de la mediación se desarrollaron en un ámbito estrictamente privado²⁹⁷.

Posteriormente, la mediación, también en esta dimensión transfronteriza, sufrió un período de expansión. En concreto, se ha ido extendiendo no sólo a otros ámbitos, como el familiar internacional, especialmente, en relación a la sustracción internacional de menores, sino que, a su vez, se ha ido institucionalizando y reflejando tanto en diversos instrumentos internacionales como en las propias Leyes de los distintos países.

1. La labor desempeñada por la CNUDMI.

101. Desde un principio, la CNUDMI, *-Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-*, focalizó su atención en el arbitraje comercial internacional. Incluso antes de la creación de dicho órgano en 1966, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) elaboró el exitoso *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*²⁹⁸. A lo largo de sus años de vida, la CNUDMI ha prestado una mayor atención al arbitraje, por ser el procedimiento de resolución de conflictos comerciales internacionales más importante, sin embargo, ello no desmerece la relevante labor que ha llevado a cabo en relación con la conciliación²⁹⁹.

²⁹⁷ En la actualidad, estas instituciones siguen teniendo una importancia fundamental en el ámbito de la resolución de conflictos comerciales internacionales. En este sentido, *vid.* N. ALEXANDER, «Four mediation stories from across the globe», *RebelsZ*, vol. 47, 2010, págs. 753 a 757; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation in international business*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006, págs. 224 a 228; A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006, págs. 267 a 292; M. McILWRATH, J. SAVAGE, *International arbitration and mediation. A practical guide*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2010, págs 88 a 91; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho internacional privado», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, *op. cit.*, pág. 657

²⁹⁸ El *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*, *vid.* BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

El objetivo principal de esta Comisión es la armonización y unificación del Derecho comercial internacional. En su primera sesión, en 1968, se decidió dar prioridad a tres líneas de trabajo, una de ellas, la del arbitraje comercial internacional. *Vid.* I.I. DORE, «Peaceful settlement of international trade disputes: Analysis of the scope of application of the UNCITRAL Conciliation Rules», *Colum. J. Transnat'l. J.*, vol. 21, 1982-1983, pág. 339; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation under the UNCITRAL Rules: A textual analysis*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, pág. 8.

²⁹⁹ En 1978 la conciliación comercial internacional se decidió incluir como área de trabajo de la Comisión. Si bien, la misma se entendió subsumida dentro de la línea del arbitraje comercial

En este sentido, los instrumentos protagonistas en ambas materias son los siguientes: a) en 1976, el primer *Reglamento de Arbitraje*, -reformado en 2010-³⁰⁰; b) en 1980, el *Reglamento de Conciliación*, en adelante el Reglamento de Conciliación³⁰¹; c) en 1985, la primera *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, -reformada en 2006-³⁰² y; d) casi dos décadas después, en 2002, la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional*, en adelante Ley Modelo (LMCCI)³⁰³.

102. Con todo ello, los dos siguientes apartados se centrarán en la influencia que ambos instrumentos sobre conciliación han tenido en la utilización y desarrollo de la mediación como método de resolución de conflictos comerciales internacionales³⁰⁴.

A) El *Reglamento de Conciliación de la CNUDMI* de 1980 y los reglamentos de las instituciones dedicadas a la resolución de conflictos comerciales internacionales.

103. El Reglamento de Conciliación fue aprobado por la CNUDMI el 23 de julio de 1980, y adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 4 de diciembre del mismo año³⁰⁵. Está compuesto por 20 artículos y una cláusula modelo. En dichas disposiciones se reflejan muchos de los aspectos más característicos, así como diferenciadores de la mediación respecto del arbitraje: a) su voluntariedad; b) su carácter no adversarial sino de cooperación entre las partes y de ellas con el tercero; c) el papel del mediador como mero asesor; d) el carácter contractual del acuerdo final y;

internacional, considerada como principal. Vid. I.I. DORE, «Peaceful settlement...», *loc. cit.*, págs. 339 y 340; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, *op. cit.*, pág. 8.

Aunque la CNUDMI emplee siempre el término «conciliación», en el ámbito internacional, dicho vocablo es sinónimo de mediación, y así se utilizará en este apartado. Para saber más sobre ambos conceptos, *vid. infra*, págs. 182 a 184.

³⁰⁰ Vid. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

³⁰¹ Vid. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-s.pdf>

³⁰² Vid. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

³⁰³ Vid. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/.../ml.../03-90956_Ebook.pdf

³⁰⁴ Asimismo, en la actualidad, existe un proyecto de Reglamento de la CNUDMI sobre ODR «online dispute resolution» en las relaciones B2B y B2C, *vid.* <http://daccess-dds-n.y.un.org/doc/UNDOC/LTD/V12/512/21/PDF/V1251221.pdf?OpenElement>

³⁰⁵ Vid. Resolución 35/52 de 4 de diciembre de 1980.

e) el principio de la confidencialidad respecto del arbitraje o de un proceso judicial posterior³⁰⁶.

104. El Reglamento de Conciliación, a diferencia de la Ley Modelo posterior, fue aprobado para ser utilizado directamente por aquellos que tuvieran una controversia, -no establece ninguna restricción *ratione materiae* o *personae*-, no para servir de referente y plantilla a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados³⁰⁷.

A pesar de tal objetivo, su importancia no proviene de su uso directo por aquellas partes que decidan solucionar sus disputas a través de conciliación, sino de la influencia que ha tenido sobre los reglamentos de otras asociaciones e instituciones³⁰⁸. Porque son éstas las sedes donde, en la mayoría de las ocasiones, se lleva a cabo una mediación y/o un arbitraje dentro del comercio internacional³⁰⁹.

³⁰⁶ Para estudiar en profundidad el articulado del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, *vid.* I.I. DORE, «Peaceful settlement...», *loc. cit.*, págs. 342 a 352; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, *op. cit.*, págs. 13 a 40; H.M. HOLTZMANN, «Dispute resolution in Europe under the UNCITRAL Conciliation Rules», en D. BARDONNET (ed.), *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d'avenir*, Dordrecht, Boston, London, 1991, págs. 300 a 303; L.C. REIF, «The use of conciliation or mediation for the resolution of international commercial disputes», *Can. Bus. L. J.*, vol. 45, 2007, págs. 31 a 34; L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 14, 1990-1991, págs. 615 a 619.

³⁰⁷ *Vid.* J. BARKER, «International mediation –A better alternative for the resolution of commercial disputes: Guidelines for an U.S. negotiator involved in an international commercial mediation with Mexicans», *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, vol. 19, 1996, pág. 15; L.C. REIF, «The use of...», *loc. cit.*, pág. 32; L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism...», *loc. cit.*, pág. 616; W.K. SLATE II, S.H. LIEBERMAN, J.R. WEINER, M. MICANOVIC, «UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law): Its workings in international arbitration and a new model conciliation law», *Cardozo J. Conflict Resol.*, vol. 6, 2004, pág. 93.

Aunque fue diseñado para resolver conflictos comerciales entre particulares, también se ha reconocido su validez para resolver disputas entre Estados, o entre Estados y nacionales de otros países, *vid.* H.M. HOLTZMANN, «Dispute resolution...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 299 y 300.

En este sentido, aunque el Reglamento y la Ley Modelo operan independientemente, ambos pueden interactuar, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 340; J-M. JACQUET, «La Loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale», *Rev. Arb.*, n° 1, 2004, pág. 64. De hecho, algunas legislaciones de los años 90, se vieron influenciadas por este Reglamento, o incluso adoptaron su texto, como Nigeria, Bermudas, India, Costa Rica, Nueva Zelanda, Kenia, Zimbabue y algunos de los estados de EE.UU., como California, Oregon y Texas. *Vid.* J-M. JACQUET, «La Loi-type de la...», *loc. cit.*, pág. 64; P. SANDERS, *The world of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague, 2001, págs. 70 a 78.

³⁰⁸ *Vid.* G. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, «Contractual dispute resolution in international trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)», *Melb. J. Int'l L.*, vol. 3, 2002, pág. 198; H. HOLTZMANN, «Recent work on dispute resolution by the United Nations Commission on International Trade Law», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, Spring 1999, pág. 426; W.K. SLATE II, S.H. LIEBERMAN, J.R. WEINER, M. MICANOVIC, «UNCITRAL...», *loc. cit.*, pág. 94.

³⁰⁹ Respecto del mayor protagonismo de la mediación institucional en comparación con la mediación *ad hoc*, *vid. infra*, pág. 193.

105. Dicha influencia se ha materializado principalmente porque desde su aprobación, otras muchas organizaciones de resolución de conflictos han adoptado sus propias normas sobre mediación inspiradas en el citado Reglamento, especialmente, en aspectos tan importantes como el de la confidencialidad³¹⁰. Por ejemplo, las normas de conciliación de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA)³¹¹; las NMI *Mediation Rules*³¹²; aquellas pertenecientes al *Indian Council of Arbitration* (ICA)³¹³; y otras tan importantes como las *Mediation Rules* de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o³¹⁴; del *CPR Institute for Dispute Resolution*³¹⁵. Incluso otras instituciones recomiendan directamente su utilización, como el *Australian Center for International Commercial Arbitration* (ACICA)³¹⁶.

106. Por otra parte, también se produjeron modificaciones sobre regulaciones que existían con anterioridad al propio Reglamento de Conciliación. Respecto de este último supuesto, el caso más relevante es el de la *Cámara de Comercio Internacional*, en adelante CCI.

Esta institución es una de las más importantes en la resolución de conflictos en el ámbito comercial internacional³¹⁷. De hecho, la CCI junto con otra organización, -el *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA)³¹⁸-, jugaron un papel fundamental en la elaboración del Reglamento³¹⁹. Y aun así, éste inspiró un cambio de perspectiva respecto de la conciliación ofertada por la citada institución, porque el

³¹⁰ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 339, 340 y 370; G. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, «Contractual dispute...», loc. cit., pág. 198; H. HOLTZMANN, «Recent work...», loc. cit., pág. 426; H.M. HOLTZMANN, «Dispute resolution...», loc. cit., op. cit., pág. 303.

³¹¹ Vid. http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1188

³¹² Vid. http://www.nmi-mediation.nl/english/nmi_rules_and_models/nmi_mediation_rules.php

³¹³ Vid. <http://www.icaindia.co.in/17-07-2012.pdf>

³¹⁴ Vid. <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/rules/>

³¹⁵ Vid. <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Clauses%20&%20Rules/Mediation%20Procedure.pdf>

³¹⁶ Vid. <http://acica.org.au/acica-services/mediation-rules>

³¹⁷ La CCI se fundó en 1919. Está situada en París. Su función principal es proporcionar servicios de resolución de conflictos en todos los ámbitos del comercio internacional. Para saber más, vid. <http://www.iccwbo.org/>

³¹⁸ Fue creada en 1969, su función principal es la del arbitraje comercial internacional. Para saber más, vid. <http://www.arbitration-icca.org/index.html>

³¹⁹ Vid. I.I. DORE, «Peaceful settlement...», loc. cit., pág. 340; I.I. DORE, *Arbitration and conciliation...*, op. cit., pág. 8.

citado Reglamento de Conciliación no proponía un «arbitraje flexible o facilitativo», sino un método de solución de conflictos distinto y completamente diferenciado de aquel³²⁰.

B) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 y las Leyes de mediación de los distintos Estados. Especial referencia a la *Uniform Mediation Act of 2001*.

107. La Ley Modelo también se configura como elemento protagonista dentro de la evolución que ha sufrido la mediación comercial internacional³²¹. Muchas leyes de mediación de distintos Estados se han basado en este instrumento. En la actualidad, han seguido esta pauta: Albania, Canadá, Croacia, Eslovenia, EE.UU, Honduras, Hungría, Ex República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Nicaragua³²².

Por su parte, España, aunque en la Exposición de Motivos de su Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles declara la observancia de la Ley Modelo, lo cierto es que tal afirmación es más bien formal. En este sentido, la misma se basa, de forma prácticamente exclusiva, en la propia Directiva 2008/52/CE que transpone, y en las Leyes autonómicas previamente aprobadas. Sin embargo, ninguno de sus artículos

³²⁰ Vid. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, «Contractual dispute...», *loc. cit.*, págs. 198 y 199. Las primeras Reglas sobre Conciliación de la CCI fueron aprobadas en 1922. Posteriormente, fueron reformadas en 1927, 1933, 1947, 1955, 1975 y 1988, hasta que no satisfaciendo las necesidades del comercio internacional, se comenzó a trabajar en el actual Reglamento ADR. En este sentido, se debe advertir que antes de la Segunda Guerra Mundial, la conciliación de la CCI era más importante que el arbitraje, si bien, con el paso de los años éste fue adquiriendo mayor relevancia en detrimento de la primera, *vid.* L.C. REIF, «The use of...», *loc. cit.*, pág. 34; L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism...», *loc. cit.*, págs. 614 y 615; H. TUMPEL, C. SUDBOROUGH, «ICC's ADR rules 2001-2010: Current practices, case examples and lessons learned», en A.INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures*, vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, pág. 255; M.E. UZAL, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, 1992, págs. 43 y 44.

³²¹ En cuanto al proceso de elaboración de la Ley Modelo, *vid.* R.N. DOBBINS, «UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: From a topic of possible discussion to the approval by the General Assembly», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, vol. 3, 2003, págs. 529 a 538.

³²² Los países enumerados son los recogidos en la página web oficial de la CNUDMI, *Vid.* http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html. Sin embargo, ello no significa que el grado de incorporación de la Ley Modelo a los respectivos ordenamientos jurídicos sea el mismo. Los Estados de Canadá, Croacia y EE.UU sí han seguido de forma más estricta el articulado de la Ley Modelo. Sin embargo, países como Nicaragua, e incluso otros que no aparecen en la citada página web, como Ecuador, Noruega, Rumanía, Serbia, Eslovaquia o Turquía, han aprobado leyes cuyo contenido no goza de gran semejanza con la propia Ley Modelo, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 343 y 372.

parece basarse en la propia Ley Modelo, más allá de las características definidoras de la mediación, comunes en cualquier norma sobre la materia³²³.

108. De todos los países enumerados con anterioridad, EE.UU es el más importante e influyente en esta materia, por ser origen de la mediación moderna y del «movimiento ADR», sin olvidar la relevancia de la norma donde la Ley Modelo se encuentra inserta, la *Uniform Mediation Act* (UMA)³²⁴.

La relación entre la UMA y la Ley Modelo va más allá de la inserción de la segunda dentro de la primera. Ambas se elaboraron prácticamente en paralelo, -la primera fue aprobada en 2001, la segunda en 2002-, de modo que la UMA, además del propio Reglamento de Conciliación, tuvo una importante influencia en la propia Ley Modelo³²⁵. Ello no significa que sean iguales, tienen diferencias, las cuales se deben a la propia naturaleza y finalidad armonizadora de la Ley Modelo. Con todo ello, la Sección 11ª de la UMA insertó la Ley Modelo por referencia sólo un año después de su adopción, en agosto del año 2003³²⁶.

109. En cualquier caso, la Sección 11ª no sólo se encarga de incorporar por referencia a la Ley Modelo, sino que regula la relación entre ambas normas. En este sentido, y de forma general, la mediación comercial internacional estará regulada por la Ley Modelo, salvo dos excepciones: a) cuando las propias partes acuerden su no

³²³ El propio contenido de la Ley Modelo se analizará en las Capítulos III, IV, V y VI a medida que se estudia la mediación, principalmente, a la luz de la Ley 5/2012 y de la Directiva 2008/52/CE. En todo caso, España no es el único país que ha seguido el mismo patrón, también lo han hecho otros Estados como Bulgaria o Hungría, *vid. N. ALEXANDER, International and comparative..., op. cit.*, págs. 343 y 373.

³²⁴ Otro país importante es Canadá, en cuanto a la Ley que ha incorporado la Ley Modelo, *vid. M. DOSTIE, P. NOONAN, «Uniform [International] Commercial Mediation Act», Uniform Law Conference of Canada: Proceedings of the eighty-seventh annual meeting, August 2005*, págs. 448 a 456; L.C. REIF, «The use of...», *loc. cit.*, págs. 43 a 45. En cuanto a las incorporaciones de Canadá, Croacia, Hungría, Nicaragua y Eslovenia, *vid. P. BINDER, International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 3ª ed., London, 2010, págs. 458 y 459.

³²⁵ Dicha conexión se materializó en M.B. Getty, Jefe de la Comisión para la redacción de la UMA de la NCCUSL, y a su vez, el asesor estadounidense en la elaboración de la Ley Modelo. *Vid. N. ALEXANDER, International and comparative..., op. cit.*, pág. 371; E.E. DEASON, «Procedural rules for complementary systems of litigation and mediation -worldwide», *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, nº 2, 2004-2005, págs. 572 y 573; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Law: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 9, 2003, pág. 19; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Rule: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 2003, nº 1, 2003, pág. 194.

³²⁶ *Vid. N. ALEXANDER, International and comparative..., op. cit.*, pág. 372; E.E. DEASON, «Procedural rules...», *loc. cit.*, págs. 573 a 575; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL...», *loc. cit.*, págs. 19 y 20; J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Rule...», *loc. cit.*, pág. 194.

aplicación y; b) a menos que las partes acuerden la aplicación de la Ley Modelo, las disposiciones relativas al deber de confidencialidad respecto del proceso judicial o arbitraje posterior, *-mediation privilege-*, de la UMA serán de aplicación también para la mediación comercial internacional, porque otorgan una mayor protección³²⁷.

2. El importante papel desarrollado por la Unión Europea.

110. Desde principios de los años 90 la UE también comenzó a interesarse por los ADR en general, y por la mediación en particular. Tras años de trabajo y elaboración de diversos documentos, se adoptó 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*. Una norma muy importante, porque su obligada transposición ha permitido que todos los Estados miembros deban recoger necesariamente en sus ordenamientos jurídicos la mediación civil y mercantil con repercusión transfronteriza.

A) Antecedentes de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

111. La Directiva se encuadra dentro del denominado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros. El llamado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* está formado por numerosas políticas, siendo la cooperación judicial en materia civil la línea concreta donde se subsumen los métodos alternativos de resolución de litigios³²⁸.

La cooperación judicial en materia civil se centra en el ámbito de la *Justicia*, es decir, en lograr un Espacio Judicial Europeo. Pero para ello, no sólo se deben armonizar los diferentes sistemas judiciales de los Estados miembros, sino también aquellos instrumentos extrajudiciales de solución de conflictos, en tanto que se configuran como complementarios al proceso judicial. Sólo así se mejora la calidad del derecho de acceso

³²⁷ Vid. *Uniform Mediation Act with Prefatory...*, *op. cit.*, págs. 44 a 47; E.E. DEASON, «Procedural rules...», *loc. cit.*, págs. 575 y 576.

³²⁸ Vid. Art. 81.2.g) Tratado Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado de Lisboa). Antes de la entrada en vigor de este Tratado, tal y como establece la propia Directiva, art. 61. c) del TCE.

a la justicia de todos los Estados miembros³²⁹. Para lograr este objetivo, la UE ha aprobado la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A través de ella, se ha encargado de uniformar determinados principios básicos de funcionamiento de la mediación, para que ésta sea entendida de forma similar por todos los Estados miembros, y para que los acuerdos de mediación logrados puedan ser reconocidos y ejecutados en todo el territorio de la UE. En otras palabras, si se crea un marco jurídico homogéneo para todos los Estados miembros, se puede lograr la deseada seguridad jurídica, necesaria para que la mediación transfronteriza sea exitosa.

112. Sin embargo, el proceso para la aprobación de la mencionada Directiva 2008/52/CE ha sido un camino largo y complicado³³⁰. En este sentido, el primer

³²⁹ Se debe tener en cuenta que el denominado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* es sinónimo de desaparición de las fronteras interiores de los Estados miembros, y por tanto, de libertad de circulación de los ciudadanos de la UE. Esa libertad, unida al fenómeno de la globalización y del desarrollo de las nuevas tecnologías, hace que las personas se muevan con mayor frecuencia por todo el territorio de la UE y también se relacionen más con los residentes y nacionales de otros Estados miembros. De dichas relaciones surgen conflictos, y de igual manera que la UE garantiza la libre circulación de las resoluciones judiciales, debe también garantizar la libre circulación de los acuerdos de mediación alcanzados.

³³⁰ En cuanto a los antecedentes de la Directiva 2008/52/CE de forma general, *vid.* J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, nº 88, 2009, págs. 134 a 142; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 68 a 70; E. BIRCH, «The historical background to the EU Directive on Mediation», *Arbitration*, vol. 72, nº 1, February 2006, págs. 57 a 61. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34; A. BREA PALLARES, «La mediación en Europa», en E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa a la jurisdicción», en A. DE LA OLIVA (dir.), *Derecho procesal civil europeo vol. II*, Cizur Menor, 2011, págs. 28 a 30; R. GIL NIEVAS, «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», *AJ Aranzadi*, núm. 768/2008, pág. 1; R. GIL NIEVAS, «La directiva de mediación en la comunidad europea», en M. GONZALO QUIROGA (dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2006, págs. 36 a 38; F. MARTIN DIZ, «Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos», en M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006, págs. 77 a 79; G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)», *RCEA*, 2009, págs. 90 a 93; J.C. ORTIZ, «La nueva Directiva europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo», *RGDP*, nº 15, mayo 2008, págs. 1 a 4; J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, págs. 61 y 62; J.P. ORTUÑO MUÑOZ, «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I). El libro verde de la UE», *Iuris*, nº 77, 2003, págs. 42 a 47; J.I. PAREDES PÉREZ, «La mediación en el consumo transfronterizo», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, págs. 292 a 294; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional y Unión Europea: Últimos avances», en M.D. FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT,

documento en el seno de la UE que se refirió a la mediación, fruto de la Cumbre de Viena de diciembre de 1998, fue el *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia*, adoptado el 3 de diciembre de 1998³³¹. Este documento simplemente se limitaba a animar la utilización de la mediación como método extrajudicial de resolución de disputas³³². Apenas un año más tarde, en octubre de 1999, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se vuelve a plasmar la posibilidad de comenzar a utilizar métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, como una vía para mejorar el acceso a la justicia dentro de la UE³³³. Y ya en mayo del año 2000 el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, mediante una serie de conclusiones en torno a estos mecanismos de solución de disputas, provoca la intervención de la Comisión, a través de un Libro Verde sobre los ADR en el ámbito civil y mercantil.

113. Así las cosas, el 19 de abril de 2002, el mismo año que se aprueba la Ley Modelo de la CNUDMI, se publica también El *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil*³³⁴. La importancia de este documento se debe a que señala realmente el comienzo de la política comunitaria de fomento de los ADR en los citados ámbitos, especialmente en lo que se refiere a la mediación. Es en el *Libro Verde* donde ya se habla del papel complementario, y no excluyente, de los ADR en relación con los procesos judiciales,

M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, págs. 224 y 225.

³³¹ *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia*, Apartado 3.1, vid. DOCE C 19, de 23 de enero de 1999. Este Plan de Acción del Consejo y de la Comisión en orden a desarrollar los preceptos relativos al *Espacio de libertad, seguridad y justicia* del Tratado de Ámsterdam, nace como consecuencia del apartado 83 de las Conclusiones del Consejo de Viena de diciembre de 1998, que así lo preveía.

³³² En concreto, el apartado 41, párrafo b) de dicho Plan disponía: «estudiar la posibilidad de elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales. A este respecto, sería conveniente pensar en la mediación como un medio de resolver los conflictos familiares».

³³³ *Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre*, Apartado B, *Un Auténtico Espacio Europeo de Justicia*, subapartado V, *Mejor acceso a la justicia*, vid. Bol. UE., nº 10, 1999.

³³⁴ *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, de 19 de abril de 2002, vid. COM (2002) 196 final.

convirtiéndose en un instrumento para mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, reduciendo costes y tiempo a la hora de resolver controversias.

114. Los resultados de la consulta abierta por el citado *Libro Verde* se materializaron en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004*³³⁵, que tras un arduo período de debate, donde se dejaron por el camino algunas pretensiones iniciales, desembocó, cuatro años después, en la citada *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*.

B) Los trabajos elaborados por la Unión Europea sobre mediación en materia de consumo y mediación familiar.

115. Aunque la Directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación la materia de consumo y de familia, lo cierto es que lo hace con ciertas limitaciones³³⁶. Sin duda, son dos ámbitos diferenciados, el primero, por la posición más débil del consumidor, el segundo, porque el Derecho de familia es una rama del ordenamiento jurídico sensible a la hora de ser armonizada, donde cada Estado refleja sus propias peculiaridades.

Por ello, aunque son áreas en principio incluidas dentro de la Directiva, también han sido objeto de distintos trabajos y documentos de la UE en relación con los ADR, y en especial, con la mediación.

³³⁵ Vid. COM (2004) 718 final. Para un estudio profundo de la Propuesta, vid. M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, nº 7, 2004, págs. 243 a 304; H. EIDENMÜLLER, «Establishing a legal framework for mediation in Europe: The proposal for an EC Mediation Directive», *SchiedsVZ*, 2005, nº 3, págs. 124 a 129; E. NAVARRO CONTRERAS, «El proyecto de directiva de mediación y la mediación comercial internacional», en M. GONZALO QUIROGA (dir.) *Métodos alternativos...*, *op. cit.*, págs. 59 a 68; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 225 a 235. Asimismo, en el 2004, se adopta en el seno de una reunión de expertos celebrada en Bruselas, el Código de conducta europeo de los mediadores.

³³⁶ Para profundizar sobre el ámbito de aplicación material de la Directiva, vid. *infra*, págs. 194 a 198.

a) *La mediación en materia de consumo.*

116. Años antes de celebrarse la Cumbre de Viena de 1998, concretamente en 1993, y con el objetivo de mejorar el acceso del consumidor a la justicia, la UE ya comenzó a impulsar la utilización de los ADR en los conflictos de consumo³³⁷. La manifestación más importante de este temprano enfoque fue el *Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*³³⁸.

117. Tras esta primera manifestación, la Comisión aprobó dos importantes Recomendaciones que fijaron los principios rectores en procedimientos extrajudiciales para la solución de litigios en materia de consumo. En primer lugar, la *Recomendación 98/527/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo*³³⁹; y en segundo lugar, la *Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo*³⁴⁰. En la primera, relativa a aquellos procedimientos de solución de controversias donde existe una mayor intervención del tercero a través de la emisión de un dictamen formal, se recogían unos requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de las ADR, con exclusión de la

³³⁷ Vid. En cuanto a los antecedentes de la mediación en materia de consumo en el seno de la UE, vid. *Libro Verde...*, op. cit., págs. 18 a 23; J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca...», loc. cit., págs. 134 a 142; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pág. 68; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas...*, op. cit., págs. 30 a 35; A. BREA PALLARES, «La mediación...», loc. cit., op. cit., pág. 34; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo: un primer apunte a la propuesta legislativa», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., págs. 735 a 744; F. MARTÍN DÍZ, «Políticas de la Unión...», loc. cit., págs. 79 a 83; G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE...», loc. cit., págs. 90 a 93; J.C. ORTIZ, «La nueva Directiva...», loc. cit., págs. 1 a 4; J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación...», loc. cit., op. cit., págs. 58 y 59; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», loc. cit., op. cit., pág. 659; J.I. PAREDES PÉREZ, «La mediación en el consumo...», loc. cit., op. cit., págs. 295 a 302.

³³⁸ Vid. COM (93) 576 final. En años sucesivos, les siguieron otras Comunicaciones de la Comisión, como la *Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior*, vid. COM (96) 13 final; la *Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo*, vid. COM (98) 198 final y; la *Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios*, vid. COM (2001) 161 final.

³³⁹ Vid. DOCE L 115, de 17 de abril de 1998.

³⁴⁰ Vid. DOCE L 109, de 19 de abril de 2001.

mediación. Y en la segunda, se trataban los procedimientos que buscan un acercamiento entre las partes con la finalidad de alcanzar soluciones de mutuo consenso, sin perjuicio de que el tercero pueda proponer, de manera informal, una solución³⁴¹.

118. A su vez, en el año 2001, se fundó la denominada *EEJ-Net*, una red de puntos de contacto nacionales que sirven para informar y asistir a los consumidores que tienen conflictos transfronterizos que los enfrentan a empresas³⁴². Además, en el mismo año, se lanzó la red *FIN-NET*, complementaria de la primera, si bien se encarga de resolver disputas entre consumidores y proveedores de servicios financieros³⁴³.

119. Asimismo, la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo goza de un importante campo de actuación en su modalidad *online*, reflejo de este aspecto es la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información*³⁴⁴; la *Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores*³⁴⁵; así como la *Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*³⁴⁶. Las dos primeras se limitan a encargar a los Estados miembros que faciliten el uso de métodos alternativos de solución de conflictos. Por su parte, la tercera se refiere a la conciliación y la mediación como métodos de resolución de litigios transfronterizos relativos a las redes o servicios de comunicaciones electrónicas³⁴⁷. Asimismo, los esfuerzos financieros de la UE han dado lugar a la creación del ECODIR

³⁴¹ Vid. *Libro Verde...*, op. cit., págs. 18 y 19.

³⁴² Creada a través de la *Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo*, vid. DOCE C 155, de 6 de junio de 2000.

³⁴³ Vid. *Libro Verde...*, op. cit., págs. 19 y 20.

³⁴⁴ Vid. DOCE L 178, de 17 de junio de 2000.

³⁴⁵ Vid. DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002.

³⁴⁶ Vid. DOCE L 108, de 24 de abril de 2002.

³⁴⁷ Incluso en años anteriores, la *Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo*, vid. DOCE L 101, de 1 de abril de 1998, ya se refería a la conciliación u otros métodos de solución de litigios transfronterizos en dicho ámbito.

(*Electronic Consumer Dispute Resolution Platform*), plataforma para la solución de conflictos que incluye la negociación, la mediación y la recomendación³⁴⁸.

120. Con todo ello, debe afirmarse que desde temprano, la UE ha venido preocupándose especialmente por el uso de los ADR, y en especial, de la mediación en relación con los conflictos de consumo. Tal es así, que durante la elaboración del *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*³⁴⁹, se presentó una propuesta consistente en incluir, en materia de consumo, la posibilidad de que las partes acudieran a un ADR con anterioridad al proceso judicial pertinente. Aunque finalmente no se recogió en el texto aprobado del citado Reglamento, el Consejo y la Comisión hicieron una declaración conjunta destacando la importancia y ventajas de los ADR³⁵⁰.

121. En la actualidad, y como resultado de todos los esfuerzos realizados, existe un importante documento, la *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*³⁵¹. La cual no sólo debe ser complementada con el *Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*³⁵²; sino también, como ella misma indica, con la propia Directiva 2008/52/CE.

³⁴⁸ Vid. *Libro Verde...*, op. cit., pág. 20. En cuanto a ECODIR, vid. <http://www.ecodir.org>

³⁴⁹ Vid. DOCE L 012, de 16 de enero de 2001. Recientemente sustituido por el *Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, vid. DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012. Si bien, según su art. 10 RBI bis, el mismo solamente será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con excepción del art. 75 y el art. 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014.

³⁵⁰ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», loc. cit., pág. 107; *Libro Verde...*, op. cit., págs. 21 a 23.

³⁵¹ Vid. DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

³⁵² Vid. DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

b) La mediación familiar.

122. Como se indicó en páginas anteriores, el *Plan de Acción* derivado de la Cumbre de Viena de 1998, ya contenía una referencia a la utilización de la mediación como medio para resolver conflictos familiares. Sin embargo, a pesar de dicha indicación precisamente realizada en el mismo año que se aprobaba la *Recomendación nº 1/1998* del Consejo de Europa, han existido pocas acciones en orden a impulsar la mediación familiar en el seno de la UE.

123. Antes de la aprobación de la *Directiva 2008/52/CE*, la actuación más significativa ha sido, sin duda, su inclusión en el vigente *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*³⁵³. En concreto, la referencia que el art. 55 e) hace de la mediación, como método para resolver conflictos transfronterizos entre los titulares de la responsabilidad parental. Mecanismo que las autoridades centrales, así como otras autoridades públicas de los Estados miembros u otros organismos, deberán tener en cuenta en orden a facilitar acuerdos en dicha materia³⁵⁴.

124. Esta disposición se está refiriendo especialmente a los casos de sustracción internacional de menores, supuestos donde la mediación familiar internacional es un mecanismo particularmente útil, sobre todo, por su rapidez y su afán comunicativo y de

³⁵³ Vid. DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

³⁵⁴ Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, págs. 107 y 108; P. DIAGO DIAGO, «Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado», en A-L. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ (coords.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, pág. 268; F. MARTIN DÍZ, «Políticas de la Unión...», *loc. cit.*, pág. 82; P. ORTUÑO, «La mediación en el ámbito familiar», en I. SÁEZ HIDALGO, A. DORREGO DE CARLOS (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Valladolid, 2013, pág. 246; C. PARRA RODRÍGUEZ, «La presencia de los ADR en los conflictos internacionales de Derecho privado, una aproximación a su delimitación», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, *op. cit.*, pág. 755; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 223 y 224.

El Capítulo donde se encuadra el art. 55. e) se añadió con ocasión del Reglamento 2201/2003. El Reglamento 1347/2000 anterior, por tanto, no recogía dicha disposición, si bien, en su art. 1.2 se establecía la plena equiparación entre los procedimientos judiciales y «los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros», *vid.* G. PALAO, «La mediación familiar internacional», en J.M. LLOPIS GINER (coord.), *Estudios sobre la Ley Valenciana de mediación familiar*, Valencia, 2003, pág. 75.

colaboración. Por este motivo, la UE posee la figura del *Mediador del Parlamento Europeo para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores*, creada en 1987³⁵⁵. Esta fecha, claramente anterior a las acciones y trabajos de la UE sobre mediación, se debe a que este ADR como método para resolver disputas derivadas de la sustracción internacional de menores había sido ya desarrollado por otra importante organización internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

3. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la mediación familiar internacional.

125. Desde hace décadas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha venido incluyendo dentro de sus Convenios sobre Derecho de familia internacional el recurso a mediación. Precisamente, el primero de los instrumentos que se refirió a métodos alternativos de solución de conflictos fue el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*³⁵⁶. En este sentido, el art. 7 y el art. 10 declaran la obligación de las autoridades centrales de los Estados consistente en lograr una restitución voluntaria del menor, así como facilitar una «solución amigable».

Posteriormente, se aprobaron otros Convenios, los cuales ya hacían una referencia expresa a la mediación: a) el art. 31 del *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*³⁵⁷; b) el art. 31 del *Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000* y³⁵⁸; c) el art. 6 y el art. 34 del *Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007*³⁵⁹.

³⁵⁵ Vid. <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/000c205a13/Mediador-para-la-sustracción-de-menores.html>

³⁵⁶ Vid. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

³⁵⁷ Vid. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

³⁵⁸ Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=71

³⁵⁹ Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=131

Las disposiciones citadas aunque se refieren expresamente a la mediación, también hablan de conciliación y de «procedimientos análogos», «métodos similares» o «medios alternativos de resolución de conflictos». Todas ellas se dirigen a las autoridades centrales de los Estados y otros organismos competentes en orden a que faciliten y fomenten el uso de tales vías en orden a lograr acuerdos amistosos y cumplimientos voluntarios³⁶⁰.

126. En cualquier caso, la mediación que más se ha desarrollado ha sido la correspondiente a la sustracción internacional de menores alrededor del propio Convenio de La Haya de 1980. En este sentido, y con el fin de reforzar este instrumento más allá de una mera referencia dentro del citado Convenio, en los últimos años se han puesto en marcha interesantes iniciativas tanto privadas como de la propia Conferencia de La Haya.

Una de las iniciativas privadas más importantes es el proyecto REUNITE, desarrollado por una organización no gubernamental situada en el Reino Unido, y dirigido a aquellos casos de sustracción internacional de menores en dicho país. Si bien, también ha comenzado a trabajar sustracciones hacia Estados no miembros del Convenio, especialmente si son países islámicos³⁶¹. También en Alemania, desde el año 2002, el BAFM ha creado una red de mediadores con la finalidad de tratar sustracciones internacionales de menores de conformidad con el citado Convenio de la Haya³⁶².

Asimismo, la Conferencia de La Haya, consciente de la necesidad de mejorar la mediación en este ámbito, por su potencial y ventajas, ha intensificado sus trabajos en los últimos años. En 2006, la Oficina Permanente publicó un estudio comparativo sobre

³⁶⁰ Sobre todos los Convenios de La Haya citados y la mediación, *vid* P. DIAGO DIAGO, «Aproximación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 268 y 269; D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, Paris, 2007, págs. 80 a 83; D. NGABONZIZA, «La médiation dans le disputes familiales internationales. Le rôle futur des Conventions de la Haye», en S. DETRICK, P. VLAARDINGERBROEK, *Globalization of child law. The role of the Hague Convention*, The Hague, Boston, London, 1999, págs. 65 a 75.

³⁶¹ Sobre este proyecto, *vid* F. CALVO BABÍO, «La mediación en la sustracción internacional de menores», en M. GONZALO QUIROGA (dir.) *Métodos alternativos...*, *op. cit.*, págs. 165 a 178; P. DIAGO DIAGO, «Aproximación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 271; C.C. PAUL, S. KAESLER, «Mediation within the framework of a German-English child abduction», *ADR Bulletin*, vol. 9, nº 5, 2007, págs. 82 a 86; <http://www.reunite.org/>

³⁶² *Vid* C.C. PAUL, J. WALKER, «Family mediation in international child custody conflicts: The role of the consulting attorneys», *Am. J. Fam. L.*, vol. 22, nº 1, Spring 2008, págs. 42 a 45; C.C. PAUL, J. WALKER, «A case for mediation: Family mediation in international child custody conflicts», *World Arb. & Med. Rev.*, vol. 1, nº 4, 2007, págs. 589 a 594; <http://www.bafm-mediation.de/>

la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares en el contexto del Convenio de La Haya de 1980³⁶³. Al año siguiente, en 2007, se publicó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, el cual tiene por objeto analizar las futuras líneas de trabajo de la organización internacional en este ámbito³⁶⁴. Dicho documento tuvo respuesta al año siguiente, en un escrito que recoge las observaciones de los distintos Estados y organizaciones no gubernamentales³⁶⁵. Gracias a los citados estudios, se planteó, entre otras propuestas, la elaboración de una *Guía de buenas prácticas sobre mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980*, un documento esencial para la mediación en este ámbito, y que ha sido publicado recientemente, concretamente en el año 2012³⁶⁶.

Otra iniciativa sumamente importante dentro de la Conferencia de La Haya es el denominado *Proceso de Malta*, un proyecto cuyo objetivo es el diálogo entre los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980 y los países que no son parte, en especial los países islámicos. Todo ello con la finalidad última de conseguir un marco jurídico adecuado, así como el desarrollo de la mediación, la cual puede ser de gran utilidad a la hora de resolver conflictos transfronterizos de guarda y custodia en aquellos Estados que no son parte del citado instrumento internacional³⁶⁷.

³⁶³ Vid. *Notas sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de la Haya de 1980*, doc. prel. N° 5, octubre 2006.

³⁶⁴ Vid. *Feasibility study on cross-border mediation in family matters*, prel. doc., n° 20, March 2007.

³⁶⁵ Vid. *Feasibility study on cross-border mediation in family matters-responses to the questionnaire*, prel. doc., n° 10, March 2008.

³⁶⁶ Vid. http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf En cuanto a este documento, vid. N. GONZÁLEZ MARTÍN, «Sexta reunión de la Comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores: especial referencia a la guía de buenas prácticas sobre mediación», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, op. cit., págs. 707 a 718.

³⁶⁷ La primera reunión se produjo en 2004. A la misma se han sucedido otras en 2006 y 2009. La última data del año 2010. Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21#mediation

CAPÍTULO II

LOS ADR «ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION» EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

I. INTRODUCCIÓN.

127. El desarrollo de las nuevas tecnologías, el avance de las economías de mercado, así como del libre comercio están creando un escenario cada vez más globalizado. Esto supone un incremento de la competencia, y en consecuencia, la necesidad, por parte de las compañías, de generar estrategias de cooperación con diferentes operadores económicos de distintos países en orden a unir fuerzas. Para ello, se crean contratos mucho más complejos, caracterizados por ser de larga duración, y por intervenir una pluralidad de partes donde incluso los propios Estados participan. Dichos acuerdos evolucionan en ambientes muy cambiantes, donde la incertidumbre es protagonista, debido a la existencia de múltiples riesgos de tipo económico, financiero, político, jurídico, e incluso, cultural. Todo ello provoca el incremento de conflictos dentro del comercio internacional, y consecuentemente, la necesidad de generar mecanismos que los resuelvan³⁶⁸.

En este sentido, los ADR o métodos alternativos de resolución de conflictos están adquiriendo una importante relevancia. Ello es debido, principalmente, a su flexibilidad e informalidad, caracteres derivados del protagonismo que tiene, en estos mecanismos, la autonomía privada de las partes. Dichos aspectos se configuran como ventajas para las sociedades, y demás personas jurídicas que ejercen sus actividades en el marco del comercio transfronterizo, porque logran dar una respuesta satisfactoria a sus necesidades: resolución de los conflictos con el menor coste económico, en el menor tiempo posible, y a través de una mayor implicación de las partes, lo que ayuda a una mejor aceptación de la solución alcanzada, y por ende, de su cumplimiento³⁶⁹.

³⁶⁸ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation in international business*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006, págs. 5 a 12.

³⁶⁹ Estas son las tres principales ventajas de los ADR que la doctrina menciona respecto del comercio internacional, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., pág. 1; L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation: How ADR techniques can help achieve durable agreements», *ICSID Review*, vol. 14, nº 2, Fall 2009, pág. 2. Ello no significa que dichas ventajas no puedan predicarse también respecto del plano interno. Sin embargo, en su dimensión internacional, los costes económicos

128. Con este telón de fondo, el presente Capítulo pretende profundizar en el concepto, objeto, función y clasificación de los ADR. A continuación, se realizará un análisis detallado de cada uno de estos mecanismos en relación con su utilización dentro del ámbito comercial internacional, a excepción de la mediación, la cual será estudiada con mayor detalle en el Capítulos siguientes (III, IV, V y VI)³⁷⁰. Finalmente, se tratará la figura de los ODR (online dispute resolution), en concreto, su configuración actual, su relación con los ADR, así como sus ventajas e inconvenientes respecto de éstos últimos.

II. CONCEPTO, OBJETO, FUNCIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS ADR.

129. El acrónimo ADR sirve para designar a los «alternative dispute resolution», -traducido al español como los *métodos alternativos de resolución de conflictos*³⁷¹. Sin embargo, la determinación de los aspectos que definen a los ADR no es una cuestión pacífica en la doctrina. Por esta razón, el presente epígrafe analizará el concepto de ADR, para a continuación pasar a analizar su objeto, función y clasificación, todo ello con especial consideración al ámbito comercial internacional.

que implica la resolución de una controversia suelen ser muchísimo más elevados, cantidad que aumenta cuanto más duradero es el procedimiento de resolución de conflictos, sin olvidar que, a mayor duración, las posibilidades de perder oportunidades de negocio aumentan.

³⁷⁰ La mediación es, sin duda, el paradigma de los ADR, el más importante. A través de su utilización se inició el denominado «movimiento ADR», su empleo se ha extendido a numerosos y muy variados ámbitos de actuación. Además, es el único que goza de regulación legal, tanto en la dimensión interna como en el plano transfronterizo de la mayoría de Estados, *vid. supra*, págs. 74 a 95. Estos factores, junto a la confusión existente sobre el acrónimo ADR, hace que éste y el término mediación, en muchas ocasiones, sean utilizados indistintamente.

³⁷¹ A pesar del uso mayoritario del acrónimo ADR, en la bibliografía española se pueden encontrar la utilización de otros términos, como «MASC» («mecanismos alternativos de solución de conflictos» o «modalidades alternativas de solución de conflictos»), o «MARC» («mecanismos alternativos de resolución de conflictos»); y expresiones similares como «mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos» o «medios alternativos de solución de diferencias». *Vid. ad. ex.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 12 y 13; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en asuntos civiles», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, pág. 117; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para una regulación de los MARC (Mecanismos alternativos de resolución de conflictos)», en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006, pág. 152; C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción en el Derecho civil», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje...*, *op. cit.*, pág. 20.

2. Concepto.

130. Este apartado ofrece una definición de ADR, así como un análisis de sus características delimitadoras. Con este estudio se pretende profundizar en el propio concepto de ADR, y a la vez, fundamentar adecuadamente las exclusiones de dos métodos de resolución de conflictos: el arbitraje y la negociación.

A) Definición y características.

131. Los ADR se definen como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva³⁷², ayudan a las partes a solventar la controversia.

132. Partiendo de esta definición se pueden extraer las características delimitadoras de los ADR, es decir, aquellas que permiten diferenciar a los ADR del resto de métodos de solución de conflictos: a) el protagonismo de la autonomía de la voluntad; b) la naturaleza puramente contractual; c) la flexibilidad; d) la rapidez y reducido coste económico; e) la importancia de los intereses de las partes y; f) la presencia de uno o varios terceros.

A) *Autonomía privada.* Las partes son libres para constituir y reglamentar el método alternativo de solución de conflictos que estimen conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art.1255 Cc)³⁷³. Aquéllas no sólo deciden el ADR que quieren emplear, sino que pueden moldearlo según sus propias necesidades y circunstancias³⁷⁴. A pesar de que cada mecanismo tiene una estructura

³⁷² La autocomposición, cuando interviene un tercero, se refiere a la asistencia que éste presta a las partes para que sean ellas mismas las que logren un acuerdo, esto es, actúa *inter partes*. Mientras que en la heterocomposición el tercero se sitúa *supra partes*, en otras palabras, son ellas las que acuden aquel para someterse a la decisión que éste adopte. Vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 58 a 63; V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho procesal*, 4ª ed., Madrid, 2003, págs. 18 a 20; V. MORENO CATENA, «La resolución jurídica de conflictos», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, op. cit., págs. 31 a 33.

³⁷³ Vid. L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed., Madrid, 2004, págs. 379 a 385.

³⁷⁴ Es cierto que el inicio de algunos ADR se puede producir por prescripción legal, como ocurre con la normativa del Reino Unido sobre la *adjudication* para los conflictos relativos a proyectos de

más o menos definida, las partes pueden configurar sus diferentes extremos. En esta tarea, se ha de destacar la posibilidad de establecer el grado de participación y funciones del tercero³⁷⁵. Tienen la potestad para acordar someterse a la decisión vinculante de éste, -aunque tenga sólo naturaleza contractual-; o simplemente configurar dicha resolución como una mera recomendación, que podrá ser o no ser aceptada; e incluso, establecer que sólo ellas mismas, con la asistencia de un tercero, sean las que trabajen para llegar a una solución. A su vez, y en cuanto al procedimiento se refiere, aunque éste suele tener un carácter voluntario, esto es, basta que una de las partes quiera poner fin al desarrollo del mismo para que éste concluya, también existe la opción, aunque excepcional, de que deban ser ambas las que muestren su disconformidad a la continuación del mismo, de manera que si sólo una de ellas expone dicho rechazo, no será suficiente para poner término al mismo³⁷⁶.

B) *Naturaleza contractual*. Dicha característica no sólo se predica del acuerdo inicial entre las partes en orden a llevar a cabo el ADR elegido, sino que también se atribuye al acuerdo o decisión que pone fin a la controversia³⁷⁷. La solución, ya sea dictaminada por un tercero o sea obtenida por las propias partes, posee un mero carácter

construcción; o con la mediación, la cual puede iniciarse no sólo por precepto legal, sino por orden del órgano jurisdiccional correspondiente. Sin embargo, en el primer caso, además de ser una ordenación puntual y aislada, se establece previamente la posibilidad de que las partes acuerden el inicio del método, y así, puedan configurarlo como estimen conveniente, *vid. infra*, págs. 140 a 141. Mientras que en el caso de mediación, dicha obligatoriedad suele reducirse a la asistencia a una primera sesión. No se debe olvidar que una de sus características es la voluntariedad durante el transcurso del procedimiento, de manera que si una de las partes no quiere continuar en cualquier otro momento posterior, la mediación se dará por finalizada. Esta es precisamente, una de las grandes diferencias que tiene la mediación con el arbitraje, *vid. infra*, págs. 121 y 122. Sobre la mediación voluntaria y la obligatoria, *vid. infra*, pág. 192.

³⁷⁵ *Vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, págs. 174 y 206; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos de resolución de controversias y comercio internacional», en I. HEREDIA CERVANTES (ed.), *Medios alternativos de solución de controversias*, Madrid, 2008, pág. 83. Aunque el dominio que las partes tienen sobre el procedimiento es una de las características de los ADR, se debe tener en cuenta que cuanto más poder le otorgan las partes al tercero, menos control tienen las mismas sobre el procedimiento, *vid.* K.P. BERGER, K. P. BERGER, *Private dispute resolution in international business, vol. II Handbook*, 2ª ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, pág. 41.

³⁷⁶ Sólo el Reglamento de Peritaje, así como el de Procedimiento Precautorio Prearbitral, y únicamente en sus regulaciones de la CCI reconocen esta posibilidad, *vid. infra*, nota nº 445 y nº 465. Si bien, en los ADR, y en especial en la mediación (*vid. infra*, págs. 185 y 186) a diferencia del proceso judicial y del arbitraje, no es la regla general, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

³⁷⁷ En cuanto a la naturaleza de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, *vid. infra*, págs. 236 a 240; y en relación a la naturaleza del acuerdo de mediación, *vid. infra*, págs. 349 a 353.

contractual, careciendo tanto del efecto de cosa juzgada como de la condición de título ejecutivo³⁷⁸.

C) *Flexibilidad*. Dicha característica es consecuencia de la autonomía privada reinante en estos métodos, así como de su falta de regulación, o en todo caso, de una normativa muy respetuosa con tal principio. Es una de las mayores ventajas de los ADR en comparación con otros mecanismos, especialmente en el comercio internacional, porque permite a las partes focalizar todos sus esfuerzos en resolver el conflicto sin tener que lidiar con los habituales obstáculos procedimentales reflejados en aquellos métodos detalladamente regulados³⁷⁹.

D) *Rapidez y reducido coste económico*. Dos de los objetivos primordiales de los ADR, que los diferencian de otros métodos de resolución de conflictos, son lograr soluciones de la forma más rápida y con el menor coste económico posible, es decir, resolver las controversias de forma eficiente. Ambos extremos, se hacen especialmente importantes en el ámbito comercial internacional, donde están en juego negocios de extraordinaria envergadura, que suponen grandes cantidades de dinero. Este ahorro no sólo se produce por el menor tiempo invertido³⁸⁰, sino por los propios costes, -directos e indirectos-, que supone un proceso judicial o un arbitraje. Entre estos últimos, especialmente se deben tener en cuenta tanto los daños producidos en la relación

³⁷⁸ En cualquier caso, la regulación dada a la mediación en España, así como las propias características de otros ADR, -*adjudication*, *expert determination* o *dispute boards*-, hace que los acuerdos de mediación, en el primer caso, o las resoluciones de los terceros, en el segundo, tengan efectos similares a un contrato de transacción. En otras palabras, aunque no son título ejecutivo, sí gozan de la eficacia refleja del contenido del acuerdo o resolución. Ello no significa que tengan efecto de cosa juzgada tal y como se predica de las sentencias judiciales. Dichos acuerdos de mediación o resoluciones de terceros sí pueden ser objeto de un proceso posterior, si bien, el juez debe tomar como supuesto de hecho dicho acuerdo o resolución. El juez está obligado a tener en cuenta las citadas decisiones y no contradecirlas, no podrá decidir una pretensión de modo distinto a como se resolvió por el ADR en cuestión. Si bien, ello no impide que pueda entrar a valorar la propia validez del acuerdo o resolución. En cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación, *vid. infra*, págs. 349 a 353.

³⁷⁹ En los últimos tiempos, se están aprobando numerosas Leyes sobre mediación, porque es el ADR más utilizado y extendido, *vid. supra*, págs. 74 a 95. Si bien, de forma general, sus disposiciones están respetando el protagonismo que la autonomía privada de las partes tiene en este método, limitando su regulación a aspectos muy concretos, y conservando, de esta manera, su flexibilidad. El resto de ADR no gozan de una regulación generalizada, sino sólo para algunos sectores y en determinados países, de manera que suelen llevarse a cabo en virtud de los reglamentos que aprueban las instituciones internacionales especializadas en este campo, pero no según las legislaciones de los Estados.

³⁸⁰ En este sentido, es importante tener en cuenta que la flexibilidad e informalidad de estos métodos coadyuvan a su celeridad.

comercial existente, como la pérdida de futuras relaciones con la parte en conflicto³⁸¹. Pues bien, los ADR evitan tales confrontaciones, intentando convertir las diferencias en oportunidades de mejora de las relaciones entre las partes, desarrollándose en un ambiente cooperativo donde se fomenta la confianza y la buena fe de las partes³⁸².

E) *Solución conforme a los intereses de las partes*. Los ADR están diseñados para satisfacer los intereses de las partes, no para resolver los conflictos ajustándose estrictamente a Derecho. Ello no significa que no se tengan en cuenta las normas jurídicas que rigen el conflicto en cuestión, de hecho aquéllos interactúan y están íntimamente relacionados con éstas. En otras palabras, la solución a la controversia, a través de estos métodos, se va a basar en los intereses que tengan los sujetos enfrentados, pero sin perder de vista la perspectiva legal. Esta forma de solventar las controversias es mucho más efectiva. En el caso del comercio internacional, los citados intereses se traducen en factores de tipo económico, caracterizados por facilitar el acuerdo de las partes, y por permitir soluciones mucho más flexibles e imaginativas³⁸³.

F) *El tercero*. La necesaria presencia de uno o varios terceros también es una característica propia de los ADR. Sus funciones pueden ser muy variadas: desde la emisión de una mera recomendación o una decisión vinculante (heterocomposición); a la simple asistencia a las partes para que sean éstas, exclusivamente, las que lleguen a un acuerdo (autocomposición). Dentro del comercio internacional, y especialmente, en las tareas heterocompositivas, el tercero suele ser un experto en la materia objeto de disputa. En cambio, cuando debe ejercerse un papel autocompositivo, la aptitud y experiencia en el campo de la gestión de conflictos es más valorada que su conocimiento técnico del sector del comercio donde se ubica la controversia³⁸⁴.

³⁸¹ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., págs. 175, 176 y 206.

³⁸² Este aspecto diferencia claramente los ADR del arbitraje, pero sobre todo, del proceso judicial, métodos claramente más contenciosos, donde existe una lucha entre las partes por ganar el caso, vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., págs. 42 y 43.

³⁸³ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., págs. 174 y 175; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», loc. cit., pág. 95; R. HILL, «The theoretical basis of mediation and other forms of ADR: Why they work», *Arbitration Int'l*, vol. 14, n° 2, 1998, págs. 174 y 175.

³⁸⁴ La utilización de expertos también es una característica propia en el arbitraje comercial internacional, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil & gas industry: an oilman's perspective», *TDM*, vol. 3, July 2004, pág. 3. En este sentido, existen otros extremos que arbitraje y ADR tienen en común como el principio de la confidencialidad, la imparcialidad, y en cierta medida, la neutralidad, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., pág. 27.

B) El término «alternative».

133 La utilización del término «alternative» ha sido y sigue siendo a día de hoy fuente de discusión doctrinal³⁸⁵. La primera cuestión que se plantea es: ¿a qué son

En cualquier caso, la confidencialidad no se predica por igual en todos los ADR, así, aunque en la *neutral evaluation* (vid. *infra*, nota nº 439) o el *summary jury trial* (vid. *infra*, págs. 156 y 157) no se permita, de manera general, la utilización de la valoración del tercero en un proceso judicial o arbitraje posterior; en el peritaje o *fact-finding* (vid. *infra*, págs. 138 y 139), así como en la *adjudication* (vid. *infra*, nota nº 452), y los *Dispute Boards* (vid. *infra*, pág. 149), el pronunciamiento del mismo suele servir para aportarlo en un arbitraje o proceso judicial posterior.

Por otra parte, la imparcialidad, entendida como la nula relación del tercero con las partes de manera que éste no representa ninguno de los intereses de aquéllas, es un principio que inspira tanto a los ADR como al arbitraje, -su puesta en peligro es precisamente una de las críticas achacadas tanto a la figura del *Ingeniero* (vid. *infra*, nota nº 473) como a las modalidades de mediación y arbitraje combinados (vid. *infra*, págs. 210 a 217)-.

En cambio, la neutralidad necesita de una previa matización, pues no es un concepto tan claro. En la mediación, y por ende, en el resto de métodos autocompositivos, este principio se entiende como la imposibilidad del tercero para dar su opinión, sugerir o imponer un determinado acuerdo, debiendo respetar las posturas de las partes y preservando el equilibrio entre las mismas, vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., págs. 173 a 175. Mientras que en el arbitraje, y en el resto de ADR heterocompositivos, se refiere al modo de elegir al tercero o terceros, de manera que se preservará la neutralidad si son nombrados por acuerdo de las partes o por otra persona o institución ajena a las mismas, por el contrario, si son elegidos por cada una de las partes, dicha neutralidad no se producirá, si bien, ello no significa que aquellos no actúen con imparcialidad. Pues bien, la neutralidad está presente prácticamente en todos los ADR, a excepción del *joint fact-finding*, (vid. *infra*, pág. 139), y también en el arbitraje, si bien, en éste último se puede observar con mas frecuencia el uso de árbitros de parte dentro de un tribunal arbitral, vid. A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, op. cit., págs. 101 a 106.

³⁸⁵ De ahí que se haya optado por identificar la «A» con otros vocablos como «apropiado», «adecuado», «adicional» o «amigable», vid. *Guía del ADR de la Cámara de Comercio Internacional* (CCI), París, 2001, pág. 1; S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, op. cit., pág. 69; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford, 2010, pág. 5; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court: a dispute resolution handbook*, 3ª ed., Canada, 2005, pág. 4; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR): The spectrum of hybrid techniques available to the parties», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures*, vol. II, Alphen aan den Rijn, 2011, págs. 341 a 345; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide: commercial dispute resolution*, 2ª ed., London, Dublin, Edinburgh, 2000, pág. 9; M.A. SCHONEWILLE, K.H.FOX, «Moving beyond “just” a deal, a bad deal or no deal», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, op. cit., pág. 82.

También, se han modificado los términos correspondientes a todas sus siglas, identificando el acrónimo ADR como «Avoiding Desastrous Results», vid. J. RISSE, C. WAGNER, «Mediation im Wirtschaftsrecht», en F. HAFT, K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, *Handbuch Mediation*, 2ªed., München, 2009, pág. 556.

E incluso, existen instrumentos reguladores que, de forma explícita, evitan el uso de tal término debido a su falta de concreción, vid. *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional*, pág. 11.

Por último, se ha propuesto el cambio de siglas, refiriéndose a EDR «Eficient, Effective o Expedited Dispute Resolution», en vez de a ADR, vid. M. KALLIPETIS, S. RUTTLE, «Better dispute resolution –

alternativos? De forma general se entiende que el concepto de ADR se refiere al conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, esto es, aquellos que ofrecen una *alternativa* a la vía de solución de disputas más tradicional³⁸⁶. Efectivamente, si atendemos a su origen histórico, cuando nació el «movimiento ADR» en EE.UU, se utilizó el adjetivo «alternative» para destacar la contraposición con el citado proceso, porque la mediación, máximo exponente de los ADR, empezó a utilizarse como método al margen de la actividad de los órganos jurisdiccionales, y del poder del Estado en general³⁸⁷. Sin embargo, a partir de los años 80, el empleo de los ADR comenzó a generalizarse como consecuencia del impulso dado por la Conferencia Pound. El efecto de dicha universalización fue el uso de los mismos en el marco de los tribunales³⁸⁸. En definitiva, los ADR se integraron en la práctica de los órganos jurisdiccionales, dejando de ser, exclusivamente, métodos *alternativos* al sistema estatal legalmente establecido³⁸⁹, para convertirse en complementarios al mismo³⁹⁰. Ante tal

The developments and practice of mediation in the United Kingdom between 1995 and 2005», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 191 a 248.

³⁸⁶ Vid. K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 49; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pág. 5; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, 1999, págs. 12 y 20; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 169; G.M. MORÁN, «La mediación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 17; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, 1992, págs. 1 y 2; J. RISSE, C. WAGNER, «Mediation im...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 556; G.R. WOODMAN, «The alternative law of alternative dispute resolution», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Sainte-Foy, 1993, págs. 582 a 584.

³⁸⁷ Vid. *supra*, págs. 29 a 45; S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, pág. 69; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pág. 11; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 7; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute resolution: an overview», *U. Fla. L. Rev.*, vol. 37, nº 1, 1985, pág. 1.

³⁸⁸ Este fenómeno está íntimamente unido a la noción del *multi-door courthouse*, *vid. supra*, págs. 46 a 50. Además, el empleo de los ADR pasó a otros Estados occidentales, divulgándose también allí su uso, tanto de forma intrajudicial como extrajudicial, *vid. supra*, págs. 62 a 95.

³⁸⁹ En este sentido, *vid.* S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial...*, *op. cit.* págs. 52 y 53; H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution: panacea or anathema?», *Harv. L. Rev.*, vol. 99, nº 3, 1986, págs. 669 y 672 a 675; J. RESNIK, «Failing faith...», *loc. cit.*, págs. 535 a 539; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute...», *loc. cit.*, págs. 1 y 2; W. TWINING «Alternative to What?...», *loc. cit.*, pág. 382. En este último artículo, además se aplica tal afirmación cuando se refiere al modelo de proceso judicial ideado por J. GRIFFITHS en *The general theory of litigation: a first step*, Madison, 1988, *vid.* W. TWINING «Alternative to What?...», *loc. cit.*, pág. 388.

W. TWINING diferencia entre «litigation» y «adjudication». Aunque, en muchas ocasiones dichos términos se utilizan como sinónimos, especialmente cuando se tratan los ADR, lo cierto es que tienen un significado distinto. «Litigation» se refiere estrictamente al proceso judicial, mientras que «adjudication» alude a los procedimientos en los que un tercero neutral toma una decisión vinculante para las partes, lo cual puede llevarse a cabo ante los tribunales, o fuera de ellos, *vid.* R.A. BARUCH BUSH, «Defining quality in dispute resolution: taxonomies and anti-taxonomies of quality arguments», *Den. U. L. Rev.*, vol. 66, nº 3, 1989, pág. 342; L.L. FULLER, «The forms and limits of adjudication», *Harv. L. Rev.*, vol. 92, nº

realidad, y para evitar esta problemática, algunos autores han propuesto utilizar el término ADR como sinónimo de DR (*dispute resolution*), esto es, incluyendo en el mismo a todo método de solución de conflictos, incluido el proceso judicial³⁹¹.

134. Esto no significa que no exista una diferenciación clara entre ADR y proceso judicial. Los ADR son cauces extrajudiciales, esto es, mecanismos desarrollados por personas que no están ejerciendo el poder jurisdiccional³⁹². Otro aspecto importante que les diferencia es su carácter voluntario: las partes deben ponerse previamente de acuerdo para participar en alguno de dichos métodos, y además pueden generalmente abandonarlo en cualquier momento³⁹³.

En todo caso, dicha dicotomía ADR-proceso judicial sigue siendo criticada, porque de ella se deriva otra consecuencia errónea: la falsa homogeneidad del resto de ADR, cuando algunos, como el arbitraje, tienen más en común con el proceso judicial que con otros instrumentos de solución de conflictos³⁹⁴. En este sentido, una cuestión

2, 1978, págs. 353 y 354; S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute...*, *op. cit.*, pág. 149.

³⁹⁰ Dicha complementariedad se predica tanto de los ADR intrajudiciales, como extrajudiciales, *vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, pág. 9. Sin embargo, deben realizarse ciertas precisiones en torno a la citada idea de complementariedad. En primer lugar, no se debe perder de vista la relación de complementariedad que los ADR también tienen con el arbitraje, (*vid. ad. ex. Guía del ADR...*, *op. cit.*, pág. 2); e incluso entre ellos mismos, especialmente en el ámbito comercial internacional, *vid. infra*, págs. 217 a 220. Por otra parte, tal relación no se produce siempre y en todo caso, sino que también existen litigios que no son adecuados al tratamiento que pueden ofrecer los ADR, *vid. C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», loc. cit., op. cit.*, págs. 120 y 121; y por el contrario, se producen conflictos que son tratados por los ADR, pero no son susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales, -aunque sí puedan ser sometidos a arbitraje-, como ocurre normalmente con la *deal mediation*, *vid. infra*, págs. 176 a 180.

Teniendo en cuenta esta idea de complementariedad, junto a ella también se ha admitido la alternatividad de éstos métodos, no en términos de exclusión respecto del proceso judicial, sino como otras vías que se basan en principios diferentes, -respetando siempre el derecho a la tutela judicial efectiva-, y que, en cualquier caso, pueden convertirse en verdaderamente alternativas si logran llegar a un acuerdo que evite el empleo de otros métodos de resolución de disputas. *Vid. S. BARONA VILAR, Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 107 a 109.

³⁹¹ *Vid. N. ALEXANDER, International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 9; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. ix y 4. En este sentido, K.P. BERGER emplea el acrónimo DRP (*dispute resolution process*) para referirse al conjunto de métodos de solución de conflictos globalmente considerados y sin distinción alguna, *vid. Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 38 a 40.

³⁹² *Vid. S. BARONA VILAR, Solución extrajudicial...*, *op. cit.*, pág. 167 a 169.

³⁹³ *Vid. K.P. BERGER, Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 41, 42 y 48. En cuanto a esta característica de la autonomía privada de los ADR, *vid. supra*, págs. 115 y 116.

³⁹⁴ *Vid. R.A. BARUCH BUSH, «Defining quality in dispute...», loc. cit.*, pág. 343.

muy debatida gira en torno a la exclusión o no de determinados mecanismos, en particular, del arbitraje y de la negociación, dentro del término ADR³⁹⁵.

a) ADR y arbitraje.

135. La concepción de ADR como el conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, se encuentra reflejada desde los primeros escritos publicados en los años 80, cuando la doctrina estadounidense comenzaba a interesarse por estos mecanismos³⁹⁶. Sin embargo, con el paso de los años y el desarrollo práctico de los ADR, tal concepción ha ido evolucionando. Reflejo de tal transformación, es el debate que existe, en la actualidad, sobre la inclusión o la exclusión del arbitraje como ADR³⁹⁷. En concreto, en cuanto al ámbito comercial

³⁹⁵ Esta concepción de ADR amplia, en tanto no identificada tan sólo con la mediación, pero excluyendo a su vez de la misma tanto la negociación como el arbitraje, en principio, es muy similar a la ofrecida por la CCI en su Reglamento sobre la materia, el cual establece: *los procesos que no dan lugar a decisiones o laudos emitidos por un Tercero que sean susceptibles de ejecución legal*. A pesar de tal similitud, el concepto de ADR de la CCI tendrá menos métodos subsumidos en él debido a varios motivos: a) Por la forma en que algunos de ellos se configuran, *vid. Guía del ADR...*, *op. cit.*, pág. 8, y que en años posteriores, han dado lugar a una regulación separada, como es el caso de los *Dispute Review Boards* y los *Dispute Adjudication Boards*; b) porque otros ya se encontraban regulados con anterioridad a tal Reglamento de ADR, gozando, además, de ciertas características especiales en su configuración, y que no siempre se reproducen en otros ámbitos distintos de la regulación de la CCI, como es el caso del Peritaje y el Procedimiento precautorio prearbitral, *vid. supra*, nota nº 376. En cualquier caso, muestra de la amplitud que la CCI da al acrónimo ADR, es que dentro del mismo incluye: la mediación; la *neutral evaluation*; el *mini-trial*; así como cualquier otra técnica de solución, o una combinación de ellas. Dejando así una lista abierta a cualquier otro método que cumpla con unas mínimas características, *vid. Guía del ADR...*, *op. cit.*, pág. 8.

³⁹⁶ *Vid. ad. ex.*, H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution...», *loc. cit.*, págs. 673 a 675, 680 y 681; S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute...*, *op. cit.*, págs. 7 y 8; J. RESNIK, «Failing faith...», *loc. cit.*, pág. 536; F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute...», *loc. cit.*, págs. 3 a 11.

³⁹⁷ En el plano interno, no existe una postura unánime de todos los países. Hay Estados, como Inglaterra y Gales, Francia, y Polonia, donde sí existe la diferenciación entre arbitraje y ADR, *vid. J. WARNE*, T. DANE, «England & Gales» O. DEBOUZY, B. JAVAUX, «France» y M. HARTUNG, K. PETRUCZENKO, «Poland», en J. WARNE (ed.), *International commercial dispute resolution*, West Sussex 2009, págs. 255 a 258, 279 y 546; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale», *RIDC*, nº 2, 1997, págs. 329 a 331.

En cuanto al Reino Unido se refiere, A. COLLINS en 1988, ya remarcaba dicha distinción, en contraposición con EE.UU, que incluía el arbitraje dentro del acrónimo ADR, en el artículo titulado «Developments in Alternative Dispute Resolution in North America», *Arbitration*, vol. 54, nº 4, November 1988, págs. 242 y 243.

Otros Estados, como Alemania, el arbitraje sigue considerándose un ADR más, *vid. K. VON HASE*, «Germany», en J. WARNE (ed.), *International commercial...*, *op. cit.*, págs. 336 y 337.

internacional se refiere, mientras que en EE.UU la tendencia general es la conservación del concepto tradicional de ADR³⁹⁸, en Europa, la postura mayoritaria es la opuesta, esto es, se entiende que el arbitraje no es un método alternativo de resolución de conflictos³⁹⁹.

136. Aquellos que defienden la identificación del arbitraje como ADR, se basan, principalmente, en los mismos argumentos utilizados para diferenciar al proceso judicial del resto de métodos de arreglo de diferencias: el árbitro no ejerce una potestad jurisdiccional y el arbitraje es un procedimiento al que las partes se han sometido voluntariamente. Además, también se utilizan otros argumentos de corte práctico, como es la indudable influencia del arbitraje en el resto de ADR, como ocurre con las diferentes modalidades de *med-arb* o *arb-med*, de ahí su necesaria consideración conjunta⁴⁰⁰.

137. Por otra parte, la exclusión del arbitraje comercial internacional del concepto de ADR se ha defendido, fundamentalmente, sobre la base de dos argumentos. El primero de ellos se apoya en la flexibilidad propia de los ADR. En este sentido, el arbitraje comercial internacional ha sido, a lo largo de los años, el método común y tradicionalmente utilizado para solventar las controversias, en otras palabras, el arbitraje

En España, la doctrina generalmente considera al arbitraje incluido, *vid. ad. ex.*, S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, *op. cit.*, págs. 81 a 86, 113 a 115 y 207 a 240; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 26, 73 y 76; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 457; M.A. PEÑA YAÑEZ, J.L. UTRERA MOLINA, M.L. MINGO BASAÍL, C. FERNÁNDEZ CARRÓN, M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «La mediación en el ámbito familiar: Cauce para la resolución pacífica de los conflictos», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, pág. 136. Si bien, otros autores entienden lo contrario, *vid.* C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 20 y 21.

³⁹⁸ *Vid. ad. ex.* C.S. BALDWIN, R.A. BRAND, D. EPSTEIN, M.W. GORDON, *International civil dispute resolution: a problem-oriented coursebook*, 2ª ed., Minnesota, 2008, pág. 670; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution: consensual ADR processes*, Minnesota, 2005, págs. 18 a 20

³⁹⁹ *Vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 50; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends?», *Rev. Trim. Dr. Com.*, nº 2, 2012, págs. 225 a 243; M. BLESSING, «Drafting arbitration clauses», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 5, 1994, págs. 54 a 57; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, pág. 173; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR», en M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006, pág. 22. También apoya tal exclusión la CCI, *Guía del ADR...*, *op. cit.*, pág. 1; D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Amicable means to resolve disputes: How the ICC ADR Rules work», *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, nº 1, 2004, págs. 91 y 92.

⁴⁰⁰ *Vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 50; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 12.

es, en el comercio internacional, lo que el proceso judicial es en el ámbito interno de resolución de conflictos⁴⁰¹. Tal realidad ha llevado a una regulación excesiva de la institución, a su formalización, y en consecuencia, a convertirse en un procedimiento muy largo y costoso para las partes, diferenciándose así, de los ADR, más flexibles, menos regulados, donde las partes y su voluntad tienen mayor protagonismo, logrando así mecanismos de solución de conflictos más rápidos y con menor coste económico⁴⁰².

El segundo razonamiento, se basa en los efectos procesales del arbitraje, esto es, en la obligatoriedad y carácter definitivo de los laudos arbitrales, constituidos como títulos ejecutivos y equivalentes a las resoluciones judiciales⁴⁰³. Aunque la potestad

⁴⁰¹ Vid. H.I. ABRAMSON, «Time to try mediation of international commercial disputes», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1998, pág. 325; J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional», *Not. Unión Eur.*, mayo 2009, págs. 11 a 14; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international...», *loc. cit.*, págs. 225 a 243; K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective», *TDM*, vol. 1, February 2004, pág. 1; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 169; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation», *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 1, 2004, pág. 2.

⁴⁰² En cuanto a las citadas características de los ADR, *vid. supra*, págs. 117 y 118. Aunque el arbitraje comercial internacional garantiza confidencialidad, así como mayor independencia y conocimiento de la materia por parte del tercero que el proceso judicial, lo cierto es que se ha convertido en un procedimiento incluso más largo, y en consecuencia más costoso que aquel, porque, en ocasiones, los árbitros no tienen una dedicación a tiempo completo sobre el arbitraje en cuestión. En general, métodos como la mediación, suponen entre un 15-25% del coste total que tendría el proceso judicial o el arbitraje en un mismo asunto, implicando, a su vez, entre un 15-25% del tiempo total que conllevarían ambos procesos para la misma disputa. Este promedio se basa, principalmente, en un factor: mientras que los ADR crean un clima de cooperación y confianza entre las partes, donde prima la buena fe y la comunicación fluida de las mismas, tanto en el arbitraje como en el proceso judicial, se gasta mucho tiempo y dinero en contraatacar los argumentos de la parte contraria a través de grandes equipos jurídicos, todo ello respetando las debidas garantías de la regulación correspondiente. En otras palabras, la confrontación y el respeto a las normas que la regulan, aspecto característico del proceso arbitral y judicial, es sinónimo de mayor duración en el tiempo y de mayor coste económico, *vid. J. ALMOGUERA GARCÍA*, «La directiva europea...», *loc. cit.*, págs. 14 y 15; I. BEYNEIX, «L'arbitrage international...», *loc. cit.*, págs. 232 y 233; K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute...», *loc. cit.*, págs. 2 a 7; M. McILWRATH, R. CALABRESI, «“Just winning” is not a business goal: an approach to selling managers on the concept of mediation in international commercial disputes», *TDM*, vol. 1, February 2007, págs. 2 a 6. Por ello, en aquellos conflictos donde están envueltas grandes empresas, el uso del arbitraje comienza a decaer en beneficio de los ADR, *vid. M. AUGENBLICK*, J-P. MÉAN, E. ROBINE, «Creating value through process design: Commentaries», *J. Int'l Arb.*, vol. 11, n° 1, 1994, págs. 134 y 135; B. OPPETIT, «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique», *Justices*, vol. 1, 1995, págs. 53 a 56.

⁴⁰³ Vid. K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 50; H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 3; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, pág. 100; *Libro Verde...*, *op. cit.*, pág. 6. N. ALEXANDER, a pesar de hablar de procedimientos de resolución de conflictos en general, dentro de los cuales, se encuentra el arbitraje, sí diferencia a éste de otros, en tanto que la decisión es obligatoria, *vid. International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 9, 10, 27 y 28. De forma prácticamente unánime se entiende que el arbitraje comercial internacional es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta, contractual por su origen y procesal por sus efectos. El debate en torno a la naturaleza jurídica estrictamente contractual, -teoría privatista pura o contractual-, en virtud

jurisdiccional la posean, en exclusiva, jueces y tribunales, lo cierto es que los árbitros, en tanto que emiten laudos que son títulos ejecutivos con efecto de cosa juzgada, ejercen una función jurisdiccional, si bien no gozan del citado *imperium*, pues dicha función se deriva, tan sólo, de la voluntad de las partes enfrentadas⁴⁰⁴. Todo ello, lleva a considerar su exclusión del concepto de ADR, caracterizado por englobar métodos cuyas decisiones o acuerdos finales, en principio, tan sólo tienen una naturaleza contractual⁴⁰⁵. En este sentido, el citado carácter meramente contractual de las resoluciones que derivan de los ADR, y por el contrario, la constitución de los laudos arbitrales como títulos ejecutivos con efectos de cosa juzgada, provocan, precisamente, que aquéllos sean complementarios no sólo al proceso judicial, sino también, al arbitraje⁴⁰⁶.

de la cual, el arbitraje es un contrato por el que las partes delegan el arreglo de diferencias a un árbitro; o procesal, -*teoría publicista pura o jurisdiccional*-, según la cual, lo característico del arbitraje es el laudo arbitral, resolución semejante a las sentencias judiciales, ha desaparecido. Por todo ello, la utilización del argumento para excluir el arbitraje del concepto de ADR no significa que se siga la *teoría publicista pura o jurisdiccional*, sino que constituye la toma en consideración de uno de los aspectos que conforman la naturaleza híbrida de tal institución, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989, págs. 19 a 21. Para profundizar sobre la naturaleza del arbitraje, *vid.* H. MOTULSKY, *Écrits II. Études et notes sur l'arbitrage*, Paris, 1974, págs. 5 a 25; B. OPPETTIT, «Justice étatique et justice arbitrale», en AA.VV, *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, págs. 415 a 426.

⁴⁰⁴ Prueba de la falta de potestad jurisdiccional de los árbitros es su imposibilidad para *hacer ejecutar lo juzgado*. Para solicitar el *exequatur* y la ejecución forzosa es necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales. Sin olvidar también, la posibilidad de interponer recurso de anulación del laudo arbitral. Por esta razón, se habla del arbitraje como «equivalente jurisdiccional», *vid. ad. ex.*, STC Sala Segunda, núm. 43/1988, de 16 de marzo; STC Pleno, núm. 15/1989, de 26 de enero; STC Pleno, núm. 62/1991, de 22 de marzo; STC Sala Primera, núm. 288/1993, de 4 de octubre; STC Pleno, núm. 174/1995 de 23 de noviembre; ATC Sala Primera, núm. 326/1993, de 28 de octubre; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 457; «método para-jurisdiccional», *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999, pág. 274; o «cuasi-jurisdiccional», *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 96 y 98; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 62.

⁴⁰⁵ En cuanto a la naturaleza contractual de los ADR, *vid. supra*, págs. 116 y 117. En el caso de la mediación, para que el acuerdo adquiriera fuerza ejecutiva, además del consentimiento de las partes en este sentido, se necesitará acudir a las autoridades públicas, -normalmente a los tribunales y notarios-, o bien, continuar el procedimiento arbitral para que el contenido de tal acuerdo se recoja en el correspondiente laudo, *vid. infra*, págs. 364 a 373.

⁴⁰⁶ Esta idea de complementariedad ADR-arbitraje es muy habitual dentro del comercio internacional. Aunque su máximo exponente sean los *med-arb* (*vid.* J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», *loc. cit.*, pág. 5), muchos de los métodos alternativos de solución de conflictos están pensados para un posible arbitraje posterior, de hecho esta es una de las estructuras más comunes a la hora de diseñar sistemas de resolución de conflictos en los contratos, *vid. infra*, págs. 217 a 220.

138. De los dos argumentos expuestos se infiere que, a pesar de las similitudes que el arbitraje pueda tener con los ADR, -como la confidencialidad, la imparcialidad o la general utilización de expertos para actuar de terceros, o la posibilidad de acordar otros extremos configuradores del procedimiento-, las diferencias entre ambos son suficientemente importantes como para entender que aquel no puede ser considerado un método alternativo de resolución de conflictos. Ni comparten la misma naturaleza, -el arbitraje es contractual-jurisdiccional y los ADR son esencialmente contractuales-; ni gozan de las mismas características, -los ADR son más flexibles e informales, apenas están regulados, todo ello con el fin de resolver las controversias de la forma más rápida y económica posible; mientras que el arbitraje es más rígido, a la vez que goza de una mayor reglamentación con el fin de aportar garantías suficientes a las partes, pero a la vez hace el procedimiento más lento y costoso-.

b) ADR y negociación.

139. La negociación ha sido también objeto de debate en torno a su inclusión o exclusión dentro del concepto de ADR. En el ámbito del arreglo de diferencias, la negociación se define como cualquier comunicación llevada a cabo directamente por las partes en orden a lograr la solución del conflicto⁴⁰⁷. Los defensores del concepto tradicional de ADR incluyen la negociación dentro del mismo en tanto que método destinado a solucionar conflictos distinto del proceso judicial.

140. Sin embargo, de su definición se extrae una diferencia fundamental con el resto de ADR: no existe la participación de un tercero, sino que son las propias partes, las que logran llegar a un acuerdo exclusivamente por sí mismas⁴⁰⁸. De hecho, si éstas

⁴⁰⁷ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pág. 136.

⁴⁰⁸ En cuanto a esta característica de los ADR, vid. *supra*, pág. 118. Dicha causa, que fundamenta la exclusión de la negociación, se utiliza tanto desde la perspectiva internacional, vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., págs. 40 y 49; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., pág. 12; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pág. 136 en relación con pág. 169; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., págs. 8, 9, 21 24 y 25. Como desde la perspectiva interna, vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., págs. 16 y 17. Dentro de este mismo plano, y por igual razón, se excluye también la transacción, tanto la judicial como la extrajudicial, pues está no incluye, siempre y en todo caso, la participación de un tercero, además de no configurarse como un ADR propiamente dicho, sino uno de los posibles resultados a los que se puede llegar utilizando un ADR, vid.

se sirvieran de un tercero para llegar a una solución, ya no se estaría ante una negociación, sino ante una mediación⁴⁰⁹. Aunque este es el principal argumento para la exclusión de la negociación del concepto de ADR, también se puede alegar otra diferencia: la falta de estructura de la que carece la negociación, cuando los métodos alternativos de solución de conflictos sí son mecanismos con una configuración más o menos, -muchos extremos dependerán de lo que acuerden las partes-, organizada⁴¹⁰. En conclusión, y debido a todos los argumentos expuestos, la negociación debe considerarse excluida del concepto de ADR.

2. Objeto: el término «dispute».

141. Cuando nace el «movimiento ADR», y por tanto, comienza la utilización de tal término, éste sirve para designar a aquellos métodos cuyo fin, en tanto que mecanismos *alternativos* al proceso judicial, es, exclusivamente, la resolución de *disputas*, esto es, de asuntos susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales⁴¹¹. En este sentido, se debe hacer mención al diferente matiz que, en este ámbito, se desprende de los términos «disputa» y «conflicto». Mientras que «disputa» tiene una connotación más bien jurídica, lo cual concuerda con el significado originario del

M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 15 a 21; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats», *RIDC*, vol. 49, n° 2, 1997, págs. 356 y 357; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos de solución de controversias», *Jurídica-Anuario*, pág. 397; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 463 a 466; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 457; C. ROGEL VIDE, «Mediación y transacción...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 20. En cuanto al acuerdo de mediación y la transacción, *vid. infra*, págs. 349 a 353.

⁴⁰⁹ Una de las definiciones más extendidas de mediación, -en su modalidad facilitadora-, es su consideración como negociación asistida por un tercero, *vid.* L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation...», *loc. cit.*, pág. 82. En cualquier caso, esta diferencia es sustancial, porque la intervención del tercero reconvierte la dinámica del método de resolución de disputas. En la negociación tradicional, se suele adoptar la dinámica del *win-lose*, a modo del proceso judicial tradicional, mientras que la participación del tercero permite a la mediación basarse en la filosofía *win-win*, asistiendo a las partes a lograr soluciones innovadoras e integradoras para ambas, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 262 a 264.

⁴¹⁰ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 25; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles, process, practice*, Toronto, Vancouver, 1998, págs. 72 y 73. Aunque los citados autores solo exponen dicha diferencia respecto de la mediación, ésta puede extrapolarse al resto de ADR. En cuanto a esta característica de los ADR, *vid. supra*, págs. 115 y 116.

⁴¹¹ En cuanto al nacimiento del «movimiento ADR», *vid. supra*, págs. 46 a 50.

acrónimo «ADR», el término «conflicto» goza de un alcance más amplio, esto es, se refiere a todo tipo de diferencias, también a aquéllas que pueden no ser objeto de demanda ante los órganos jurisdiccionales⁴¹².

142. Los conflictos pueden definirse como *las situaciones donde los intereses de dos o más personas se oponen de tal manera que hace imposible que todos ellos puedan ser satisfechos*⁴¹³. Los conflictos pueden atravesar diferentes etapas: la primera fase donde existe una experiencia considerada como dañosa; en segundo lugar, cuando dicha situación perjudicial se atribuye a una determinada persona física o jurídica; en tercer lugar, cuando una de las partes exige un remedio o compensación a la que entiende es culpable de tal coyuntura nociva, y finalmente, cuando esta última rechaza tal queja⁴¹⁴. En esta última fase, cuando existe una negativa de la parte contraria es el momento en el que el conflicto se convierte en disputa⁴¹⁵. Teniendo en cuenta la amplitud del concepto de conflicto, éste se refiere tanto a los propios intereses que puedan tener las partes, -en el comercio internacional, principalmente, de tipo económico-, como a los derechos y obligaciones de cada una de ellas, en otras palabras, los conflictos pueden tener una naturaleza muy variada, no sólo jurídica. De hecho, en el ámbito que aquí se estudia, lo habitual es que la óptica económica y la legal se entremezclen. Sin embargo, a medida que los conflictos van escalando, y especialmente, cuando se llega a la última fase, es la

⁴¹² Vid. C. MENKEL-MEADOW, *Dispute processing and conflict resolution*, Ashgate Dartmouth, 2003, págs. xvi. El término controversia es similar al de conflicto, esto es, se caracteriza por su amplitud, *vid.* S.R. PEPPEY en «Contract formation in imperfect markets: should we use mediators in deals?», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 19, nº 2, 2004, pág. 349; G.R. WOODMAN, «The alternative law...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 581 y 582.

⁴¹³ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 132.

⁴¹⁴ En cualquier caso, es importante tener en cuenta que los conflictos no deben verse como algo negativo o destructivo, sino todo lo contrario. Son parte intrínseca de la interacción y del comportamiento humano, así como motor de los cambios y evoluciones. Esta perspectiva es la que debe tomarse en consideración a la hora de gestionarlos, *vid.* L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, pág. 47; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 1.

⁴¹⁵ Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 24 a 28; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, págs. 133 y 134; W.L.F. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, «The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...», *L. & Soc. Rev.*, vol. 15, nº 3-4, 1980-1981, págs. 631 a 637. Por esta razón, para referirse a una disputa se habla también de conflicto manifiesto, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving dispute: Theory, Practice and Law*, New York, 2005, pág. 21. Para profundizar sobre el concepto de conflicto, *vid.* R. ALZATE SAÉZ DE HEREDIA, «La dinámica del conflicto», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, págs. 107 a 118; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, págs. 20 a 26; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 137 a 160.

perspectiva legal la que prevalece y predomina por encima de las demás, de ahí que, en general, las disputas sean jurídicas⁴¹⁶.

143. Aunque los ADR se empleen generalmente para resolver disputas, esto es, conflictos que se encuentran en su grado máximo de confrontación, en realidad, su objeto es mucho más amplio, no sólo se circunscribe a las disputas jurídicas propias de resolución por parte de los tribunales, sino que se extiende a los conflictos en toda la extensión del término. Reflejo de tal afirmación, son los numerosos problemas, normalmente de tipo técnico, que surgen durante un proyecto de larga duración. Dichos obstáculos, en muchas ocasiones, causados por factores exógenos y que ninguna de las partes había previsto, son perjudiciales para los intereses de una de ellas, si bien debe ser solventado por ambas en orden a la continuación de la actividad pactada⁴¹⁷. Otro caso suele producirse durante la negociación del contrato, donde muchas de sus controversias, como por ejemplo aquellas cuyo origen es la fijación de precios, a veces no podrán alcanzar una naturaleza jurídica⁴¹⁸. En ambos supuestos, el empleo de los ADR es lo más adecuado en orden a que las partes logren continuar con sus propósitos, ya sea la ejecución satisfactoria del contrato, o incluso, la firma del mismo⁴¹⁹.

3. Función: el término «resolution».

144. Finalmente, se debe analizar la última sigla del acrónimo «ADR»: el término *resolution*. Cualquiera que sea el ámbito en el que se empleen estos métodos, su principal función es siempre la solución efectiva del conflicto planteado⁴²⁰. Dentro del

⁴¹⁶ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pág. 133. Ello no significa que no puedan existir disputas que no sean jurídicas, pues todo conflicto es una disputa potencial, basta con que la parte contraria se manifieste rechazando la pretensión de la otra. En este sentido, la disputa es una subcategoría de conflicto. Vid. K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., págs. 18 a 23; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, op. cit., págs. 2 a 4 y 8 a 15. En cuanto a los diferentes tipos de disputas, vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., págs. 3 a 7.

⁴¹⁷ Un claro ejemplo se encuentra en el ámbito de los contratos de construcción internacional, vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, op. cit., págs. 215 y 216.

⁴¹⁸ Este supuesto se refiere a la *deal mediation*, vid. *infra*, págs. 176 a 180.

⁴¹⁹ En este trabajo, y sin perjuicio del matiz conceptual aquí explicado, los términos de disputa, conflicto, controversia, problema o diferencia, -así como otros vocablos sinónimos-, se utilizarán indistintamente.

⁴²⁰ Aunque en este trabajo se utilizan los términos resolución y solución de forma sinónima, en sentido estricto, el primer vocablo corresponde a los métodos heterocompositivos, mientras que el segundo se

comercio internacional, dicha finalidad se acentúa, porque de este modo, las partes podrán continuar con sus negocios, caracterizados por implicar, en la mayor parte de las ocasiones, grandes cantidades de dinero e importantes intereses⁴²¹.

145. A pesar del protagonismo indiscutible de la citada función, el término «resolución», -al igual que ocurre con «disputa»-, no abarca todas las tareas que los ADR pueden llevar a cabo. En este sentido, las distintas finalidades que estos métodos pueden cumplir están íntimamente relacionadas con su objeto, el conflicto, y particularmente, con la amplitud del mismo. Partiendo de esta base, los ADR, en muchas ocasiones, sirven para prevenir el propio conflicto, la escalada del mismo, o existiendo éste, su eventual conversión en disputa⁴²²; así como para mitigarlo o trabajarlo en orden a que sea otro método el que solvente la controversia, -normalmente el arbitraje o el proceso judicial-⁴²³.

146. En definitiva, del mismo modo que el vocablo «resolución» es más afín al concepto de «disputa», porque un conflicto llevado a su máximo grado de confrontación

relaciona con los autocompositivos, -por ejemplo la mediación-, esto es, cuando son las partes las que logran llegar a un acuerdo por ellas mismas, *vid.* J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 57.

⁴²¹ Esta función corresponde con la finalidad originaria de los ADR, esto es, el objetivo perseguido por el «movimiento ADR» original, *vid. supra*, págs. 46 a 50.

⁴²² Esta labor de prevención se predica del *fact-finding* o peritaje (*vid. infra*, nota nº 444); y los *Dispute Boards* (*vid. infra*, pág. 149). Si bien, los paradigmas de la prevención de los conflictos por su propia configuración son el *partnering* (*vid. infra*, págs. 159 a 163) y el *alliancing* (*vid. infra*, págs. 163 a 167).

⁴²³ Aunque esta última función suele complementarse con el arbitraje o el proceso judicial debido al afán resolutivo del ámbito comercial internacional. En este sentido se pueden emplear el *neutral evaluation* (*vid. infra*, nota nº 440); del *fact-finding* o peritaje (*vid. infra*, pág. 138); del procedimiento precautorio prearbitral (*vid. infra*, pág. 143); o del *mini-trial* y el *summary jury trial* (*vid. infra*, pág. 157). En otros campos, dicha labor de los ADR puede ser un fin en sí misma, especialmente aquellos caracterizados por su naturaleza emocional y afectiva. Así, en el campo familiar, vecinal, penal, o intercultural, los ADR, y en especial la mediación, puede emplearse, simplemente, para lograr un mero acercamiento ante posiciones opuestas y muy alejadas de las partes, aunque ello no conlleve una solución efectiva del conflicto. *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pág. 23; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, págs. 12 a 16; A. DEL MORAL GARCÍA, «La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, págs. 51 y 52; M. LÓPEZ-JURADO PUIG, «La mediación como profesión, algo más que una técnica», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, pág.4; NADRAC, *ADR Terminology...*, *op. cit.*, pág. 11; M.A. PEÑA YAÑEZ, J.L. UTRERA MOLINA, M.L. MINGO BASAÍL, C. FERNÁNDEZ CARRÓN, M. DE PRADA RODRÍGUEZ, «La mediación en el ámbito...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 136; G.R. WOODMAN, «The alternative law...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 582. En este sentido, se debe traer a colación la definición que E. VINYAMATA ofrece de dicho método como el procedimiento que procurará establecer un acuerdo y *dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto*, *vid. Aprender mediación*, Barcelona, 2003, pág. 17.

sólo puede ser objeto de resolución, ya sea por medio de un ADR o de otros métodos como el arbitraje o el proceso judicial. La idea de «conflicto» debe ir acompañada de una expresión mucho más amplia, que englobe no sólo la resolución, sino también la prevención y la atenuación del mismo. En este sentido, se puede decir que la función general de los ADR es la gestión o el tratamiento del conflicto -«conflict management»-

424.

4. Clasificación.

147. A pesar de la flexibilidad característica de los ADR, consecuencia de la autonomía privada de las partes a la hora de conformarlos, éstos suelen ser objeto de dos clasificaciones. La primera atiende a las funciones que ejerce el tercero, así como a la naturaleza de la solución adoptada, dos extremos íntimamente relacionados⁴²⁵. La segunda, se refiere a la relación entre los ADR y el proceso judicial⁴²⁶.

A) ADR facilitadores, ADR evaluadores y ADR resolutorios.

148. Dicha clasificación atiende a la configuración que, de forma general, tiene cada uno de estos métodos, si bien, de igual modo, se tiene presente que las partes siempre pueden moldear, y por tanto, modificar, estos aspectos⁴²⁷.

⁴²⁴ Vid. L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, op. cit., pág. 50; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., págs. 7 y 8; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pág. 133; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», loc. cit., págs. 94 y 95; A. SAIZ GARITAONAENDÍA, «Mediación, medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, op. cit., págs. 74 y 76. A pesar de tal afirmación, en este trabajo, siguiendo con el significado convencional de las siglas ADR, se utilizará principalmente la expresión «resolución de conflictos».

⁴²⁵ Es importante tener en cuenta que dicha clasificación parte del concepto dado de ADR en epígrafes anteriores. Existen otras clasificaciones, si bien, utilizan otras concepciones como premisa, vid. ad. ex., G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, op. cit., págs. 2 a 8.

⁴²⁶ Vid. Libro Verde..., op. cit., pág. 7.

⁴²⁷ El diseño de sistemas de resolución de conflictos está basado, y sigue la lógica de esta clasificación, vid. infra, págs. 217 a 220. Otros autores realizan clasificaciones muy similares, si bien utilizan un concepto de ADR más amplio, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 9 y 10; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...* op. cit., pág. 342; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., pág. 15; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., págs. 11 a 14. En este sentido, otra clasificación

A) Los *ADR facilitadores* se constituyen como los métodos donde la participación del tercero es mínima. Éste se limita a asistir a las partes para que sean ellas mismas las que logren llegar a un acuerdo. Paradigma de esta clase de ADR es tanto la mediación como el *mini-trial*⁴²⁸.

B) En los *ADR evaluadores*, el tercero adquiere un papel más activo, al encargarse de estudiar la documentación presentada por las partes, escuchar sus argumentos, y en algunos métodos, si bien de forma excepcional, investigar distintos extremos relativos al conflicto. Por esta razón, y salvo ciertas excepciones, se suele elegir a un experto para tal tarea. Todo ello con la finalidad de realizar sugerencias o recomendaciones, esto es, exponer la solución que, en su opinión, estima más adecuada para el conflicto planteado, si bien, dicho pronunciamiento no es vinculante. Entre estos ADR se encuentran la *neutral evaluation*, el *fact-finding* o peritaje, el *summary jury trial*, y en principio, los *dispute review boards* y los *combined dispute boards* de la CCI⁴²⁹.

C) Los *ADR resolutorios* se caracterizan por la máxima intervención del tercero, el cual, además de examinar los documentos presentados por las partes y de oír sus alegaciones, tiene atribuida, de forma común y general, una labor investigadora. Además y como resultado de dichas actividades, el tercero, que será un experto en la materia que se trate, dictará una decisión vinculante, aunque ésta sólo goce de naturaleza contractual. Ejemplos de estos ADR son: la *adjudication*, el procedimiento precautorio prearbitral, la *expert determination*, así como los denominados *dispute boards* del Banco Mundial y los *dispute adjudication boards* de la FIDIC y la CCI⁴³⁰.

basada en las facultades del tercero distingue entre la labor consultiva o consensual, que abarca la facilitadora y la evaluadora; y la labor directiva o resolutoria, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 39 y 40; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 16 y 17.

⁴²⁸ En cualquier caso, ambos ADR también pueden adquirir una función evaluadora. En cuanto a la mediación, *vid. infra*, págs. 180 a 182. No se habla de conciliación, sino que se entiende como sinónimo de aquélla y no como un ADR diferenciado, *vid. infra*, págs. 182 a 184. En lo relativo al *mini-trial*, *vid. infra*, pág. 153.

⁴²⁹ El *fact-finding* o peritaje puede configurarse como resolutorio, en tanto que la intervención del tercero puede ser mayor, adoptando una decisión vinculante para las partes, *vid. infra*, pág. 138. En cuanto a las especiales características de los *Dispute Review Boards* y los *Combines Dispute Boards*, *vid. infra*, pág. 148.

⁴³⁰ *Vid. infra*, págs. 139 a 150. FIDIC son las siglas correspondientes a la *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*.

B) ADR intrajudiciales y ADR extrajudiciales.

149. Según esta categorización, los ADR intrajudiciales son aquellos que, aunque se desarrollan al margen del proceso judicial, se encuentran vinculados al mismo debido a que su utilización trae causa de la previa sugerencia u orden del juez, una vez iniciado el proceso judicial. Por su parte, los ADR extrajudiciales son aquellos que se desarrollan completamente al margen del proceso⁴³¹.

III. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS ADR UTILIZADOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

150. Aunque dentro del comercio internacional, -al igual que ocurre en el resto de ámbitos-, la mediación sea el paradigma de ADR, ello no significa que no se empleen otros métodos alternativos de arreglo de controversias⁴³². Dichos mecanismos, cada uno de ellos diseñados para gestionar concretas situaciones conflictivas que se presentan en el comercio transfronterizo, van a gozar de unas características propias, que los diferencian de la mediación⁴³³. Esta exposición de los diferentes ADR utilizados

⁴³¹ El *Libro Verde* los denomina *ADR en el marco de procedimientos judiciales* y *ADR convencionales* respectivamente, *vid.* pág. 7.

⁴³² La mediación en el comercio internacional será tratada en los Capítulos siguientes (III, IV, V y VI).

⁴³³ Este apartado se centra en aquellos ADR que son empleados, en mayor o menor medida, dentro del comercio internacional. Con ello, se quiere decir que existen otros métodos alternativos de resolución de conflictos además de los que aquí se tratan, si bien, su utilización no está tan extendida o no son propios del citado ámbito. Entre los más importantes se encuentran:

a) la *regulatory negotiation* o *reg-neg*, utilizada en el ámbito público, concretamente a la hora de realizar regulaciones por parte de las autoridades gubernamentales, y en virtud de la cual, un tercero intenta que todos los interesados en una determinada materia lleguen a cierto consenso en torno al contenido de una norma, *vid.* K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 47; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 201 a 203; L.R. SINGER, *Settling disputes: conflict resolution in business, families and the legal system*, San Francisco, London, 1990, pág. 24.

b) el *rent-a-judge* o *private judging*, muy utilizado en aquellos Estados de EE.UU donde los tribunales tienen más sobrecarga de trabajo, y en virtud del cual, las partes acuden a un árbitro privado, normalmente un juez retirado, para que éste resuelva el caso como si fuese un proceso judicial, su decisión puede ser vinculante o no serlo, *vid.* G. APPLEBEY, «An overview of alternative dispute resolution», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange...*, *op. cit.*, pág. 36; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 7; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, pág. 382; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 59 y 60.

en el comercio internacional será de gran utilidad para los particulares, eventuales partes de un conflicto; para los profesionales, encargados de articular tales procedimientos; e incluso para los órganos jurisdiccionales, en su tarea de remisión e invitación al uso de tales mecanismos. Principalmente, les suministrará valiosa información en orden a conocer cuál de dichos métodos es más adecuado según las diferentes circunstancias y características que rodean y definen a la controversia planteada. Se otorgará claridad en cuanto a la configuración de los mismos, pero sin obviar su naturaleza flexible e informal, porque de lo contrario, se omitiría una de sus principales características, creando diferenciaciones artificiales que no reflejan la realidad que los asiste⁴³⁴.

c) otro método muy similar al anterior, y utilizado en EE.UU, es la *non-binding arbitration*, un arbitraje donde se emite una decisión no vinculante, normalmente una recomendación, tras un proceso semejante al del arbitraje tradicional, *vid.* S.C. BENNETT, «Non-binding arbitration: An introduction», *Disp. Resol. J.*, vol. 61, n° 2, 2006, págs. 1 a 5; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 376 a 378; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute resolution: an essential competency for lawyers*, Nueva York, 2009, pág. 64.

d) el *ombudsman* y los programas o procedimientos de queja: muy utilizados por las autoridades públicas, escuelas, prisiones, universidades y también, por organismos de defensa de los consumidores, en este último supuesto, su presencia es muy habitual en el sector bancario y asegurador. En este método, los ciudadanos, estudiantes, profesores, presos, o consumidores presentan una queja ante un tercero, el cual, tras realizar las pertinentes investigaciones, asiste a las partes con el fin de que lleguen a un acuerdo, aunque también existe la posibilidad de que imponga una solución. *Vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, pág. 7; J. ALLIX, «De l'utilisation du terme ombudsman dans le domaine de services financiers», en J.P. BUYLE, P. MARCHANDISE (dirs.), *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, 1995, págs. 141 a 150; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, págs. 309 a 316; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pág. 13; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 380 a 383; C. CRAWFORD, «The local ombudsman. A form of alternative dispute resolution», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange...*, *op. cit.*, págs. 121 a 145; R. CROONENBERGHS, «L'ombudsman de l'union professionnelle des entreprises d'assurance (UPEA)», en J.P. BUYLE, P. MARCHANDISE (dirs.), *Les modes non...*, *op. cit.*, págs. 115 a 121; R.W. HODGIN, «Ombudsmen and other complaints procedures in the financial services sector in the United Kingdom», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange...*, *op. cit.*, págs. 167 a 194; R. JAMES, M. SENEVIRATNE, «The building societies ombudsman scheme», *Civ. Just. Q.*, vol. 11, 1992, págs. 157 a 174; R. JEFFERIES, «Alternative dispute resolution in the ombudsman», *Arbitration*, vol. 62, n° 1, February 1996, págs. 67 a 69; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 56 y 57; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 204; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 37; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision making*, London, Edinburgh, Dublín, 1998, págs. 294 a 304; P.M. QUINN, «Why an ombudsman?», *Arbitration*, vol. 65, n° 1, February 1999, págs. 66 a 71; M. SENEVIRATNE, R. JAMES, C. GRAHAM, «The banks, the ombudsman and complaints procedures», *Civ. Just. Q.*, vol. 13, 1994 págs. 253 a 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 25, 26, 99 a 102; J. VAN NULAND, «De ombudsman loor de cliënten van de banken», en J.P. BUYLE, P. MARCHANDISE (dirs.), *Les modes non...*, *op. cit.*, págs. 105 a 111; J-M. VEKEMAN, «Initiative législative en matière de règlement non judiciaire des conflits: Les médiateurs auprès des entreprises publiques», en J.P. BUYLE, P. MARCHANDISE (dirs.), *Les modes non...*, *op. cit.*, págs. 127 a 137.

⁴³⁴ En cuanto a las ventajas y desventajas de definir los ADR, *vid.* NADRAC, *ADR Terminology: a discussion paper*, Canberra, 2002, págs. 5 a 7.

1. *Neutral Evaluation.*

151. A través de este mecanismo, un tercero, generalmente un juez jubilado, un abogado experto en la materia, o una persona de reconocido prestigio en el sector del mercado donde la disputa surge⁴³⁵, se encargará de asistir a las partes enfrentadas en un conflicto a través de una evaluación objetiva del mismo⁴³⁶. Normalmente, éstas presentan al evaluador la documentación sobre el caso que estiman necesaria, para que, al cabo de unos días, tanto las partes como el tercero se reúnan⁴³⁷. En esta sesión confidencial, aquéllas, habitualmente a través de sus abogados, exponen el caso al evaluador⁴³⁸. A continuación, éste las ayuda a clarificar cuestiones, a identificar los puntos fuertes y débiles de ambas posiciones, y realizará una evaluación no vinculante sobre el caso, la cual puede ser expresada de forma oral o escrita⁴³⁹. La principal

⁴³⁵ La elección del tercero dependerá de la naturaleza del caso. En cuanto a los criterios a seguir para escoger de forma correcta, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution: the alternative*, Toronto, 1994, págs. 3-9 y 3-10.

⁴³⁶ Este ADR comenzó a utilizarse en 1985, en el Tribunal de Distrito de EE.UU para el Distrito Norte de California, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 372; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 178; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 374; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 180; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 37; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, pág. 274.

En cuanto al ámbito comercial se refiere, es muy habitual en EE.UU, pero no tanto en Europa, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 8. La CCI incluye la *neutral evaluation* dentro de su Reglamento ADR, www.iccwbo.org/court/adr/id4444/index.html

Este ADR no sólo puede ser utilizado fuera del ámbito de los tribunales, sino también dentro del marco de un proceso judicial. De hecho, esta práctica es muy habitual. Precisamente, la primera vez que se llevó a cabo este método de solución de disputas fue en su modalidad intrajudicial, de ahí que también se utilice el término *early neutral evaluation* (ENE). En este sentido, y como su propio nombre indica, los órganos jurisdiccionales en EEUU suelen recomendar su empleo antes de llevar a cabo el *discovery*, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pág. 298; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 612. Si bien, no obsta para que pueda realizarse en otras fases posteriores del proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 183.

⁴³⁷ El espacio de tiempo entre la entrega de documentación y la celebración de la sesión conjunta dependerá de la complejidad del caso, si bien, lo habitual es una semana.

⁴³⁸ Durante las exposiciones de las partes, el tercero puede interrumpirlas para realizar las preguntas que estime convenientes, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pág. 299; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 3-6.

⁴³⁹ Incluso en aquellos casos más complejos, la sesión o sesiones no alcanzarán ni los dos días de duración. Aunque puede darse dicha posibilidad, en dichas sesiones no suelen participar ni testigos, ni expertos de cada una de las partes, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 182, 183, 186 y 191; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction arbitration law*, Alphen

finalidad de este ADR es mostrar a las partes sus perspectivas de éxito de forma realista, el eventual resultado ante un proceso judicial o un arbitraje, para así animarlas a alcanzar por sí mismas un acuerdo⁴⁴⁰.

152. En general, la *neutral evaluation*, debido a su propia configuración, será más efectiva cuanto antes se realice dentro de la vida del conflicto. Por otra parte, este ADR es apropiado para aquellos casos cuya materia necesita de un experto capaz de simplificar y centrar los elementos verdaderamente esenciales del conflicto, de manera que las partes estén bien informadas sobre sus posibilidades y no se creen falsas expectativas. Se utilizan en casos jurídicamente complejos, donde existen múltiples partes con distintos y variados intereses, pero donde los hechos no son el centro de la disputa⁴⁴¹. Para tales casos, se encuentra el ADR expuesto a continuación.

aan den Rijn, 2006, pág. 137; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 37. Las partes acordarán que las alegaciones realizadas, así como el resultado obtenido a través de este ADR, no sean oponibles en procesos posteriores, especialmente, en un arbitraje o proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 190 y 191; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 137. La confidencialidad tanto del proceso como de la valoración del tercero también se encuentra regulado en la *neutral evaluation* de la CCI, tal característica se diferencia del informe que el experto emite en el procedimiento de peritaje regulado por la misma institución, porque una de las finalidades de tal documento, salvo que las partes acuerden lo contrario, es su utilización en el eventual proceso judicial o arbitraje posterior (art.12.4), *vid.* P.M. WOLRICH, «The New, Revised ICC Rules for Expertise: A presentation and commentary», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 13, n° 2, Fall 2002, pág. 14.

⁴⁴⁰ El tercero, si así lo acuerdan las partes, también las puede asistir en esta labor, haciendo las veces de mediador. En tal caso, y para evitar dudas a cerca de la imparcialidad de la evaluación, -debido a las informaciones confidenciales que pudiera obtener en las sesiones de las partes por separado durante la mediación -, ésta deberá quedar completada por escrito, aunque no publicada a las partes, antes de iniciar esta segunda fase *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 3-3, 3-7 y 3-8.

Este ADR también puede tener como finalidad la gestión del conflicto con vistas a su preparación para un posterior arbitraje o proceso judicial, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 179; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, pág. 133. Dicho objetivo, difícilmente se desarrollará en el comercio internacional como primera opción, porque en el citado ámbito, se busca una mayor eficiencia en términos de tiempo y dinero. Sin embargo, dicha finalidad puede configurarse como una ventaja ante un eventual proceso judicial o arbitraje, si este método de resolución de conflictos fracasa, debido a que las partes habrán trabajado sus posibles opciones ante el conflicto, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 3-1.

Si no se logra llegar a un acuerdo, el evaluador también puede asesorar a las partes en orden a elegir el método de resolución de controversias más adecuado al supuesto concreto, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 372 y 373; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 3-1 y 3-8.

⁴⁴¹ *Vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 180 a 182; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 615; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 137.

2. *Fact-finding* o Peritaje.

153. Muchos conflictos traen causa de las diferentes versiones de las partes en cuanto a los hechos acaecidos, o por dificultades estrictamente técnicas⁴⁴². Por ello, en este tipo de ADR, un tercero experto en el sector del mercado donde se enmarca la controversia, examina e investiga los diferentes aspectos fácticos y técnicos presentados por las partes, todo ello con el fin de esclarecer y determinar dichos extremos⁴⁴³. Una vez que el perito o *fact-finder* clarifica la situación a través de un informe, las posiciones respectivas de las partes serán más razonables y cercanas una de otra, base

⁴⁴² Dentro del ámbito comercial internacional, las controversias que suelen tratarse en este tipo de ADR pertenecen al campo de la construcción, y de la industria dedicada a la ciencia y la tecnología, donde suelen darse complejos casos sobre propiedad industrial e intelectual. A título de ejemplo, estos son algunos de los asuntos que pueden quedar sometidos a este ADR: la evaluación de los activos de una sociedad; el coste de la realización de una operación financiera, o de una obra; la determinación de precios de ciertos artículos; la utilización de tecnología patentada; pruebas de rendimiento de determinados productos; el funcionamiento de plantas industriales, *vid.* J-F. BOURQUE, «L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale», *Rev. Arb.*, n° 2, 1995, págs. 237 y 238; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, págs. 383 y 384; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 331.

Para que este ADR sea efectivo, es fundamental que se desarrolle en los primeros momentos de vida del problema, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 2-4 y 2-5. Tanto el aspecto material como temporal, no sólo lleva a exigir la necesaria participación de un tercero experto, sino que hace inadecuado la eventual presentación de la disputa directamente ante un tribunal arbitral (y por ende, también ante un órgano jurisdiccional), el principal motivo es que el lapso de tiempo, desde que los hechos acontecen hasta que el experto actúa en el arbitraje (o en un proceso judicial), puede ser demasiado largo, impidiendo, en muchos casos, que éste pueda realizar su trabajo, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 246 a 248.

En 2003, el Centro Internacional de Peritaje de la CCI, aprobó unas nuevas reglas relativas a este tipo de ADR, las denominadas *Rules for Expertise* o Reglamento de Peritaje, éstas se encargan de proponer y nombrar a los expertos, así como de regular el procedimiento, *vid.* www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf_documents/rules/rules_expert_spanish.pdf Sobre estas normas, *vid.* P.M. WOLRICH, «ADR under the ICC ADR Rules», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 88 y 89; P.M. WOLRICH, «ADR under the ICC ADR Rules», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 250 y 251. Además, en el año 2002, la propia CCI, a través del propio Centro Internacional de Peritaje, también aprobó el Reglamento DOCDEX o Reglamento de Peritaje para la Solución de Controversias en materia de Instrumentos Documentarios, es decir, unas normas que reflejan la posibilidad de aplicar este ADR a aquellos conflictos surgidos de créditos documentarios, instrucciones de cobranza, y garantías de primer requerimiento. Sobre esta modalidad especial de peritaje, *vid.* G. COLLYER, «Documentary credit dispute resolution under the DOCDEX Rules. Three years on», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Arbitration, Finance and Insurance – Special Supplement*, 2000, págs. 67 a 76; «Winfried Holzwarth on docdex», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 8, n° 2, 1997, págs. 51 a 54.

⁴⁴³ Las presentaciones de las partes pueden tener muchas variaciones, su configuración dependerá de lo que ellas mismas hayan acordado. Éstas pueden ser muy formales, asemejándose a un arbitraje o un proceso judicial, o pueden gozar de una mayor informalidad, donde el tercero pueda reunirse por separado con las diferentes partes, sus testigos y otras personas que puedan aportar información valiosa, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 2-5 y 2-6.

necesaria para lograr que aquéllas lleguen a un acuerdo. A su vez, este tercero puede realizar recomendaciones, asistiendo a las partes para que encuentren una solución al conflicto, o incluso, puede realizar una propuesta de acuerdo⁴⁴⁴. En cualquier caso, aunque su pronunciamiento suele configurarse como no vinculante, las partes pueden acordar lo contrario⁴⁴⁵.

154. El *fact-finding* o peritaje, en tanto que se encarga de clarificar hechos y aspectos técnicos que dieron lugar al problema, también suele ser utilizado como preludio para otro tipo de ADR, especialmente, la mediación y el *mini-trial*, y también para arbitrajes, e incluso procesos judiciales⁴⁴⁶. En el comercio internacional, lo más habitual es el empleo posterior del arbitraje. En este sentido, y con independencia de las alegaciones de las partes, así como de la participación de otros peritos a lo largo del procedimiento, el informe del perito, sea o no sea vinculante, tendrá un valor probatorio crucial, principalmente, por haber evaluado la situación cuando aún era reciente⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Cabe la posibilidad de que el tercero prepare un informe con las respectivas recomendaciones de forma individual a cada una de las partes, de manera que éstas no conozcan el contenido de cada uno de dichos documentos enviados al resto. Esto puede ayudar a realizar, a continuación, una negociación asistida por el propio *fact-finder*, de ahí que se denomine, *fact-based mediation*, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 375; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 2-6. La actuación del tercero no sólo sirve para resolver conflictos, sino también para prevenirlos, con esta última finalidad, y especialmente en el ámbito de la construcción, el tercero suele estar presente a lo largo del desarrollo de la obra, para ir supervisando y analizando las distintas dificultades técnicas que van surgiendo, para que así las partes perciban tales contratiempos de forma objetiva, evitando el conflicto. Además, también se encargan de recavar pruebas sobre la evolución del proyecto, situaciones concretas que necesitan ser verificadas en el momento, siendo muy difícil un análisis posterior de las mismas, al desaparecer o quedar distorsionadas por el paso del tiempo. Esta acción servirá para resolver, de forma realmente efectiva, eventuales conflictos. *Vid.* M. BÜHLER, «Technical expertise: an additional means for preventing or settling commercial disputes», *J. Int'l. Arb.*, vol. 6, n° 1, 1989, págs. 144 a 146.

⁴⁴⁵ *Vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 197; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 11; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 2-1. La posibilidad de que el pronunciamiento del perito sea vinculante, si así lo acuerdan las partes, también se recoge en el Reglamento de Peritaje de la CCI (art. 12.3). Además, todas las posibles funciones descritas de este tercero encuentran acomodo en esta regulación. Sin embargo, se debe destacar un punto, recogido en el art. 13.1, que hace diferenciar al citado peritaje de la mayor parte de ADR, y especialmente del *neutral evaluation*, debido a su aparente similitud. Mientras que en dichos mecanismos basta con que una de las partes dé por finalizado el procedimiento, para que efectivamente sea así, en el peritaje de la CCI, se necesitará que todas las partes acuerden su término, esto es, la falta de participación de una de ellas, no privará al perito de emitir el informe pertinente, *vid.* P.M. WOLRICH, «The New, Revised ICC...», *loc. cit.*, págs. 13 y 14.

⁴⁴⁶ La consideración aislada de este aspecto, el peritaje como apoyo a un proceso judicial o un arbitraje, sirve de motivo para excluir a este método del concepto de ADR expuesto en el *Libro verde...*, *op. cit.*, pág. 6. Sin embargo, como se puede observar a través de un estudio profundo de la figura, tiene todas las características necesarias para considerarse un ADR.

⁴⁴⁷ *Vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 375; M. BÜHLER, «Technical expertise...», *loc. cit.*, pág. 144; Y. DERAIS, «Expertise Technique et référé arbitral», *Rev. Arb.*, n° 3,

155. También cabe la posibilidad de que los expertos sean aportados por cada una de las partes, de modo que conjuntamente, y tras todas las informaciones recibidas, realicen un informe final con todos aquellos puntos en los que estén de acuerdo⁴⁴⁸. En cualquier caso, esta posibilidad, denominada *joint fact-finding*, adolece de un defecto importante, cada uno de los *fact-finders* podrá conocer ciertas informaciones de la parte contraria a la que representa, aspecto que puede ser evitado con la utilización de un experto neutral. Éste podrá conocer los diferentes datos de las partes implicadas, en orden a realizar su labor, pero ellas no sabrán nada a cerca de la parte contraria⁴⁴⁹. Dicho aspecto es muy importante para el éxito del *fact-finding*, genera confianza en las partes y evita posibles suspicacias, lo cual es imprescindible, no sólo a la hora de resolver conflictos derivados de una relación jurídica ya existente, sino también para asistir a aquellas partes que aún están en la fase de negociación de un contrato⁴⁵⁰.

3. *Adjudication*.

156. En este apartado, el término *adjudication* se refiere a un método de resolución de conflictos que se encuentra a medio camino entre los ADR más tradicionales y el arbitraje o el proceso judicial⁴⁵¹. Esta ubicación se debe a que el

1982, págs. 241 y 242; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, op. cit., pág. 251; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., págs. 2-6 a 2-12. Debido a la eventual utilización del informe del experto en un proceso arbitral o judicial posterior, el Reglamento de Peritaje de la CCI establece que dicho documento será revisado, exclusivamente en un sentido formal, por el propio Centro Internacional de Peritaje (art. 12.6). Aunque la cuestión en torno a la influencia del informe del experto es más importante en el arbitraje, en tanto que es un tercero el que adoptará una decisión que es título ejecutivo, que en los ADR, donde la decisión no tiene tal cualidad, ello no significa que las conclusiones emitidas por el perito no sean influyentes también en estos últimos procedimientos, sino que se configurarán como el punto de partida para después comenzar a trabajar en un futuro acuerdo, vid. R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., págs. 2-6, 2-10 y 2-11.

⁴⁴⁸ Vid. R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., págs. 2-12 a 2-15.

⁴⁴⁹ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, op. cit., pág. 198.

⁴⁵⁰ Especialmente es muy útil en las dos primeras etapas de la negociación, aquellas denominadas por S. R. PEPPEY como *matching*, esto es, cuando las partes desean celebrar un contrato pero todavía no saben si el acuerdo será posible, al desconocer ciertas informaciones de la parte contraria, que, por otro lado, ésta seguramente no quiera compartir; y *pricing*, el momento en que las partes deben fijar las cantidades económicas a desembolsar, números que dependen de los datos que cada una de ellas poseen y que pueden ser asimétricos, vid. «Contract formation...», loc. cit., págs. 305 a 310.

⁴⁵¹ En cuanto a la otra acepción del término *adjudication*, vid. supra, nota nº 390.

tercero, el *adjudicator*, es el que toma una decisión vinculante para las partes. Si bien dicho pronunciamiento de naturaleza contractual, es provisional, de modo que éstas podrán acudir, con posterioridad, a un arbitraje o proceso judicial⁴⁵². El tercero, experto en la materia, resolverá el conflicto una vez escuchadas las partes enfrentadas, aunque también podrá investigar e indagar en aquellos aspectos que considere necesarios⁴⁵³.

157. Dentro del comercio internacional, es en los contratos de construcción donde la *adjudication* se utiliza de forma mayoritaria⁴⁵⁴. Esto es así, especialmente en el Reino Unido, debido a la regulación existente. Dicha ordenación se compone por la *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996* (HGCRA) y el *Scheme for Construction Contracts 1998*⁴⁵⁵. Según estas normas, las partes pueden elaborar su propio procedimiento de *adjudication*, con las directrices recogidas en la sección 108 de

⁴⁵² Vid. N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK – recent developments», *SchiedsVZ*, n° 4, 2005 pág. 190; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 64; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 261. Si las partes no acuden a arbitraje o a un proceso judicial en un plazo determinado, la decisión será definitiva, si bien, tal pronunciamiento no goza del efecto de cosa juzgada propiamente dicho, *vid. supra*, nota n° 379. En todo caso, hasta que no exista el debido laudo o sentencia, la decisión produce todos sus efectos, ya que este mecanismo se basa en la idea *pay now, argue later*. Si se decide iniciar un arbitraje o un proceso judicial posterior, la decisión del *adjudicator* podrá ser utilizada. Vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 9; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 261.

Además, a pesar de que la decisión sea temporalmente vinculante, ésta no tiene porque estar motivada, dicho extremo dependerá de la voluntad de las partes. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el *adjudicator* puede resolver cuestiones de fondo, -especialmente si se tiene en cuenta la regulación del Reino Unido que a continuación se analiza-, y por tanto, tiene la posibilidad de establecer derechos y obligaciones a las partes, y para ello, deberá atenerse a la ley aplicable al contrato, *vid.* P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication in construction disputes*, Oxford, London, Edinburgh, 1999, págs. 165 a 167; P. NEWMAN, «Partnering, with particular reference to construction», *Arbitration*, vol. 66, n° 1, February, 2000, pág. 41.

⁴⁵³ Las alegaciones de las partes pueden ser orales, o pueden realizarse por escrito a través de la documentación que éstas estimen pertinente, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 64; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 260.

⁴⁵⁴ Su intervención en la industria del gas y el petróleo, ámbito donde los ADR son importantes, es mínima. Por otra parte, comienza a emplearse en el campo de las finanzas, y de la tasación de propiedades, *vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 9; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 263.

⁴⁵⁵ Vid. *Housing Grants, Construction and Regeneration Act*, [1996 c. 53].

la citada Ley⁴⁵⁶. Sin embargo, si no cumplen tal disposición o el contrato guarda silencio, se aplicará el *Scheme for Construction Contracts*⁴⁵⁷.

Con este telón de fondo, numerosas instituciones han previsto procedimientos de *adjudication* en el Reino Unido, entre ellas, se pueden destacar varias: a) El CEDR, el cual ofrece, a su vez, una mediación paralela, de manera que el eventual acuerdo al que lleguen las partes sea aplicado en vez de la decisión del *adjudicator*⁴⁵⁸; b) *JCT (Joint Contracts Tribunal) Standard Form of Building Contract 2005*; c) *NEC (New Engineering Contract) 3rd Edition 2005* y el *NEC3 Adjudicator's Contract 2005*, de la

⁴⁵⁶ En cuanto los requisitos recogidos en la HGCRA, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, págs. 73 y 74.

⁴⁵⁷ Esta regulación tiene una importancia crucial, y debe ser tomada en cuenta para aquellas empresas extranjeras que estén desarrollando un proyecto de construcción en el Reino Unido, porque estarán sometidas a este ADR aunque el contrato en cuestión no diga nada al respecto, y aunque no se haya elegido como ley aplicable la de Inglaterra y Gales o la de Escocia. La *adjudication* obligatoria en el ámbito de los contratos de construcción, también se ha regulado en otros países como Nueva Zelanda, Australia o Singapur. *Vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 57 a 59; N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK...», *loc. cit.*, pág. 190; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, págs. 90 a 155; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, págs. 72 a 74; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 262 y 263; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 41; M. RUBINO-SAMMARTANO, «The view from abroad on a parade of choices: Alternative processes to the "traditional" alternative, arbitration», *Alternatives*, vol. 27, n° 5, May 2009, págs. 83 y 84.

El principal inconveniente del uso obligado de la *adjudication* es la posibilidad de que el tercero dicte una decisión errónea. Dicha situación no es improbable en tanto que, el *adjudicator* puede llegar a conocer casos muy complejos, y según la sección 108 de la HGCRA, debe resolver en 28 días, pudiendo extenderse hasta 42. En cualquier caso, tal y como está configurado este ADR, esto es, debido al carácter provisional de la resolución, las partes podrán acudir a un arbitraje o proceso judicial posterior en orden a resolver la controversia; o también si, estando en principio conformes con la decisión adoptada, una de las partes la incumple. Asimismo, la jurisprudencia del Reino Unido se ha pronunciado sobre aquellos casos en los que no se va a considerar dicho pronunciamiento como válido, y por tanto, no se va a poder exigir su cumplimiento: a) si el *adjudicator* se extralimitó en sus funciones, bien porque resolvió un asunto fuera del ámbito de la HGCRA, bien por declararse nula la cláusula que contenía este ADR; o por haber resuelto fuera del plazo establecido y; b) si el *adjudicator* no fue imparcial o si no se dio a alguna de las partes la posibilidad de defenderse y contestar a las alegaciones de la contraria. La posibilidad de retener el pago al que pudiera estar obligado una parte, en virtud de la decisión del *adjudicator*, sólo se encuentra reconocida por la jurisprudencia de forma muy limitada. *Vid.* H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 10; N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK...», *loc. cit.*, págs. 191 a 195; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, págs. 91 a 93; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, págs. 74 a 76. Para realizar un estudio profundo de la legislación del Reino Unido sobre esta materia, *vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, págs. 353 a 369; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, págs. 151 a 169.

⁴⁵⁸ La sección 108 de la HGCRA establece el carácter vinculante y provisional de la decisión del *adjudicator*, estableciendo no sólo la posibilidad de acudir a arbitraje o a los tribunales, sino también la opción de un acuerdo entre las partes. Esta última alternativa es necesaria, en tanto que la *adjudication* se establece legalmente como obligatoria.

Institution of Civil Engineers (ICE) y; d) el *Model Adjudication Procedure* 2011 del *Construction Industry Council*⁴⁵⁹.

4. El procedimiento precautorio prearbitral.

158. En el comercio internacional, especialmente en aquellos contratos de larga duración, es muy habitual la necesidad o urgencia de mantener o conservar pruebas que de otro modo se perderían, debido a la cantidad de tiempo que un arbitraje o proceso judicial implican⁴⁶⁰. Con el fin de dar respuesta a tal situación, esto es, de obtener medidas cautelares y conservativas de forma rápida, económica y flexible, la CCI elaboró el *Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral* (RPPP)⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ Otras organizaciones que pueden citarse son: la *Royal Institution of Chartered Surveyors*; el *Royal Institute of British Architects*; el *Chartered Institute of Arbitrators*; la *Official Referees' Solicitors Association* y; la *Technology and Construction Court Barristers Association*, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 9; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 74.

⁴⁶⁰ Por ello, este procedimiento es especialmente útil en los contratos de construcción; en aquellas iniciativas donde se invierten grandes cantidades de dinero y se necesita la cooperación entre las partes a lo largo del tiempo como las *joint-ventures*; en aquellos sectores donde tiene un valor fundamental la prevención de los conflictos, como en el ámbito de las tecnologías, la información, la energía o el medio ambiente o; en los contratos donde alguna de las partes es un Estado o un órgano gubernamental, de manera que se evita acudir a los tribunales de dicho Estado para eludir cualquier comportamiento parcial del mismo, vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules for a pre-arbitral referee procedure», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 16, n° 1, 2005, págs. 59 y 60. En cuanto a las ventajas de este procedimiento respecto del arbitraje y del proceso judicial, vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, págs. 35 y 36, 58 y 59.

⁴⁶¹ Este Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 1990, y a pesar del interés de la doctrina por el mismo (vid. *ad. ex.* J.J. ARNALDEZ, E. SCHÄFER, «Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale», *Rev. Arb.*, n° 4, 1990, págs. 835 a 849; C. HAUSMANINGER, «The ICC rules for a pre-arbitral referee procedure: a step towards solving the problem of provisional relief in international commercial arbitration?», *ICSID Review*, vol. 7, n° 1, Spring 1992, págs. 82 a 113; H. SMIT, «Provisional relief in international arbitration: the ICC and other proposed rules», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 1, n° 3, 1990, págs. 388 a 410), la primera solicitud para iniciar un procedimiento de tal naturaleza no se produjo hasta el 8 de octubre de 2001, más de diez años después, vid. E. GAILIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee: First practical experiences», *Arbitration Int'l.*, vol. 20, n° 1, 2004, pág. 14; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, págs. 37 y 38. Ello es así porque siempre esta la vía de los órganos jurisdiccionales para solicitar dicha tutela cautelar, vid. R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, 2008, pág. 170. Para profundizar sobre la tutela cautelar en la mediación, vid. *infra*, págs. 321 a 334.

Este procedimiento precautorio prearbitral fue el resultado de largas discusiones doctrinales bajo los auspicios de la CCI y la iniciativa de su Secretario General, Yves Derains. Los dos grupos de trabajo creados a tal fin tuvieron dos fuentes de inspiración: a) los contratos de construcción standard, principalmente, aquellos elaborados por la FIDIC, en concreto, la función supervisora y de resolución de conflictos del *Ingeniero*, así como las críticas que dicha figura estaba recibiendo, y que precisamente, hizo nacer a los *Dispute Adjudication Boards* (vid. *infra*, pág. 148); b) la institución del *juge des référés*, propia del Derecho procesal civil francés (en cuanto a esta figura vid. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,

159. En virtud de la citada regulación, el tercero, una vez presentada la documentación por las partes, realizadas las oportunas investigaciones, y tras la comparecencia de las mismas, dictará una orden⁴⁶². Ésta no prejuzgará el fondo del asunto, si bien, será vinculante y provisional, esto es, seguirá en vigor salvo que el tribunal arbitral, el jurisdiccional o el propio tercero decida lo contrario (art. 6.3 RPPP)⁴⁶³. Además, el propio tercero puede sujetar el cumplimiento de su decisión a ciertas condiciones, como que una de las partes inicie un arbitraje o proceso judicial; o que la parte en cuyo beneficio haya sido emitida la orden otorgue una garantía adecuada (art. 6.4 RPPP). Al igual que ocurre con otros ADR, dicha orden tendrá un mero carácter contractual, esto es, no tiene nada que ver con las medidas que se puedan adoptar en un arbitraje o en un proceso judicial. Por tanto, el éxito de este

Los contratos internacionales..., op. cit., págs. 272 y 273). Vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit., pág. 36.

En cualquier caso, aunque este Reglamento fue el que dio origen a dicho procedimiento, de manera que su utilización ha estado siempre vinculada al citado texto de la CCI, también existen supuestos en los que este mecanismo se ha regulado *ad hoc*, vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees: Arbitrators, quasi-arbitrators, hybrids or creatures of contract law?», en AA.VV., *Global reflections on international Law, commerce and dispute resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, 2005, pág. 73. Además, otras instituciones han optado por aprobar regulaciones similares como la AAA, -*Optional Rules for Emergency Measures of Protection*-; la OMPI, -*Emergency Relief Rules*-; o la Corte Europea de Arbitraje, -*Pre-arbitral referee rules*-; vid. R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 170 a 177.

⁴⁶² En cuanto a las medidas que puede adoptar el tercero (art. 2) y su aplicación práctica, vid. E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», loc. cit., págs. 14 a 19; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit., págs. 48 a 53; M. RUBINO-SAMMARTANO, «The view from...», loc. cit., pág. 83.

⁴⁶³ A diferencia de la *adjudication* y de algunas modalidades de *Dispute Boards*, ADR muy similares al citado procedimiento precautorio prearbitral, éste sólo está pensado para adoptar medidas de tipo cautelar y conservativo, no cabe la posibilidad de tener por objeto la resolución del fondo del asunto. En todo caso, ello no significa que con la adopción de estas medidas, no se pueda poner fin a la disputa, o sirva como base para la consiguiente negociación, vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit., pág. 34. Además, aunque el diseño de este procedimiento esté pensado para un probable arbitraje posterior, -también se puede combinar con otros ADR-, ambos métodos de solución de disputas son completamente independientes. Para aplicar el procedimiento precautorio prearbitral se necesitará un acuerdo escrito por las partes en este sentido (art. 3.1 RPPP), sólo así podrá iniciarse. En definitiva, el sometimiento al procedimiento de arbitraje de la CCI no implica la facultad para incoar aquel. Esto lleva a la cuestión sobre la posible integración del mecanismo precautorio prearbitral en el Reglamento de arbitraje. En este sentido, aunque algunos autores no son partidarios, vid. K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees...», loc. cit., op. cit., pág. 87; otros sí que proponen dicha integración, vid. E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», loc. cit., pág. 24; si bien acompañada de un mecanismo *opt-out*, vid. J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», loc. cit., págs. 38, 39 y 60.

procedimiento dependerá, tan sólo, del compromiso de las partes a la hora de ejecutar la orden dictada⁴⁶⁴.

De conformidad con la naturaleza y finalidad de este procedimiento, la resolución del tercero se dictará en un breve plazo de tiempo, con carácter general, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se le entregó todo el expediente. Además, la orden se emitirá incluso aunque una de las partes no hubiese presentado su documentación, ni formulado observaciones o comentarios a las indagaciones del tercero, ni hubiese comparecido, siempre y cuando se constate que era conocedora de tales trámites (art. 5.6 RPPP y art. 6.2 RPPP)⁴⁶⁵.

5. *Expert Determination.*

160. A diferencia de la *adjudication*, las controversias objeto de la *expert determination* suelen ser, tan sólo, de carácter puramente técnico, o relativas a valoraciones o tasaciones. Además, se aplica a más ámbitos que, estrictamente, el de los contratos de construcción. Así, dentro del comercio internacional, deben destacarse los conflictos relativos a la industria de las nuevas tecnologías, del gas y del petróleo, de los seguros, de los transportes, contratos de arrendamiento financiero, licencias sobre

⁴⁶⁴ Es la naturaleza contractual de la decisión, y por tanto, su falta de ejecutoriedad, la característica fundamental a la hora de diferenciar este ADR del arbitraje, así como del proceso judicial. Aunque ha existido cierta controversia en torno al posible carácter jurisdiccional que pudiera llegar a tener la orden del tercero, lo cierto es que no existen argumentos sólidos para ello, sino todo lo contrario: a) el tenor literal del Reglamento de la CCI, evita hablar de arbitraje o cualquier término que invite a confusión en este sentido; b) tal y como se recoge por los autores del Reglamento, dicha norma regula un procedimiento contractual, ese es su espíritu y finalidad; c) es importante recordar que la realización de este procedimiento no implica necesariamente un arbitraje posterior. Además, en un importante pronunciamiento de la *Cour d'appel de Paris*, el 29 de abril de 2003, en el caso de la *Société Nationale des Pétroles du Congo* y la República de Congo contra la *Société Total Fina Elf E&P Congo*, también se ha declarado el carácter contractual de la orden del tercero, resultado del procedimiento precautorio prearbitral. *vid.* K.P. BERGER, «Pre-arbitral referees...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 76 a 87; E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee...», *loc. cit.*, págs. 20 a 23 y 33 a 37; J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules...», *loc. cit.*, págs. 53 a 56, 61 y 62; C. LÉCUYER-THIEFFRY, «First court ruling on the ICC Pre-arbitral referee procedure», *J. Int'l. Arb.*, vol. 20, n° 6, 2003, págs. 599 a 607. Precisamente, y en orden a corregir este punto débil, el art. 6.8.1 RPPP establece que, en caso de incumplimiento o rechazo de la orden del tercero, el tribunal arbitral o judicial podrá determinar si tal acontecimiento dio lugar a una indemnización por daños y perjuicios, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 274.

⁴⁶⁵ Esta característica es común a la regulación que la CCI hace del peritaje, *vid. supra*, nota n° 445.

derechos de propiedad intelectual, o compraventas de empresas, de acciones y otros bienes⁴⁶⁶.

161. En virtud de este ADR, las partes exponen sus alegaciones a un tercero, el cual tomará una decisión como solución al conflicto planteado. Dichas alegaciones podrán realizarse de forma oral o mediante la entrega de la documentación pertinente, sin perjuicio de la facultad que posee el tercero para realizar las investigaciones que estime necesarias, así como para preguntar a las partes aquellas cuestiones que entienda oportunas⁴⁶⁷. La decisión que tome el experto, a menos que las partes digan lo contrario, será vinculante y resolverá definitivamente, y no de forma provisional, la controversia⁴⁶⁸. En cualquier caso, ello no significa que posea efecto de cosa juzgada⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., pág. 343; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., pág. 55; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, op. cit., pág. 92; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination*, 4ª ed., London, 2008, págs. 20 a 87; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., págs. 264 y 266; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses in contracts providing for international arbitration», *Arbitration Int'l.*, vol. 23, nº 4, 2007, págs. 688 y 689. Debido a esta variada utilización, instituciones importantes en el ámbito internacional, como el CEDR, el *London Court of International Arbitration* (LCIA) o, la OMPI, han regulado este ADR.

Respecto de los contratos de compraventa, la función del experto es muy similar a la recogida por el art. 1447 Cc relativa al arbitrio de un tercero en orden a fijar el precio, vid. J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., pág. 324. Dicho arbitrio no debe confundirse con el arbitraje, pues la decisión del tercero tiene también carácter contractual, vid. H. MOTULSKY, *Écrits. Études et notes...*, op. cit., págs. 44 a 49.

⁴⁶⁷ En este aspecto, la *expert determination* tiene una gran similitud con la *adjudication*, vid. H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», loc. cit., pág. 4; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, op. cit., pág. 264.

En cualquier caso, durante esta fase, el experto puede ejercer, antes de emitir su decisión, como mediador, realizando sesiones separadas e intentando que las partes lleguen a un acuerdo, vid. J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., págs. 94 y 191. Para saber más sobre los derechos y obligaciones de los expertos, J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., págs. 249 a 273.

⁴⁶⁸ Vid. J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, op. cit., págs. 116 a 118. Aunque la *expert determination* descrita es la habitual, la que tiene mayor protagonismo, también cabe la posibilidad de configurar su resultado como provisional, -al igual que la *adjudication*-; e incluso, existe su modalidad no vinculante, en virtud de la cual, el experto sólo sugiere una solución a las partes, vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., pág. 342; D. JONES, «Is expert determination a “final and binding” alternative?», *Arbitration*, vol. 63, nº 3, August 1997, pág. 213; D. JONES, «Expert determination and arbitration», *Arbitration*, vol. 67, nº 1, February 2001, pág. 21.

Al igual que ocurre en la *adjudication*, las partes pueden acordar que el tercero no exponga las razones de su decisión en la resolución que emita, si bien, en este caso, será difícil acudir a los tribunales para impugnar dicho pronunciamiento sobre la base de un error manifiesto del tercero. En cualquier caso, dicha motivación deberá ser sucinta en orden a respetar la información confidencial dada por cada una de las partes al tercero, vid. S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., págs. 347 y 348.

Puede ocurrir que alguna de las partes incumpla lo establecido en la decisión emitida por el tercero, en ese supuesto, es importante tener en cuenta que ésta tiene una naturaleza completamente contractual, y en tales términos, se deberá plantear la eventual pretensión de la parte perjudicada. El pronunciamiento del experto tampoco es título ejecutivo, como lo es un laudo arbitral o una resolución jurisdiccional⁴⁷⁰. Por su parte, la contraria podrá alegar generalmente su falta de cumplimiento sobre los siguientes extremos: la existencia de fraude, de violencia, intimidación, o de error; el desarrollo de un procedimiento o una decisión injusta; la falta de imparcialidad e independencia por parte del tercero o que éste hubiera actuado *ultra vires*⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Vid. *supra*, nota nº 379. Esta es una de las grandes diferencias entre la *expert determination* y el arbitraje, junto con el carácter más informal y los conflictos más bien de naturaleza técnica que normalmente suele tratar la primera. Aunque la doctrina y la jurisprudencia anglosajona, donde más tradición tiene el citado ADR, han analizado las diferencias más en el ámbito de la responsabilidad del tercero, que en los efectos de tal método, ya existen algunos pronunciamientos en este sentido. Por ejemplo, esta diferencia ya ha sido puesta de manifiesto por una sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 17 de Noviembre de 2008, *vid.* 4A 438/2008. Para profundizar en las diferencias entre el arbitraje y la *expert determination*, *vid.* J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, págs. 274 a 296.

⁴⁷⁰ Por esta razón, y sobre todo en casos internacionales para facilitar su posterior eficacia extraterritorial, las partes pueden acordar que la resolución del experto, se pueda convertir en una resolución judicial, -si así lo permite el ordenamiento jurídico aplicable-, o en un laudo arbitral. *Vid.* D. JONES, «Is expert determination...», *loc. cit.*, págs. 213, 221 y 222; D. JONES, «Expert determination...», *loc. cit.*, págs. 23 y 24; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, págs. 201 a 206; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert determination in mergers and acquisitions under German Law», *Arbitration Int'l.*, vol. 20, nº 2, 2004, pág. 152.

Aunque ésta sea una desventaja importante, ello no obsta para considerar este ADR como adecuado, sobre todo, para resolver cuestiones de tipo técnico o de fijación de precios. Además, no debe olvidarse que es un procedimiento muy rápido, con un mínimo coste económico, y caracterizado tanto por su informalidad y flexibilidad, -consecuencia de la ausencia de regulación legislativa-, como por evitar una excesiva confrontación entre las partes, aspectos que no definen al arbitraje, *vid.* D. JONES, «Expert determination...», *loc. cit.*, págs. 27 a 29; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses...», *loc. cit.*, pág. 688; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert...», *loc. cit.*, págs. 153 a 155.

⁴⁷¹ *Vid.* S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pág. 349; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 55; C. CALABRESI, «Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto», *Dir. Com. Int.*, vol. 23, nº 4, 2009, págs. 806 y 807; A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006, págs. 293 a 295; H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, pág. 4; P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication...*, *op. cit.*, págs. 91 y 92; D. JONES, «Is expert determination...», *loc. cit.*, págs. 222 a 224; J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination...*, *op. cit.*, págs. 208 a 248; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 265; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 41; A.A. SANTENS, «Expert determination clauses...», *loc. cit.*, págs. 687, 689 a 692, y 696; A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert...», *loc. cit.*, págs. 161 a 163.

6. *Dispute Boards.*

162. En general, este ADR, utilizado mayoritariamente para resolver los problemas derivados de los contratos de construcción, no es más que una *adjudication*, si bien, la función del tercero no la ejerce un solo experto de forma individual, sino que suele ser ostentada por una comisión de especialistas en la materia⁴⁷².

Fruto del crecimiento que ha experimentado su uso, muchas instituciones han aprobado sus propias regulaciones⁴⁷³. Entre ellas, las más importantes son: a) el *Reglamento relativo a las Dispute Boards* 2004 de la CCI; b) la Cláusula 20 titulada *Claims, Disputes and Arbitration* de los diferentes *Standard Form Contracts* de la FIDIC y; c) los *Standard Bidding Documents* (SBD) del Banco Mundial⁴⁷⁴. Sin embargo, debido a la existencia de diferentes reglas, y a la importancia que han

⁴⁷² Los *Dispute Boards* nacieron en los EE.UU durante la década de los 70 dentro del ámbito de la ingeniería civil, -contratos de construcción de túneles, puentes y carreteras-. Ejemplos de esta primera fase de desarrollo son el *Eisenhower Tunnel* (Colorado); el *Mount Baker Ridge Highway Tunnel* (Washington) o; el *Chambers Creek Tunnel* (Washington). A continuación, este ADR se extendió a otros países y a otros sectores de la construcción como el de la ingeniería industrial, reflejo de ello es su empleo en la construcción de la presa de El Cajón (Honduras) a principios de los años 80. Finalmente, para la década de los 90, su uso ya se había generalizado, y algunas instituciones comenzaban a regular su utilización, como la FIDIC y el Banco Mundial. Vid. D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC relativo a los *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, ano 3, julio-setembro 2006, pág. 181; B. CAMPBELL, «Dispute Review Boards», *Arbitration*, vol. 60, n° 4, February 1994, pág. 17; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, op. cit., págs. 255 y 256; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., págs. 64 a 66; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)..., loc. cit., op. cit., págs. 368 y 369; G.J. VAZ, «Breves considerações sobre os *dispute boards* no directo brasileiro», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, ano 3, julio-setembro 2006, págs. 166 y 167.

⁴⁷³ Uno de los principales factores que motivaron su éxito y expansión fue su garantía de imparcialidad, frente a la falta de la misma en la figura del *Ingeniero* (FIDIC), tercero designado para, entre otras funciones, resolver conflictos, pero que trabajaba, y por tanto, era remunerado por el cliente, mientras que estas comisiones eran nombradas por todos los participantes en el proyecto y sus miembros pagados a partes iguales por todos ellos. En cualquier caso, aunque dicha figura del *Ingeniero* sigue existiendo, utilizándose para determinados tipos de disputas y como paso previo a los *Dispute Adjudication Boards*, ahora son éstas el mecanismo de ADR principal dentro de los *Standard Form Contracts* de la FIDIC. Otros aspectos que ha motivado su éxito ha sido el uso obligado, y por tanto, muy común, de la *adjudication* como consecuencia de la HGCRA, así como, el gran desembolso económico y la gran cantidad de tiempo que se invierte en un arbitraje. Vid. D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», loc. cit., pág. 181; C. CALABRESI, «Il *dispute board*...», loc. cit., págs. 769 a 772, 780 y 781; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, op. cit., págs. 229 a 245; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, op. cit., pág. 64; P. MALINVAUD, «Réflexions sur le *dispute adjudication board*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 5, ano 2, julio-setembro 2005, págs. 101 a 103.

⁴⁷⁴ Esta última regulación se hace eco de la *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer – Multilateral Development Bank Harmonised* (MDB) FIDIC 2006, que salvo pequeñas diferencias, se asemeja mucho a la citada Cláusula 20 de los distintos *Standard Form Contracts*.

adquirido en el comercio internacional, existe cierta confusión terminológica en torno a los *Dispute Boards* y la eficacia, vinculante o no vinculante, de las decisiones que adoptan. En este sentido, las comisiones que acuerdan resoluciones vinculantes, aunque provisionales, -al igual que la típica *adjudication*-, son las *Dispute Adjudication Boards* (DAB) de la FIDIC y de la CCI, así como las *Dispute Boards* del Banco Mundial. Sin embargo, también existen aquellas cuyas decisiones, en principio, no son obligatorias, salvo que las partes no muestren queja alguna a tal pronunciamiento, como las *Dispute Review Boards* (DRB) de la CCI o; las que, en primer lugar, emiten una recomendación, para posteriormente, adoptar una decisión vinculante si las partes así lo solicitan, o tan sólo una lo pide, aunque sin objeción de la contraria, como las denominadas *Combined Disputes Board* (CDB) de la CCI⁴⁷⁵.

163. En cualquier caso, tienen otros muchos extremos en común. En general, dichas comisiones están formadas por tres miembros, cada parte elige un miembro con la aprobación de la parte contraria, y el tercer comisionado, el que ejercerá en calidad de presidente, es elegido, bien por las partes con la conformidad de los miembros ya seleccionados, bien por los dos miembros ya electos y con la conformidad de las

⁴⁷⁵ Las *Dispute Boards* en EE.UU también suelen emitir decisiones de carácter no vinculante, así se refleja, por ejemplo, en la configuración de las *Dispute Review Boards* de la AAA, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, págs. 112 y 113; o en la bibliografía que trata estos ADR dentro de los EE.UU, *vid. ad. ex.* B. CAMPBELL, «Dispute Review...», *loc. cit.*, págs. 17 y 18.

En lo relativo a las DRB de la CCI, *vid.* art. 4.3 del Reglamento de la CCI. En cuanto a las CDB, *vid.* art. 6 del Reglamento de la CCI. Dicho Reglamento es muy importante para este ADR dentro del comercio internacional, no sólo por la institución de la que emana, sino porque no está limitado a los contratos de construcción a diferencia de la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, sino que está abierto a otros sectores de la contratación internacional. Dicha repercusión se refleja en la cantidad de bibliografía con este objeto, *vid. ad. ex.* D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, págs. 179 a 189; L. DEMEYERE, «Dispute boards and the new rules of the International Chamber of Commerce (ICC)», *Int'l. Disp. Resol.*, n° 1, 2005, págs. 21 a 29; P.M. GENTON, «An efficient dispute management tool: The dispute board and the ICC DB Rules», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 93 a 107; P.M. GENTON, «ICC dispute board rules: Status and perspectives of a key contribution to the prevention of disputes», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 399 a 418; R. HARBST, V. MAHNKEN, «ICC dispute board rules: the civil law perspective», *Arbitration*, vol. 72, n° 4, November 2006, págs. 310 a 319; R. HARBST, V. MAHNKEN, «Adjudication und Dispute Review Boards nach den neuen ICC Regeln», *SchiedsVZ*, n° 1, 2005, págs. 34 a 4; C. KOCH, «ICC's new dispute board rules», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 15, n° 2, 2004, págs. 10 a 34; C. KOCH, «Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 6, ano 2, julio-setembro 2005, págs. 141 a 175; P.M. WOLRICH, «ADR under...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 89 y 90; P.M. WOLRICH, «ADR under...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 251 y 252; R. ZAMORA ETCHARREN, «Las reglas CCI sobre *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, ano 3, julio-setembro 2006, págs. 190 a 201; R. ZAMORA ETCHARREN, «ICC dispute board rules: Practitioners' views», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 18, n° 1, 2007, págs. 43 a 50.

partes⁴⁷⁶. Todos ellos actuarán con la debida independencia e imparcialidad, esto es, no en calidad de representantes de la parte que les seleccionó. Normalmente, estas comisiones se crean al principio de un proyecto, de manera que éstas van supervisándolo y resolviendo aquellos problemas que van surgiendo a lo largo de su desarrollo, para ello, no sólo toman en cuenta las posiciones de las partes, sino que tienen capacidad para investigar aquellos aspectos que estimen necesarios⁴⁷⁷. Toda la información recabada, así como los debates que tengan los comisionados serán confidenciales, aunque la decisión final podrá presentarse como prueba ante cualquier tribunal arbitral o proceso judicial. Ésta se tomará en un breve espacio de tiempo, y se hará por escrito, aunque también puede adoptar una forma oral.

164. Tal y como se ha indicado anteriormente, y de forma similar a la *adjudication*, las decisiones de los *Dispute Boards* serán, en general, decisiones vinculantes, a menos y hasta que un tribunal arbitral o jurisdiccional se pronuncie sobre la controversia⁴⁷⁸. Si pasado el plazo establecido, las partes no han ejercido tal posibilidad, dicha decisión las obligará definitivamente⁴⁷⁹. En cualquier caso, tal y como ocurre con la *adjudication* y la *expert determination*, la naturaleza de la resolución es meramente contractual, no es título ejecutivo, ni posee efecto de cosa

⁴⁷⁶ La primera posibilidad es la elegida por la FIDIC en sus *Standard Form Contracts*, salvo en la MDB, que junto con el Reglamento de la CCI, y los SBD del Banco Mundial acogen la segunda opción. Aunque es poco común, estas comisiones también pueden estar formadas por un solo miembro. En ese caso, aunque sigan denominándose *Dispute Boards* en virtud de la citada normativa institucional, realmente se identifican con la *adjudication*, *vid. supra*, pág. 140.

⁴⁷⁷ Los comisionados suelen visitar la obra, al menos, una vez al mes. Esto les ayudará a tener un gran conocimiento del proyecto, y en consecuencia, a poder resolver las eventuales controversias de forma rápida, y sobre el terreno, evitando así la escalada del conflicto, *vid. H.R. DUNDAS*, «Dispute resolution in the oil...», *loc. cit.*, págs. 10 y 11.

La creación y actividad de las *Dispute Boards* desde la formalización del contrato es otra diferencia a tener en cuenta respecto de la configuración de la *adjudication* tal y como la define la HGCRA, así como de otros ADR tradicionales como la mediación, pensados para ser empleados sólo una vez surgido el conflicto entre las partes. En cualquier caso, también cabe la opción de crear *boards ad hoc*, así se refleja en la cláusula 20.2 de las *FIDIC conditions of contract for plant and design-build and for EPC/Turnkey projects*. *Vid. D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA*, «El Reglamento de la ICC...», *loc. cit.*, pág. 183; *C. CALABRESI*, «Il dispute board...», *loc. cit.*, págs. 784 y 785; *C. KOCH*, «ICC's new dispute...», *loc. cit.*, pág. 12; *P. MALINVAUD*, «Réflexions sur le dispute...», *loc. cit.*, pág. 103.

⁴⁷⁸ El motivo por el cual la decisión permanece vinculante, durante el proceso judicial o de arbitraje y hasta que no exista laudo o sentencia, es para dotar de efectividad a este ADR, siguiendo el principio ya mencionado en la *adjudication: pay now, argue later*, *vid. supra*, nota nº 452. En cualquier caso, la regulación de la FIDIC, y del Banco Mundial, también permiten que las partes lleguen a un acuerdo con distinto contenido.

⁴⁷⁹ El plazo es de 28 días según la regulación de la FIDIC y del Banco Mundial, y de 30 días según el Reglamento de la CCI.

juzgada⁴⁸⁰. Si ésta no se cumple por alguna de las partes, la contraria deberá alegar incumplimiento del contrato para lograr su ejecución⁴⁸¹. Tal incumplimiento será llevado a arbitraje, si bien, aunque no sea habitual en el comercio internacional, también cabe la posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional⁴⁸².

7. *Mini-trial*.

165. El *mini-trial*, a pesar de su nombre, no implica ningún proceso ante un juez o tribunal⁴⁸³. Antes de que el *mini-trial* comience, las partes deben configurarlo, esto es,

⁴⁸⁰ Vid. C. CALABRESI, «Il dispute board...», *loc. cit.*, pág. 813; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimiento alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 84. En concreto, se puede decir que tiene una eficacia contractual sometida a condición resolutoria, está solo desaparecerá si las partes decidan acudir a arbitraje o a un proceso judicial, y sólo una vez que exista el debido laudo arbitral o sentencia. Mientras que las decisiones emanadas de las DRB de la CCI, tienen una eficacia contractual sometida a condición suspensiva, esto es, sólo comenzará a tener dicha eficacia si las partes están de acuerdo con las mismas, *vid. L. DEMEYERE*, «Dispute boards...», *loc. cit.*, págs. 25 y 26.

⁴⁸¹ Por su parte, la defensa podrá escudarse en los supuestos ya enumerados tanto en la *adjudication* (*vid. supra*, nota nº 457), como en la *expert determination* (*vid. supra*, pág. 146).

⁴⁸² La regulación de la FIDIC y del Banco Mundial lo somete a arbitraje. Mientras que el Reglamento de la CCI, aunque también prevé el arbitraje, recoge la posibilidad de acudir a un juez o tribunal, en defecto de acuerdo entre las partes respecto a tal extremo.

⁴⁸³ Al *mini-trial* también se le denomina *senior executive appraisal mediation* (SEAM), *vid. N. ALEXANDER*, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 11; *executive tribunal*, *vid. H.J. BROWN*, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 362; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, pág. 103; I. HANGER, «Senior executive appraisal mediation», *ADR Bull.*, vol. 3, nº 4, 2000, págs. 1 a 3; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 62; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, pág. 40; *modified settlement conference*, *vid. M. PALMER*, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, pág. 227; o *executive settlement conference*, *vid. G.A. CHORNENKI*, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 213.

La primera vez que se llevó a cabo un *mini-trial* fue en 1977, en el marco de una acción por infracción de patente, presentada por *Telecredit* contra *TRW*, tras el desarrollo de la primera fase, fueron capaces de llegar a un acuerdo en tan sólo media hora, cuando llevaban ya tres años litigando. La duración de todo el ADR, esto es, desde el momento en que comenzaron a acordar todos los detalles que rodeaban el desarrollo del mismo, hasta que firmaron el acuerdo final fue de tres meses, *vid. F. ESTAVILLO CASTRO*, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, págs. 381 y 382; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-21 y 7-22; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 62 y 63.

Aunque, en un primer momento, a este método se le denominó *information exchange*, finalmente permaneció la expresión *mini-trial*, si bien, se discute qué publicación comenzó utilizando tal término. En este sentido, se ha afirmado que fue el *Wall Street Journal*, *vid. L.R. SINGER*, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 61; pero también se atribuye al *New York Times*, *vid. H.J. BROWN*, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 362; J.F. HENRY, J.K. LIEBERMAN, *The manager's guide to resolving legal disputes*, New York, 1985, pág. 25; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 241; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 192.

Su utilización está abierta a muy diversas disputas de tipo comercial, *vid. ad. ex. N. ANTAKI*, «Les contrats de médiation commerciale», en C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange...*, *op.*

acordar los diferentes elementos que lo conforman, adecuándolo al propio conflicto. Deben decidir cuestiones tan importantes como el tiempo que se va a emplear; las diferentes facultades de todos los participantes durante su desarrollo; la confidencialidad o; los costes del procedimiento. Todo ello se recogerá en el denominado *mini-trial agreement*⁴⁸⁴.

Este es un procedimiento estructurado, cuya primera fase consiste en la presentación del caso por cada una de las partes en un corto período de tiempo, para que así, éstas sólo puedan centrarse en alegar las cuestiones verdaderamente nucleares⁴⁸⁵.

cit., págs. 8 a 11; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution of international disputes –Practical observations on a “minitrial”», *Arbitration Int'l.*, vol. 3, nº 2, 1987, págs. 174 y 175; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 64 y 65. Si bien, es especialmente frecuente en el sector de la construcción, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 196; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 225 a 227; J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure in claims settlement disputes», *Arbitration*, vol. 56, nº 3, August 1990, págs. 183 a 187; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-23 a 7-27; D.S. SUTTON, «Alternative Dispute Resolution the “Mini Trial”», *Arbitration*, vol. 54, nº 2, May 1988, pág. 140.

La CCI incluye a los *mini-trials* dentro del ámbito de aplicación de su Reglamento ADR, *vid.* www.iccwbo.org/court/adr/id4444/index.html

⁴⁸⁴ En cuanto a los múltiples extremos que deben acordarse, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 364 y 365; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 246 y 247; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-8 y 7-9.

La duración total de este mecanismo, desde que las partes negocian su estructura hasta que, efectivamente, llegan a un acuerdo, no suele sobrepasar los tres meses. La utilización de este ADR puede deberse a la propia iniciativa de las partes antes de la interposición de una demanda ante los tribunales, o puede producirse una vez iniciado el proceso ante el órgano jurisdiccional, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 213 a 216; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, pág. 174; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 7-1; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 58. Si bien, su empleo suele ser más habitual fuera del marco de un proceso judicial, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 613.

En cuanto a la celebración de *mini-trials* antes de acudir a los tribunales, existen también cláusulas para insertar en los contratos que prevén su utilización en caso de conflicto, *vid. ad. ex.*, R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-35 y 7-36. Muchas organizaciones dedicadas a la resolución de conflictos ofrecen servicios de *mini-trial*. Tienen una regulación específica para este ADR, y un modelo de acuerdo basado en tal reglamentación. Entre tales organizaciones destacan: el CEDR; el CPR; la AAA; el *Australian Commercial Disputes Centre*; el *Hong Kong International Arbitration Centre*; la *Chamber of Commerce of Zurich* o; el *Netherlands Arbitration Institute*.

⁴⁸⁵ La duración de esta fase no suele sobrepasar los dos días, aunque lo normal es que cada parte tenga entre una y seis horas para su representación, de manera que en conjunto este método pueda ventilarse en un máximo de cuatro días, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 282; J.K. LIEBERMAN, J.F. HENRY, «Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, pág. 427. Antes de la misma, las partes pueden acordar el intercambio de ciertos documentos o pequeños expedientes, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 281.

Dicha exposición se realiza ante una comisión formada por altos ejecutivos pertenecientes a las empresas enfrentadas y con total poder de decisión⁴⁸⁶, así como por un tercero, denominado *neutral advisor*⁴⁸⁷. En esta primera etapa, éste se suele encargar

Las partes suelen ir asistidas de abogados, *vid.* G. APPLEBEY, «An overview of...», *loc. cit.*, pág. 35; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 351; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 225; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, pág. 174; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 136; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-14 y 7-15; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 26 y 61; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 84. Ello no obsta para ir también acompañadas de expertos e incluso testigos con el fin de apoyar sus alegaciones, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 195; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 213 y 214; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 248; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-9 y 7-10; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 193; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 36. En cualquier caso, la asistencia letrada no es obligatoria, y si existe, no está sujeta a ningún tipo de norma procesal, sino sólo a las reglas impuestas por las partes, *vid.* K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 241 y 242; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, pág. 40.

En caso de conflictos muy complejos, antes de iniciar esta fase, puede acordarse la realización de un *fact-finding*, en el que el *fact-finder* evalúe los hechos, siendo éstos aceptados por todas las partes, para que así, en las sesiones de esta primera fase del *mini-trial*, las partes se centren tan sólo en cuestiones jurídicas, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-8.2 y 7-9.

⁴⁸⁶ Aunque sean directivos representantes de las partes, *-senior management officer* o *senior executives-*, normalmente, no han estado implicados en las relaciones comerciales que han dado lugar a tal controversia, en orden a lograr una mayor objetividad, elemento necesario para un mayor éxito en la posterior negociación., *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 196; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 241; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 61; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 84. Sobre la elección de los altos ejecutivos para formar parte de la comisión, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-17 a 7-19.

⁴⁸⁷ La persona que actúa como tercero suele ser un juez retirado o un abogado, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 363; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 282; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, págs. 174 y 176; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 62; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, pág. 40; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 193; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 26. Si bien, en aquellos casos más técnicos, también puede ser un experto de la materia que se trate, eso sí, con ciertas habilidades en orden a facilitar la negociación. Dicha elección dependerá, especialmente, de la naturaleza del conflicto, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-5, 7-6, 7-15 a 7-17.

Aunque la intervención del tercero es un elemento que se utiliza en la mayoría de los *mini-trials*, las partes pueden configurar estos mecanismos sin su participación, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 363; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 282; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 241; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 194. Ahora bien, si no existe intervención de tercero, se estará, más bien, ante una técnica sofisticada de negociación con ciertas pinceladas del *fact-finding*, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, págs. 195 y 196. En este sentido, si un *mini-trial* se

de que los plazos se respeten, si bien, su intervención puede ser mayor, formulando preguntas o solicitando aclaraciones sobre cuestiones que estime cruciales⁴⁸⁸. Sobre la base de lo aportado por éstas, y una vez que han sido escuchadas, se procede a iniciar la segunda fase del procedimiento donde los representantes de las partes se reúnen en privado para llegar a una solución. Generalmente, si la negociación entre ellos fracasa, el *neutral advisor* ayudará a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, y en su defecto, podrá emitir una decisión no vinculante, reflejo del eventual pronunciamiento del órgano jurisdiccional, si las partes acudieran a juicio, o del posible laudo, si realizaran un arbitraje⁴⁸⁹.

166. El éxito de este método se encuentra en forzar a las partes a confrontar el caso, comprobando así sus puntos fuertes, pero también, y especialmente, los débiles. Además, en la segunda fase, los comisionados que representan a cada una de las partes están aislados de las mismas, basándose tan sólo en las informaciones expuestas con anterioridad, sin ningún tipo de asistencia letrada⁴⁹⁰. Esta coyuntura, especialmente la

lleva a cabo sin la existencia de un *neutral advisor*, y en tanto que ello implica tan sólo una negociación, no se estará ante un ADR, *vid. supra*, págs. 126 y 127.

⁴⁸⁸ *Vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 281 y 282. En cualquier caso, la intensidad de su intervención se subordina a lo que las partes hayan decidido en el *mini-trial agreement*, *vid. supra*, pág. 151. En este sentido, los representantes de las partes, si así se ha acordado, también podrán hacer preguntas durante el transcurso de las respectivas exposiciones, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 283; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 7-5.

⁴⁸⁹ En esta segunda fase, la actuación del *neutral advisor* dependerá tanto de lo solicitado por las partes, como de la propia experiencia del tercero. Según el comportamiento de aquéllas, así como de la naturaleza del conflicto, puede que su labor mediadora se produzca directamente, sin esperar a que la negociación directa fracase, o también cabe la posibilidad de que emita un pronunciamiento antes de que las partes se sienten a negociar, o incluso puede ocurrir que las partes contraten a un tercero, distinto del *neutral advisor*, para que actúe como mediador, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 367; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 281 y 282; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 226; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 332; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 248 y 249, 251 y 252; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-11 a 7-14; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 193 y 194; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 37; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 36; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, pág. 134; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 26 y 62. El *mini-trial*, tal y como se refleja en este apartado, puede adoptar muy diferentes formas, de ahí que algunos autores se refieran a él como un método que combina negociación y mediación, *vid.* J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 191. Aunque no es lo habitual, las partes pueden acordar que, en última instancia, el tercero dicte una resolución vinculante, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-6 y 7-14.

⁴⁹⁰ Mientras que en la negociación tradicional cada parte, junto con su abogado, se posiciona enfrente de la otra, en el *mini-trial* son los abogados de ambas las que se sientan enfrente de ellas, con el fin de que

ausencia de abogados, beneficia al procedimiento negociador y a la labor del mediador, porque es más sencillo identificar los intereses realmente importantes para las partes, resaltando así, incluso dentro de una disputa esencialmente jurídica, los aspectos más comerciales, caracterizados por su mayor flexibilidad a la hora de buscar soluciones. Todo ello, favorece la conclusión de un acuerdo de forma rápida y satisfactoria para las partes, sin olvidar, además, el ahorro económico que supone en comparación con un proceso o un arbitraje⁴⁹¹.

167. Sin embargo, la efectividad de los *mini-trials* se encuentra, en parte, subordinada al ámbito en el cual se desarrolla, porque su configuración se ha basado, exclusivamente, en el proceso judicial propio del *common law*, dejando a un lado la distinta concepción de proceso que posee la tradición del *civil law*⁴⁹². Partiendo de esta base, este ADR trata de proporcionar un avance del resultado que podría llegar a darse en un tribunal, en caso de que las partes decidieran litigar, eso sí, siempre que se siguiera un proceso judicial del *common law*. Dicho proceso, al igual que ocurre en los *mini-trials*, se caracteriza por su oralidad y porque el control del mismo pertenece mayoritariamente a las partes, no al juez. Por el contrario, los sistemas del *civil law* se significan por ser eminentemente escritos, y porque el órgano jurisdiccional adquiere un mayor protagonismo durante todo el proceso⁴⁹³.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, este ADR trata de simular, si bien de la forma más breve y concisa posible, una fase del proceso derivado del *common law* denominada *discovery*, en virtud de la cual, cada una de las partes solicita a la contraria todas las pruebas que estima convenientes, sin previa aprobación del tribunal, es decir, conocen y realizan todos los medios de prueba de la parte contraria, sin apenas

solamente éstas últimas lleguen a una solución, todo ello mediante la asistencia de un tercero, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 362; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 242 a 244.

⁴⁹¹ *Vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 362, 367 y 368; A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, pág. 176; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, págs. 136 y 137; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 7-1; P. NEWMAN, «Partnering with particular...», *loc. cit.*, pág. 40; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 26, 63 y 66; D.S. SUTTON, «Alternative Dispute Resolution...», *loc. cit.*, pág. 140.

⁴⁹² Por esa razón, aunque los mini-trials son muy utilizados en EE.UU, no lo son tanto en Europa, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 137.

⁴⁹³ *Vid.* G.Z. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil...*, *op. cit.*, pág. 141; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pág. 83. En cuanto a las diferencias de ambas tradiciones respecto del proceso judicial, *vid. supra*, págs. 62 a 66.

intervención del juez⁴⁹⁴. A través de ellas se definen los hechos que conforman la controversia, de manera que el juez sólo se limitará a elegir entre las calificaciones jurídicas de la controversia formuladas por las partes. Sin embargo, el desarrollo propio de los procesos del *civil law* no tiene nada que ver con la configuración de los *mini-trials*. En aquéllos no se utiliza ninguna forma de investigación preliminar de las pruebas, sino que las partes solicitan la admisión de los medios de prueba y el juez resuelve sobre la admisibilidad y pertinencia de las mismas. Las pruebas se practican, por primera y única vez, en la posterior fase probatoria, siendo el juez quien formula la calificación de la causa, pudiendo ignorar las argumentaciones jurídicas de las partes⁴⁹⁵. Todo ello lleva a considerar que estos ADR no resultan tan ventajosos, ni tan útiles, si lo que se pretende es formarse una idea sobre un eventual pronunciamiento emanado de un proceso propio del *civil law*.

168. Además, no es un mecanismo recomendable para todo conflicto, en primer lugar, porque normalmente implica más tiempo, dinero y recursos que otros ADR, de manera que su uso es más adecuado para controversias muy complejas tanto desde un punto de vista técnico y fáctico como jurídico⁴⁹⁶. Y en segundo lugar, porque debido a su propia estructura, presupone que las partes enfrentadas deben ser grandes corporaciones⁴⁹⁷. Ahora bien, el empleo del *mini-trial* puede ser útil tanto al principio

⁴⁹⁴ Vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 219 y 220; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-6 y 7-7; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 37. El *discovery* se caracteriza por su larga duración, en esta fase las partes están autorizadas para solicitar cuantas pruebas estimen pertinentes, lo cual puede conllevar al interrogatorio de numerosas personas y el examen de muchísimos documentos, *vid.* L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 57. Además, si el litigio es transfronterizo, dicha duración suele incrementarse exponencialmente debido a que cada parte puede estar en Estados diferentes, igual circunstancia puede darse con los testigos, o también por hablar diferentes idiomas, *vid.* A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution...», *loc. cit.*, pág. 173.

⁴⁹⁵ Vid. G.Z. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil...*, *op. cit.*, págs. 128 a 130 y 141; M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, pág. 82.

⁴⁹⁶ Vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 369; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 219; J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure...», *loc. cit.*, pág. 183; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 7-2 y 7-3; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 195; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 61.

⁴⁹⁷ Por ello, los casos que salen a la luz pública suelen traer causa de controversias multimillonarias entre grandes empresas, *vid. ad. ex.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 196; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 62 a 66.

del nacimiento del conflicto, como cuando dicha controversia está ya notablemente consolidada⁴⁹⁸.

8. *Summary Jury Trial*.

169. Este método de resolución de conflictos consiste en una somera exposición del caso por las partes ante un jurado imparcial⁴⁹⁹. Éstas, asistidas por sus abogados, llevarán a cabo una concisa presentación de sus alegaciones y práctica de la prueba, base para que el jurado emita un veredicto. Aunque, éste no sea vinculante para las partes, servirá para que éstas logren comprobar la posible reacción de un verdadero jurado⁵⁰⁰. Es un mecanismo totalmente confidencial, además, toda declaración,

⁴⁹⁸ El *mini-trial* intrajudicial suele utilizarse una vez que se ha finalizado la fase del *discovery*, justo antes de iniciar el juicio propiamente dicho (*trial*), *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 369 y 370; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 215.

⁴⁹⁹ Este tipo de ADR fue utilizado por primera vez en EE.UU, en 1980, por el juez Thomas D. Lambros, en el Tribunal de Distrito de EE.UU para el Distrito Norte de Ohio, *vid.* G. APPLEBEY, «An overview of...», *loc. cit.*, págs. 35 y 36; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...* *op. cit.*, pág. 371; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, pág. 383; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...* *op. cit.*, pág. 171; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...* *op. cit.*, pág. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...* *op. cit.*, pág. 67.

Debido a su propia estructura, y al igual que pasa con el *mini-trial*, es especialmente útil en aquellos conflictos que pudieran llegar a ser resueltos mediante un proceso desarrollado en un tribunal norteamericano, *vid. supra*, págs. 154 y 155. En general, se afirma que este ADR es especialmente beneficioso cuando se espera un juicio largo, sólo así se entiende justificada su puesta en marcha, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 615; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 286; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, págs. 169 y 170; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 67.

En cuanto a su ámbito material, se han demostrado especialmente útiles en casos de negligencia, responsabilidad por productos defectuosos o, lesiones. En general, aquellos supuestos calificados como de responsabilidad extracontractual, y en especial los que son más novedosos de manera que sea difícil predecir la reacción de un jurado, si bien, también son útiles en los de naturaleza contractual, antitrust, y los relativos a derecho marítimo, *vid.* F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, pág. 383; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 282; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 172, 173 y 176.

Una modalidad similar a este ADR es el *summary bench trial*, donde es un juez, y no un jurado, el que emite una opinión no vinculante sobre el caso, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 613.

⁵⁰⁰ De hecho, los miembros del jurado suelen desconocer que, realmente, están formando parte de un *summary jury trial*, sino que creen se encuentran ante un verdadero *trial*, o al menos, que su decisión será realmente vinculante, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 613; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 286; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 173; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, pág. 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 26 y 67. Sin duda, esto favorecerá la utilidad del ADR, porque su veredicto

comunicación o resultado no podrá ser admitido en el eventual proceso judicial posterior⁵⁰¹.

Este tipo de ADR se hace normalmente en el marco de un proceso judicial, siendo conducido por un juez⁵⁰². Como ocurre con el *mini-trial*, su finalidad es que las partes comprueben, en un breve espacio de tiempo, -su duración suele ser de un día-, el posible resultado que pudiera tener el proceso ante los tribunales, de manera que intenten llegar, por ellas mismas, a un acuerdo. Además, incluso si no se llega a un acuerdo, pueden extraerse beneficios de su realización, porque el trabajo de los abogados a la hora de preparar sus exposiciones, habrá ayudado a perfilar los diferentes intereses y cuestiones que componen el caso, en definitiva, favorecerá el posterior desarrollo del proceso judicial⁵⁰³.

gozará de un total realismo para las partes implicadas. En algunos casos, una vez que el *summary jury trial* ha finalizado, los abogados de las partes pueden preguntar a los miembros del jurado sobre sus reacciones y razonamientos de forma más detallada, para así ayudarles en la posterior negociación, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 371; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 282; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 174; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 38; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, pág. 269; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, pág. 26.

⁵⁰¹ *Vid.* J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 174 y 175; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 38; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes...*, *op. cit.*, pág. 269.

⁵⁰² El juez puede ser el mismo que lleva el caso, o puede ser otro designado exclusivamente para dirigir este ADR, *vid.* M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 38. En este sentido, los *summary jury trial* suelen tener lugar una vez realizado el *discovery*, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 613; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 173. Los jueces de los tribunales federales estadounidenses tienen la potestad de llevar a cabo este tipo de ADR, así se recoge en *Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure*. En cuanto a su poder para obligar a las partes a participar en este tipo de ADR, existe un famoso pronunciamiento que rechazó tal posibilidad, *vid.* *Strandell v. Jackson County*, 838 F.2d 884 (7th Cir. 1988), a éste le han seguido otras sentencias, así como el propio contenido de la *Alternative Dispute Resolution Act* (ADRA), *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 394 a 396. En cuanto a la ADRA, *vid. supra*, págs. 55 y 56.

⁵⁰³ *Vid.* T.D. LAMBROS, «The summary trial: an effective aid to settlement», *Judicature*, vol. 77, nº 1, 1993, págs. 7 y 8; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 175 y 176; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, pág. 37; L.R. SINGER, *Settling disputes...*, *op. cit.*, págs. 26 y 67.

A pesar de las citadas ventajas, este ADR tampoco ha estado exento de críticas, *vid.* R.A. POSNER, «The summary jury trial and other methods of alternative dispute resolution: some cautionary observations», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, 1986, págs. 368 a 389. Además, al igual que ocurre con el *mini-trial*, está especialmente diseñado para un proceso judicial norteamericano, donde la presencia del jurado es uno de los elementos esenciales del sistema, *vid.* M. TARUFFO, *Páginas sobre...*, *op. cit.*, págs. 78 y 79; G.C. HAZARD y M. TARUFFO, *La justicia civil...*, *op. cit.*, pág. 141.

9. *Relationship Contracting.*

170. Este término se utiliza para identificar al conjunto de métodos que se encargan tanto del objeto o fondo del contrato, como del modo de llevarse a cabo, esto es, de gestionar los diferentes obstáculos que surgen en el marco de su ejecución, con el fin de generar una relación óptima entre las partes y así alcanzar sus objetivos de la forma más eficiente posible, debido a que suelen utilizarse cuando el proyecto o finalidad a realizar implica una gran cantidad de dinero, tiempo y esfuerzo humano⁵⁰⁴. Pues bien, entre las diferentes formas de *relationship contracting*, el *partnering* y el *alliancing* se presentan como los más destacados en el ámbito de la solución de controversias. La característica más predominante de ambas es aquella que se refiere a la asistencia de los participantes en sus relaciones, y en consecuencia, a la prevención y resolución de los conflictos a lo largo de la vida del proyecto⁵⁰⁵. Por tal razón, aunque se consideran ADR, son algo mucho más amplio y globalizado, una forma de hacer

⁵⁰⁴ Aunque la expresión *relationship contracting* es muy común, también se han utilizado otras como *relationship management*, vid. K. MANLEY, «Partnering and alliancing on road projects in Australia and internationally», *Road & Transport R. J.*, vol. 11, n° 3, 2002, pág. 4; *relational contracting*, vid. J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting from the Wittgenstein family-resemblance philosophy», *Int'l. J. Project Management*, vol. 30, n°2, February 2012, págs. 225 a 239; o *collaborative relationships*, vid. R.L. GREEN, «Partnering and alliances: theory and practice», *SPE*, 1995, pág. 197.

⁵⁰⁵ El *relationship contracting*, así como muchos de las modalidades que lo conforman, han nacido y se han diseñado, especialmente, para ser utilizados en el campo de la construcción, ámbito donde su uso es más frecuente: el *Build Own Operate*; el *Build Own Operate Transfer*; el *Managing Contractor*; el *Engineer Procure and Construct*; el *Novated Design and Construct*; el *Design and Construct*; el *Document and Construct*; el *Construction Management*. Sin embargo, ello no obsta para que algunos también sean utilizados en sectores diferentes de la industria. Entre ellos se encuentran: el *Project Management*; el *Partnership*; el *Joint-Venture* y; el *Performance Incentive Contract*. Todas estas formas de *relationship contracting* se caracterizan por: lograr un desarrollo eficaz del proyecto, tanto en términos de tiempo como de dinero; crear un clima de confianza y colaboración entre las partes donde la comunicación sea fluida; conseguir una ejecución de calidad donde a partir de los diferentes intereses de los participantes, éstos se comprometan a lograr unos objetivos comunes, todo ello con la asistencia de un tercero, el *facilitator*. Vid. ACA (Australian Constructors Association), *Relationship contract: Optimising Project Outcomes*, North Sidney, 1999, págs. 1 a 36; B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting: what is it and where is it going?», *SPAN*, pág.1; C.C. MACDONALD, «What are the important differences between partnering and Alliance procurement models and why are the terms so seldom confused?», http://cms.3rdgen.info/3rdgen_sites/107/resource/MacDonald-AIPMOct05.pdf, págs. 2 y 3; R. QUICK, «Introduction to alliancing and relationship contracting», *QLS/BAQ Symposium 2002*, págs. 1, 5 y 6; J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting...», *loc. cit.*, págs. 230 a 233.

negocios siguiendo el mismo espíritu de cooperación, confianza y buena fe que caracteriza a aquéllos⁵⁰⁶.

A) Partnering.

171. El *partnering* es un método de prevención y resolución de conflictos, normalmente utilizado durante la ejecución de contratos de larga duración, caracterizados por su gran complejidad así como por la participación de una pluralidad de partes⁵⁰⁷. Mediante la creación de un clima de colaboración y confianza, este

⁵⁰⁶ Vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 197; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, pág. 182; D.P. JOHNSON, «“Partnering” in government contracts: the ultimate in dispute resolution», *World Arb. e Med. Rep.*, November 1990, pág. 141.

⁵⁰⁷ El *partnering* comenzó a utilizarse en EEUU a mediados de los años 80, aunque su origen exacto no está tan claro. Algunos lo fijan en la industria privada del sector de la construcción, *vid.* D.P. JOHNSON, «“Partnering” in government...», *loc. cit.*, pág. 141; otros, en el propio Cuerpo de Ingenieros del Ejército de EE.UU, de la mano del Coronel Charles Cowan, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», *loc. cit.*, pág. 2; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, pág. 3; K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», *loc. cit.*, pág.4; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 42; y finalmente, se encuentran aquéllos que lo sitúan en el sector de la industria manufacturera, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 199; si bien, diferencian dicho origen, del proveniente del Cuerpo de Ingenieros del Ejército de EE.UU, refiriéndose el primero al *partnering* creado para un conjunto de proyectos, y el segundo, al *partnering* relativo a una sola actividad, *vid.* S. ROE, J.JENKINS, *Partnering and alliancing in construction projects*, London, 2003, págs. 14 y 15.

En cualquier caso, el *partnering* es muy utilizado en los contratos de construcción de larga duración, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 198 y 199; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 222. Ámbito que, por sus particularidades, tiene un alto índice de controversias, *vid.* P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 39. Dentro de los contratos de construcción, este método resulta especialmente útil en aquellas relaciones entre las empresas privadas y las administraciones públicas, diferenciadas por gozar de una mayor confrontación, *vid.* D.P. JOHNSON, «“Partnering” in government...», *loc. cit.*, págs. 141 y 142; no obstante los contratos entre sector privado y público que, en general, impliquen un gran número de partícipes e intereses en juego también pueden ser objeto de este mecanismo, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 198; B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», *loc. cit.*, págs 4 y 5; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 350. Además, los *partnering* son aptos para aquellos proyectos relativos al intercambio y desarrollo de tecnología, caracterizados también por ser relaciones comerciales que implican un largo período de tiempo en su ejecución, y un alto potencial de conflictos, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 198 y 200; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 658. Este mecanismo también puede ser empleado para las corporaciones que sufren un gran cambio estructural, por ejemplo, una fusión con otra entidad proveniente de un país culturalmente diferente o la llegada de un nuevo director ejecutivo. Y para aquéllas que, internamente, no atraviesan su mejor momento, por tener mala publicidad, por arrastrar un conflicto ya enconado en el tiempo, o por la pérdida repentina de un gran número de trabajadores, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 200. Finalmente, el *partnering* también ha sido utilizado como mecanismo para asistir a las partes durante la fase de negociación de una relación comercial de larga duración, esto es, como método para diseñar y configurar tal relación de la forma más óptima y beneficiosa, basándose en el acercamiento y encaje de las expectativas y objetivos de las partes, *vid. ad.*

mecanismo evita, y en su caso, resuelve todas aquellas controversias que van surgiendo a lo largo de la realización del proyecto, impidiendo la escalada del conflicto y logrando así que el contrato se desarrolle de forma eficaz y eficiente⁵⁰⁸.

En orden a lograr esta finalidad, el *partnering* debe contener una serie de elementos básicos: a) la voluntad de las partes, tanto de los altos ejecutivos como de cualquier otro participante, de mantener una actitud cooperativa en todo momento; b) la fijación de objetivos compartidos a partir de la toma en consideración equitativa de todos los intereses de cada una de las partes; c) la continua y permanente comunicación entre los participantes para entender y clarificar sus preocupaciones e intereses, así como para identificar, de forma prematura, potenciales problemas y conflictos; d) el necesario diseño de un sistema de resolución de conflictos y; e) la deseable constitución de este método en el inicio de la relación contractual⁵⁰⁹.

172. El *partnering* se lleva a cabo a través de la creación de grupos de trabajo formados por todas aquellas personas implicadas en el proyecto⁵¹⁰. Lo deseable, aunque

ex., D.M. LAMBERT, A.M. KNEMEYER, «We're in this together», *Harv. Bus. Rev.*, December 2004, págs. 114 a 122. En este artículo se recoge el *partnering* llevado a cabo para lograr la constitución de un *partnership* de suministro, entre *Wendy's International* y *Tyson Foods*, empresas que, además, ya habían contratado anteriormente, aunque, en dichas relaciones, ya terminadas, habían existido ciertas dificultades. Pues bien, este método no sólo ayudó a constituir este nuevo proyecto de forma satisfactoria, sino también a eliminar los problemas pasados.

Normalmente, el *partnering* está asociado a un solo proyecto, si bien, también se puede crear lo que se denomina *strategic partnering* o *long-term partnering*, esto es, un acuerdo marco para utilizar este método en todos los proyectos que las partes puedan llevar a cabo, *vid.* E. BAKER, «Partnering strategies: The legal dimension», *www.whitecase.com*, October 2006, pág. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, págs. 6 y 7; S. ROE, J.JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, págs. 3 a 8.

⁵⁰⁸ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 7; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, 2005, pág. 198; L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation...», *loc. cit.*, pág. 14; R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, pág. 182; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 10-18.4 a 10-19.

⁵⁰⁹ En este sentido, en la fase de negociación de los contratos, las partes pueden incluir una cláusula que prevea la posibilidad de iniciar un *partnering*. Sobre este aspecto, así como en cuanto al contenido del resto de elementos citados, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 200 a 206.

⁵¹⁰ Se pueden crear uno o varios grupos de trabajo, dependiendo de la envergadura, naturaleza y complejidad del objetivo a seguir, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 207. En los contratos internacional de construcción, los citados grupos de trabajo están formados por representantes del cliente y del contratista, subcontratista, arquitectos, ingenieros, proveedores, aseguradoras, prestamistas, por los directores ejecutivos de cada uno de los participantes, además de otras personas, partes interesadas en el proyecto, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 658; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 222; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 42. Si el *partnering* se desarrolla en el ámbito organizacional, los equipos se formarán por

no obligatorio, es que la primera reunión se produzca incluso antes del inicio de la actividad, porque en ella se asentarán los puntos clave para el funcionamiento del *partnering* hasta el final del proyecto. En este momento, se establece el compromiso firme de las partes implicadas para trabajar en un clima de confianza, se identifican los objetivos y expectativas comunes, se constituyen los canales de comunicación, y se elabora un sistema de resolución de conflictos. En definitiva, se articulan los elementos que conforman el *partnering*. Todo ello, se suele recoger en un documento, reflejo de la voluntad de los participantes a desarrollar el proyecto en tal ambiente colaborativo⁵¹¹. Dicho compromiso es fundamental porque este método de prevención y gestión de conflictos debe impregnarlo todo. En cada fase del proyecto los grupos de trabajo deberán ir aclarando y priorizando las metas a alcanzar, anticipando problemas anteriormente no previstos, revisando las fases ya realizadas y resolviendo los conflictos que vayan surgiendo⁵¹².

trabajadores, responsables de departamento, o altos ejecutivos, dependiendo del objetivo que se quiera lograr, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 207. Sin embargo, el *partnering* se caracteriza por la escasa o nula participación de abogados, G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 208.

⁵¹¹ Este documento, denominado *partnering charter*, suele tener una naturaleza no vinculante para las partes, refleja nada más que un «código de conducta» para aquellas, aplicable durante el desarrollo del proyecto, *vid.* S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, págs. 2 y 3. Dicho documento suele realizarse aparte del contrato. Si bien, éste puede ser modificado para incluirlo en el mismo, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, pág. 2; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, pág. 3; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, págs. 6 y 7. El carácter no vinculante del *partnering charter* ha sido criticado, por otorgar protagonismo al propio contenido del contrato, el cual lleva a la confrontación (estructura *win-lose*), lo que implica que, cualquier conflicto derivado del mismo, pueda acabar presentándose ante los tribunales, *vid.* C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, pág. 7; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.* pág. 7. En el caso *Birse Construction Ltd v. St. David Ltd* [1999] BLR 194 (Technology and Construction Court), dicha naturaleza hizo que el tribunal sólo pudiera declarar al *partnering charter* como otro instrumento más a la hora de interpretar el contrato. Ante tal situación, en el Reino Unido se han desarrollado auténticos contratos vinculantes de *partnering*, estandarizados por ciertas organizaciones del sector de la construcción. La *Institution of Civil Engineers* (ICF) introdujo en el 2001 la *NEC partnering option*, a ésta le ha seguido la *NEC 3rd Edition*, que también incluye aspectos importantes para el citado método. Por su parte, la *Association of Consultant Architects* (ACA) elaboró el *PPC 2000* o *ACA standard form of contract for Project partnering*, el *SPC 2000* o *ACA standard form of specialist contract for Project partnering*, y posteriormente, el *TPC 2005* o *ACA standard form of contract for term partnering*.

⁵¹² *Vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 207 y 208; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, págs. 658 y 659; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 222; J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 99; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 365 y 366; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 10-19 a 10-25; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 42.

Sin embargo, toda esta labor no es realizada exclusivamente por las personas implicadas. Tanto para la constitución de estos grupos de trabajo, como para el buen desarrollo y funcionamiento del *partnering*, las partes estarán asistidas de un tercero, el *facilitator*. Éste les explicará en qué consiste este método, sólo así podrán comprometerse a trabajar bajo su estructura; se encargará de que todas las partes estén representadas y de que sean oídas; velará por mantener el ambiente cooperativo y de confianza; fomentará, durante todo el desarrollo del proyecto, la comunicación entre los participantes y; asistirá a las partes en la resolución de conflictos. En resumen, se ocupará de gestionar el *partnering*⁵¹³.

173. Como ya se ha indicado antes, el *partnering* tiene, a su vez, un sistema propio de resolución de conflictos. Cuando una controversia surge, y atendiendo a la propia esencia de este método, siempre se otorga la primera posibilidad de arreglo a la negociación directa entre las partes implicadas, normalmente dentro de los grupos de trabajo, éstas pueden ser llevadas a cabo por los técnicos, o por los directivos al más alto nivel, dependiendo de las características de la diferencia⁵¹⁴. Sin embargo, si el problema no logra solventarse, se procederá a la participación de un tercero. Éste puede ser el propio *partnering facilitator*, u otra persona externa que las partes acuerden⁵¹⁵. Este tercero, dependiendo de la naturaleza de la controversia planteada así como de su intensidad, llevará a cabo un método de solución de diferencias. Lo habitual es que el tercero comience asistiendo a las partes para que éstas lleguen por sí mismas a un acuerdo, de manera que si esto no funciona, entonces emite una evaluación sobre el conflicto, o recomienda una solución no vinculante, -mediación, *mini-trials*, *fact-finding*, *early neutral evaluation*, *summary jury trial*, *dispute review boards*, *combined dispute boards*-. En caso de que la controversia siga sin resolverse, el siguiente recurso será la participación en procedimientos que implican decisiones vinculantes para las

⁵¹³ Aunque puede ser útil, no es necesario que sea experto en el sector del mercado bajo el cual se desarrolla el *partnering*. Lo importante es su formación y experiencia en la gestión de conflictos entre una pluralidad de partes, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 208.

⁵¹⁴ Se suele elaborar un gráfico de resolución de disputas, donde se recoge las personas, representantes de cada una de las partes implicadas, que van a participar, y el tiempo máximo que se va a dedicar al conflicto antes de que escale al siguiente nivel. A mayor nivel, los participantes ocupan puestos de más responsabilidad en sus respectivas corporaciones. Aunque puede existir un solo gráfico, lo normal es que se inserten varios en cada uno de los contratos de las partes, atendiendo a las diferentes controversias que, se prevé, puedan surgir, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, pág. 204.

⁵¹⁵ A este tercero se le puede denominar *project neutral*, *conflict manager* o *independent claims consultant*, *vid.* G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 209 y 210.

partes, *-adjudication, expert determination, dispute adjudication boards-*. Finalmente y en último lugar, se acudirá al arbitraje, e incluso el proceso judicial, teniendo en cuenta que ambos emiten pronunciamientos que son título ejecutivo y tienen efecto de cosa juzgada⁵¹⁶.

174. El *partnering* tiene muchas ventajas, principalmente, la reducción del coste y tiempo en la ejecución del proyecto⁵¹⁷; una mayor calidad del mismo; la mejora en la capacidad para responder a los cambios; una comunicación y forma de trabajar entre las partes más positiva y eficaz; así como una utilización más efectiva de los recursos. Sin embargo, esto no significa que resulte útil en todo caso: su funcionamiento supone un coste que, en algunas ocasiones, puede ser demasiado alto para un proyecto modesto, o puede suponer demasiado dinero si las circunstancias de negocio empeoran; su efectividad puede disminuir si este método no se introduce desde el inicio; su utilidad puede verse afectada por la actitud negativa de los participantes ante cualquier cambio; el compromiso de las partes puede acabar debilitado cuando ciertos problemas resurgen continuamente; la confianza y colaboración que debe primar entre las partes puede considerarse como una debilidad o una contradicción, dentro de un mercado altamente competitivo; además este método puede resultar vulnerable tanto a una eventual modificación en la composición de los participantes, así como la resistencia a cualquier tipo de cambio por parte de puede resultar perjudicial para su actividad⁵¹⁸.

B) Alliancing.

175. Esta figura es muy similar al *partnering*. También se basa en la creación de un ambiente de colaboración y confianza entre aquellas partes que participan en un

⁵¹⁶ Vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 202 a 204, 209 y 210; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 659; D.P. JOHNSON, «“Partnering” in government...», *loc. cit.*, pág. 143; S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, págs. 179 a 191. Para saber más sobre el diseño de sistemas de resolución de conflictos, *vid. infra*, págs. 217 a 220.

⁵¹⁷ Existen diversos estudios que demuestran la reducción de costes, *vid.* J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 100.

⁵¹⁸ Vid. G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 210 y 211; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 43. Debido a su tradicional naturaleza no vinculante, lo más importante del *partnering*, así como su punto débil, es la verdadera voluntad de las partes en orden a crear un clima de confianza y colaboración duradero, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, pág. 4.

proyecto de gran envergadura, se encarga de prevenir, y en su caso resolver, aquellos conflictos que puedan ir surgiendo a lo largo del mismo, con el fin de lograr los objetivos marcados de la forma más eficiente⁵¹⁹. Esta circunstancia provoca que exista una gran confusión en la utilización de los términos *partnering* y *alliancing*, a veces expuestos como conceptos muy diferentes, y otras, empleados como sinónimos⁵²⁰.

En este sentido, la bibliografía procedente de Australia, país donde el *alliancing* goza de un gran desarrollo, es prácticamente unánime a la hora de señalar las diferencias. En primer lugar, este método se caracteriza por su mayor pragmatismo, porque implica una participación formalizada en las ganancias y en los riesgos del negocio. En otras palabras, se reparten por igual entre todas las partes, tanto los beneficios que existan, como los perjuicios que puedan surgir, evaluados a partir de los objetivos previamente marcados por aquéllas. Se fomenta la situación *win-win*, o en su caso, *lose-lose* entre todos los participantes. Esto supone un incentivo a la hora de cooperar y gestionar los problemas que puedan surgir, para así lograr los objetivos marcados con los menores obstáculos posibles. En segundo lugar, otra diferencia es la existencia de un contrato formal, no sólo de una mera declaración de intenciones⁵²¹. En definitiva, el *alliancing* se configura como una evolución o perfeccionamiento del

⁵¹⁹ El *alliancing* nació a principios de los años 90 en el Reino Unido, dentro de la industria del gas y del petróleo. Concretamente, en el marco de la construcción de plataformas petrolíferas en el Mar del Norte por *British Petroleum* (BP), entre otros, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, pág. 2; J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing in the offshore industry», *Int'l. J. Project Management*, vol. 17, nº 2, April 1999, págs. 71 y 72; K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», *loc. cit.*, pág. 4; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, pág. 8; S. ROE, J.JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, págs. 15 y 16.

El *alliancing* puede constituirse, al igual que ocurría con el *partnering*, para servir a un solo proyecto, o bien, para utilizarse en todos los proyectos que las partes vayan realizando, esto es, un *strategic alliancing* o *strategic alliance*. Este se puede configurar como un «acuerdo marco», de manera que en cada proyecto se realice un contrato, si bien, todos ellos estarán vinculados a dicho acuerdo; o como un «contrato marco», donde todo proyecto se rige por el mismo, existiendo, en consecuencia, una menor flexibilidad, *vid.* E. BAKER, «Partnering strategies...», *loc. cit.*, pág. 1; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, pág. 5.

⁵²⁰ La confusión en el uso de las citadas palabras se pone de relieve en, *vid. ad. ex.* E. BAKER, «Partnering strategies...», *loc. cit.*, págs. 1 a 4; S. FARRELL, «An international perspective on risk/reward contracting: comparison of U.S., Middle East and U.K. Alliances», *Offshore Europe*, 5-8 September 1995, Aberdeen, págs. 181 a 190; S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions: Lessons learned on international partnering and alliance contracts», *Offshore Technology conference*, 3-6 May 1996, Houston, págs 589 a 599; S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Alliancing and partnering: Forming a successful alliance», *Osborne Clarke*, March 2012.

⁵²¹ *Vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», *loc. cit.*, págs. 2 y 5; C.C. MACDONALD, «What are the important...», *loc. cit.*, págs. 4 y 7; K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», *loc. cit.*, págs. 4 y 6; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, págs. 7 y 8.

propio *partnering*, en orden a servir con mayor eficiencia a aquellos proyectos que son, aún, más complejos, tanto por su mayor envergadura como por contener mayores riesgos e incertidumbres⁵²². Sin embargo, los citados aspectos diferenciadores no parecen tan claros para el resto de la doctrina. Por un lado, no todos los *partnering* se constituyen en una declaración no vinculante para las partes, sino que también pueden configurarse como auténticos contratos⁵²³. Por otro, aunque algunos autores defienden que tal mecanismo no prevé una auténtica posibilidad de compartir riesgos ni beneficios entre las partes, aspecto que sí caracteriza al *alliancing*⁵²⁴; otros no recogen tal diferencia, sino que entienden a ambos métodos como poseedores de ese mismo rasgo⁵²⁵.

En cualquier caso, aunque el *partnering* pueda gozar de ambas características, lo cierto es que no son rasgos definitorios del mismo, sino que de forma general, suele configurarse como mera declaración de intenciones no vinculante para las partes, y sin ninguna clase de distribución de riesgos y beneficios⁵²⁶. En cambio, el *alliancing* para ser considerado como tal, debe recogerse, necesariamente, en un contrato, y debe contener, de forma imprescindible, el ya citado reparto de ganancias y pérdidas⁵²⁷.

176. El (*project*) *alliance agreement* recoge todos los derechos y obligaciones de las partes, la estructura y funciones de los órganos que conforman su funcionamiento, los principios que rigen el mismo. Es un acuerdo global, en virtud del cual, se definen los objetivos, los mecanismos de articulación de los riesgos y ganancias, así como la

⁵²² Vid. K. MANLEY, «Partnering and alliancing...», *loc. cit.*, pág. 5.

⁵²³ Vid. S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, pág. 38.

⁵²⁴ Vid. J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction...*, *op. cit.*, pág. 100.

⁵²⁵ Lo cierto es que en los *partnering* configurados como contratos, sí se puede prever el reparto de pérdidas y ganancias. Dicha posibilidad así se encuentra recogida, por ejemplo, en los contratos NEC, *vid.* E. BAKER, «Partnering strategies...», *loc. cit.*, pág. 3; *Nec3 Procurement and contract strategies*, Institution of Civil Engineers, June 2005, págs. 11 a 16. También se deduce la misma conclusión en, *vid.* S. FARRELL, «An international perspective...», *loc. cit.*, págs. 183 a 187; S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions...», *loc. cit.*, págs. 592 y 593.

⁵²⁶ En cuanto a la amplitud del concepto de *partnering*, *vid.* S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing...*, *op. cit.*, págs. 1 y 2.

⁵²⁷ En este sentido, *vid.* J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept», *Int'l. J. Project Management*, vol. 25, nº 3, April 2007, págs. 219 a 223. Estos autores entienden que los elementos definitorios del *alliancing* son, además de los dos ya mencionados, la confianza, el compromiso duradero, la cooperación y la comunicación. Sin embargo, estos últimos sí son también comunes a la propia esencia del *partnering*.

interrelación entre los diferentes participantes⁵²⁸. La existencia de este acuerdo no implica que las partes no mantengan sus contratos entre sí, sino todo lo contrario, éstos se configuran como complementarios⁵²⁹. La estructura típica de este método consiste en un (*project*) *alliance board*, y un *project management team*⁵³⁰. El primero está compuesto por un representante de cada una de las partes, se encargan de asegurar el compromiso de los participantes con el proyecto, de crear canales de comunicación efectivos, de mantener el clima de confianza y colaboración, así como de resolver las disputas que puedan surgir en calidad de última instancia y siempre por unanimidad. Por su parte, el segundo órgano está formado por cada uno de los especialistas de las diferentes partes, éste se encarga de gestionar los diversos aspectos y conflictos técnicos del proceso que surgen diariamente como el diseño, la fabricación, la instalación, y puesta en marcha del proyecto, para que así los objetivos se alcancen⁵³¹. Todo el desarrollo de las citadas actividades, al igual que ocurre en el *partnering*, estará asistido por la labor de un *facilitator*, el cual se encargará de crear un ambiente cooperativo, donde existan comunicaciones fluidas, así como de mantener claros los objetivos comunes del proyecto y el compromiso de las partes para llevarlos a cabo según este método⁵³². En todo caso, al igual que ocurre en el *partnering*, se establece y diseña un sistema de resolución de conflictos adecuado al proyecto en el que se enmarca⁵³³.

⁵²⁸ Sobre los mecanismos de riesgo y beneficio, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting...», *loc. cit.*, pág. 7; J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing...», *loc. cit.*, pág. 74.

⁵²⁹ *Vid.* J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing...», *loc. cit.*, págs. 73 y 74. El (*project*) *alliance agreement* es la forma más sencilla de configurar un *alliancing*, sin embargo, existen otros dos modelos: a) mediante la elaboración de un *interim project alliance agreement* como paso previo al contrato ya citado y; b) a través de la realización de un *master alliance agreement*, acuerdo anterior a los dos anteriormente citados. La finalidad de este último es crear un marco para proyectos futuros, de ahí que sea muy general y se utilice, principalmente, en las *strategic alliancing*. Por su parte, el *interim project alliance agreement* se ocupa de reflejar los términos y condiciones de un futuro contrato de *alliancing* para un proyecto en concreto. *Vid.* R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, págs. 10 y 11.

⁵³⁰ Se utilizan también otras expresiones para los citados órganos. En cuanto al primero, *alliance leadership group*; en lo referente al segundo, *project alliance team* o *alliance project management team*, *vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», *loc. cit.*, pág. 6; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, pág. 10.

⁵³¹ *Vid.* B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», *loc. cit.*, pág. 6; J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing...», *loc. cit.*, pág. 74; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, págs. 9 y 10.

⁵³² *Vid.* S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions...», *loc. cit.*, pág. 1.

⁵³³ *Vid. supra*, págs. 162 y 163.

177. Por sus características, el *alliancing* es adecuado en aquellos proyectos más complejos, debido a que los riesgos e incertidumbres son mayores; los tiempos más ajustados; la mayor probabilidad de que existan grandes cambios; por ser más sensibles a factores sociales, medioambientales o políticos; por el gran número de recursos necesarios, en definitiva, porque los objetivos son más difíciles de lograr⁵³⁴.

IV. LOS «ODR» (ONLINE DISPUTE RESOLUTION).

178. El acrónimo ODR hace referencia al conjunto de métodos de resolución de conflictos llevados a cabo mediante el empleo de la tecnología de la información y la comunicación, especialmente, a través de Internet. Aunque se tiende a definir los ODR a partir de los ADR, el primero es un concepto más amplio, el cual no sólo engloba a aquéllos, sino a cualquier mecanismo que sirva para resolver controversias, -y pueda llevarse a cabo *en línea*-, incluyendo, por tanto, a la negociación, al arbitraje y al proceso judicial⁵³⁵.

⁵³⁴ Vid. B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting ...», *loc. cit.*, págs. 8 y 9; R. QUICK, «Introduction to alliancing...», *loc. cit.*, págs. 8 y 9.

⁵³⁵ Esta definición de ODR se fundamenta en su propio origen. En este sentido, si los ADR nacieron en los años 70 como reacción al mal funcionamiento de los tribunales, y por tanto, como contraposición a ellos; los ODR surgieron en los años 90, -en paralelo a la expansión de Internet-, como respuesta a las desventajas y defectos que presentaban cada uno de los métodos de arreglo de diferencias debido al carácter presencial de todos ellos, *vid.* G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*, The Hague, 2004, págs. 5 a 7. En el supuesto de los contratos de construcción, *vid. ad. ex.* I. NDEKUGRI, «Computer-aided resolution of construction contract claims and disputes», *Arbitration*, vol. 62, nº 1, February 1996, págs. 57 a 66.

En cuanto a la evolución histórica de los ODR, *vid.* R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, «La resolución alternativa de disputas en línea», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo II*, Madrid, 2010, pág. 173; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (ODR)», *RADNT*, nº 27, 2011, págs. 22, 26 y 27;; E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution: Resolving conflicts in cyberspace*, San Francisco, 2001, págs. 45 a 70; C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco, 2002, págs. 21 a 34.

Sin olvidar la definición dada de ODR, pero teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, el presente apartado sólo se centrará en aquellos métodos de ADR *en línea*, así como aquellos mecanismos, -negociaciones *asistidas* por la propia tecnología-, que, por su especialidad, sólo y exclusivamente existen como ODR. En este sentido, el *Libro Verde* las excluye del concepto de ADR, *vid. Libro verde...*, *op. cit.*, pág. 6. En cualquier caso, ello no significa que los *cybercourts*, -procesos judiciales *en línea*-, pero sobre todo, el arbitraje online, no gocen de importancia.

En cuanto a los *cybercourts*, cuyo uso está especialmente extendido en EE.UU, *vid.* G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 40 a 42; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 240 a 242.

179. Partiendo de esta definición, la tecnología de la información y la comunicación como medio por el cual se desarrollan estos mecanismos de arreglo de

Respecto al arbitraje *en línea*, con una mayor relevancia dentro del comercio internacional, *vid.* G. HERRMANN, «Some legal e-flections on online arbitration (“cybitration”)», en R. BRINER, L.Y. FORTIER, K.P. BERGER; J. BREDOW (eds.), *Law of international business and dispute settlement in the 21st century. Liber amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2001, págs. 267 a 276; R. HILL, «On-line arbitration: issues and solutions», *Arbitration Int'l.*, vol. 15, n° 2, 1999, págs. 199 a 207; J. HÖRNLE, *Cross-border internet dispute resolution*, Cambridge, 2009, págs. 82 a 86; S. KALLEL, «Online Arbitration», *J. Int'l. Arb.*, vol. 25, n° 3, 2008, págs. 345 a 353 G. KAUFMANN-KOHLER, «Arbitration agreement in online business to business transactions», en R. BRINER, L.Y. FORTIER, K.P. BERGER; J. BREDOW (eds.), *Law of international...*, *op. cit.*, págs. 355 a 369; A.R. LOODER, G.A.W. VREESWIJK, «Online arbitration services at a turning point», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Using Technology to Resolve Business Disputes- Special Supplement 2004*, págs. 35 a 42; A. LÓPEZ ORTIZ, «Arbitration and IT», *Arbitration Int'l.*, vol. 21, n° 3, 2005, págs. 343 a 360; N. DE WITT, «Online international arbitration: nine issues crucial to its success», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 12, n° 3-4, 2001, págs. 441 a 464.

Dentro del arbitraje *en línea*, la CCI ha desarrollado el denominado sistema NetCase, sobre el mismo *vid.* M. PHILIPPE, «NetCase: a new ICC arbitration facility», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Using Technology to Resolve Business Disputes- Special Supplement 2004*, págs. 353 a 358; M. PHILIPPE, «New Upgrades to ICC NetCase», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 19, n° 1, 2008, págs. 23 a 32; E. SCHÄFER, «IT in arbitration: the work of the ICC task force», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Using Technology to Resolve Business Disputes- Special Supplement 2004*, págs. 59 a 62.

Destaca también el *Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* (UDRP) de la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), creada para resolver aquellas disputas relativas a los nombres de dominio y utilizada, entre otros organismos, por la propia OMPI, *vid.* M.R. FERNANDES FONTES, «Arbitragem on-line: o sistema de resolução de disputas sobre nomes de domínio da ICANN – vícios e virtudes», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 4, ano 2, janeiro-março 2005, págs. 62 a 81; E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 64, 65 y 108 a 112; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 36 a 40; P. LASTENOUSE, «Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine», *Rev. Arb.*, n° 1, 2001, págs. 95 a 110; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 203 a 214; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, *op. cit.*, págs. 46 a 56.

Es importante tener en cuenta que este arbitraje no produce un laudo arbitral con fuerza ejecutiva, esto es, se constituye como un *non-binding arbitration* (*vid. supra*, nota n° 433), modalidad de arbitraje muy habitual, -más que el arbitraje común-, dentro de los ODR. Ello no significa que no sea efectivo, de hecho existen diversos métodos para lograr la ejecución de la decisión: el establecimiento de cuentas de depósito en garantía o fianzas; el factor de la reputación o; el control técnico por parte de la comisión o tercero que tomó la decisión, -según el procedimiento UDRP, diez días después de la decisión, el nombre de dominio puede ser cancelado o transferido a la parte que corresponda, a no ser que la contraria haya presentado demanda ante los tribunales-, *vid.* G. KAUFMANN-KOHLER, «Online dispute resolution and its significance for international commercial arbitration», en AA.VV., *Global reflections...*, *op. cit.*, págs. 440, 441 y 454; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 33, 54, 55, 153 a 168; M. WAHAB, «The global information society and online dispute resolution: a new dawn for dispute resolution», *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, n° 2, 2004, pág. 166.

En cualquier caso, no se debe olvidar que la regulación del arbitraje presencial no está pensado para la modalidad *online*, tal realidad deberá tenerse en cuenta a la hora de aplicar ciertas normas sobre la materia, especialmente, el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjerías hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958*, *vid.* BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, en adelante CNY, *vid.* E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 138 a 140; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 29 a 34, 197 a 233; M.E. SCHNEIDER, C. KUNER, «Dispute resolution in international electronic commerce», *J. Int'l. Arb.*, vol. 14, n° 3, 1997, págs. 13 a 18; M. WAHAB, «The global information...», *loc. cit.*, págs. 152 a 168.

diferencias es, sin duda, el elemento característico, de ahí que se le denomine como la *cuarta parte*⁵³⁶. Sin embargo, y debido al protagonismo del que gozan en la actualidad las comunicaciones vía Internet, no puede considerarse ODR a todos aquellos mecanismos que utilizan la tecnología sólo para tareas administrativas y de programación del propio procedimiento. En este sentido, y para que un mecanismo sea considerado ODR su desarrollo debe ser completamente virtual⁵³⁷, si bien, también puede configurarse de forma híbrida, esto es, mediante la celebración de una o varias reuniones presenciales, aunque todas las etapas básicas del procedimiento, -presentación de escritos, notificaciones, deliberaciones, y resultados-, sean llevadas a cabo de a través de las diferentes tecnologías existentes⁵³⁸.

La metodología *online* se materializa en diferentes instrumentos, principalmente, el email, el chat, mensajes instantáneos, la teleconferencia, o la videoconferencia⁵³⁹. Éstos suelen englobarse en plataformas interactivas ideadas al efecto. En el caso de la mediación, dentro de las citadas plataformas se crean diferentes espacios, cada uno de ellos con las citadas herramientas de comunicación. Normalmente, existe uno para la relación entre el tercero y cada una de las partes, -habrá tantos como partes en conflicto-, en orden a realizar el *caucus*, -técnica propia de la mediación a través de la cual el mediador se comunica con cada una de las partes por separado-; otro espacio común para todos los participantes; así como un apartado para el archivo de documentos⁵⁴⁰. Sin

⁵³⁶ Vid. E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 93 y 94.

⁵³⁷ Vid. G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 7.

⁵³⁸ Vid. R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, «La resolución alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 177; J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, pág. 75. Estos encuentros presenciales, aunque pueden realizarse en cualquier momento a lo largo de la vida del método de arreglo de diferencias, normalmente se suelen producir al principio del mismo, *vid.* J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 238 y 239.

⁵³⁹ Vid. J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 233 y 234; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 46 a 54.

⁵⁴⁰ Vid. J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, págs. 79 y 80; G. KAUFMANN-KOHLER, «Online dispute resolution ...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 439; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 21 a 26; M. SANZ PARRILLA, «El uso de medios electrónicos en la mediación», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, págs. 444 a 448.

La Directiva no se ocupa de la mediación en línea, si bien, en el considerando 9 se establece su no oposición a la utilización de las nuevas tecnologías en dicho ADR. Por su parte, la Ley Modelo también guarda silencio, tan sólo en la *Guía para su incorporación al derecho interno y utilización* realiza una tímida mención, estableciendo como principio general de la Ley, el apoyo a aquellos cambios, derivados de adelantos técnicos, que puedan producirse en el procedimiento conciliatorio. A pesar de este telón de fondo, el art. 24 LM establece la posibilidad de llevar a cabo la mediación en línea, especialmente para

embargo, dicha plataforma será diferente si se lleva a cabo otro método de arreglo de diferencias, ya que su configuración dependerá de la propia estructura del mecanismo a realizar⁵⁴¹.

180. Tal y como se ha descrito, generalmente la tecnología se complementa con el tercero, sin embargo, existen varios métodos donde no se produce dicha relación, sino todo lo contrario, la *cuarta parte* reemplaza y hace las veces de tercero. La primera excepción se produce con la denominada negociación *blind bidding*, mecanismo utilizado para aquellos conflictos que se reducen al desacuerdo en torno a una cantidad de dinero. En este caso, las partes realizan diferentes ofertas «ciegas», esto es, desconociendo aquellas realizadas por la parte contraria. Una vez que dichas propuestas se encuentran dentro de un mismo rango, el programa informático resolverá la controversia fijando la cantidad, que será el resultado de calcular el montante medio dentro de la horquilla donde las ofertas coincidieron⁵⁴². En segundo lugar, existe la

aquellas reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros, salvo que su utilización no sea posible para alguna de las partes. Asimismo, y debido a este último inciso, se prevé en el art. 5.2 LM la instauración de estos sistemas *online* por parte de las instituciones de mediación, así como el futuro desarrollo reglamentario de un procedimiento simplificado de mediación a través de estos medios electrónicos (Disposición final cuarta LM). Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 488 y 489; M.A. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Mediación: pasado y presente de esta institución», *Diario La Ley*, nº 8048, 21 marzo 2013, págs. 4 y 5; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES, «El actual marco normativo de la mediación electrónica», *RCDI*, nº 731, 2012, 1451 a 1480; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 5. Las instituciones de mediación»; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos»; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Disposición final séptima. Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad» en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, 2012, págs. 95 a 97, 311 a 329, 573 a 580.

⁵⁴¹ Como ocurre con los *summary jury trial* en línea, o la *neutral evaluation*, vid. J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, pág. 82; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 235.

⁵⁴² Este método fue diseñado por *CyberSettle* (www.cybersettle.com). Debido a su diseño y finalidad ha sido y es muy utilizado por las compañías aseguradoras a la hora de resolver disputas relativas a indemnizaciones. Normalmente la cantidad de ofertas se limita, de manera que, si en tal número de oportunidades las propuestas de las partes no se encuentran en la misma escala, no se llegará a la solución del caso. Sobre el mismo, vid. M.S. DONAHEY, «Current developments in online dispute resolution», *J. Int'l Arb.*, vol. 16, nº 4, 1999, págs. 116 y 117; J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, págs. 81 y 82; E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 58, 61 a 63, 118 y 213; G. KAUFMANN-KOHLER, «Online dispute resolution...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 438 y 439; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 17 a 21; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 4-32.8.1 y 4-32.8.2; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 235 y 236; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 57 y 58; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Mediación electrónica...», *loc. cit.*, págs. 30 a 32; M. WAHAB, «The global information...», *loc. cit.*, pág. 149.

denominada negociación asistida, *-assisted negotiation-*, donde el *software* es utilizado para reformular los argumentos de las partes y proporcionar propuestas de solución del conflicto, de modo que el programa tras conocer las posturas y reacciones de los participantes ante las distintas proposiciones, podrá llegar a dar una solución óptima de la disputa basada en las preferencias de aquéllos y en sus intereses. En definitiva, una negociación asistida por la propia tecnología, la cual ocupa el rol de un tercero⁵⁴³. Finalmente, se encuentran los sistemas denominados *solution set databases*, programas encargados de realizar un conjunto de preguntas a las partes en torno a la disputa que las enfrenta. Una vez obtenida la información, el software dará una lista de posibles soluciones, de manera que las partes, a través del intercambio de información, elegirán una de ellas como arreglo a su controversia⁵⁴⁴.

181. El empleo de los ODR se ha visto impulsado por el gran número de transacciones que se producen vía Internet, porque de ellas surgen, a su vez, múltiples conflictos⁵⁴⁵. Normalmente, las disputas que nacen dentro del denominado comercio

⁵⁴³ A esta modalidad de negociación electrónica también se la denomina *negotiation assistance* o *negotiation support system* o *multi-variable resolution optimization programs*. Fue diseñada por SmartSettle. Debido a su propia configuración, su ámbito de aplicación es más amplio que en la negociación *blind bidding*, pudiendo abarcar conflictos de muy variada naturaleza. Además de la participación activa del *software*, cabe la posibilidad de que las partes puedan ser asistidas por un tercero, éste las ayudará a identificar y perfilar sus intereses y objetivos, *vid.* J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, pág. 81; E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 63; G. KAUFMANN-KOHLER, «Online dispute resolution...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 439; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 11 a 16; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 236 y 237; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 23, 24, 58 y 59; M. WAHAB, «The global information...», *loc. cit.*, pág. 149.

⁵⁴⁴ Una de las ventajas más importantes de este método es su posibilidad de mejora continuada. Dicho sistema irá creciendo y enriqueciéndose a medida que se van generando nuevas disputas, así como distintas e innovadoras soluciones a las mismas, *vid.* C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 56 y 57; M. WAHAB, «The global information...», *loc. cit.*, pág. 150.

Aunque estas tres últimas formas de ODR mencionadas son muy utilizadas, también cabe la posibilidad de realizar una mera negociación en línea, donde se proporciona a las partes un espacio para que ellas mismas traten el conflicto, pero sin que exista tercero, o *software* alguno que realice ningún tipo de iniciativa, propuesta o conducta activa, *vid.* J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 234; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 55 y 56.

⁵⁴⁵ *Vid.* T. SCHULTZ, «The roles of dispute settlement and ODR», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 135 a 155. Dichas transacciones son mayoritariamente entre empresas (B2B) o; entre empresa y consumidor (B2C). Este extraordinario crecimiento es lo que ha llevado a la CNUDMI a trabajar en una regulación sobre la materia. Sobre estos trabajos de la CNUDMI en materia de ODR, *vid.* P. CORTÉS, F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Building a global redress system for low-value cross border disputes», *Int'l. & Comp. L. Q.*, vol. 62, n° 2, 2013, págs. 407 a 440; E. RUBIO TORRANO, «Resolución por vía informática de controversias surgidas en operaciones transfronterizas de comercio electrónico», *Aranzadi Civ.-Merc.*, núm. 5/2012, págs. 1 a 3.

electrónico, o *e-commerce* se resuelven también a través del mismo medio. Sin embargo, ello no obsta para que los ODR también sean útiles a la hora de solucionar conflictos surgidos de relaciones comerciales formalizadas de forma presencial⁵⁴⁶. En cualquier caso, las principales ventajas de estos métodos de resolución de conflictos en línea son: la reducción considerable de los gastos que implican el arreglo de una controversia, -en los viajes que las partes no necesitan realizar, la mayor rapidez en la gestión de la información que se maneja, la menor intervención de las personas sustituidas en ciertas funciones por la propia tecnología-; favorece la comunicación entre todos los participantes, especialmente cuando aquellos se encuentran en diferentes zonas horarias, optimizando el tiempo de todos ellos, pues sólo se necesita Internet para acceder al ODR, sin importar el lugar o la hora; además, el tercero y, especialmente, las partes tienen tiempo para reflexionar y hacer consultas a otros, de manera que posibilita

Aunque el objeto de este trabajo se centre en la primera modalidad, ello no obsta para destacar la gran trascendencia de los ODR a la hora de resolver conflictos de consumo. Reflejo de esta afirmación son los diferentes documentos que la UE lleva elaborando a lo largo de los años en este sentido, y que ha desembocado en el reciente *Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE*, *vid. supra*, nota nº 352. Asimismo, en el plano interno, aunque la *Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, *vid.* BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, en adelante LA, contempla la posibilidad de la modalidad *online*, la única regulación específica se produce en materia de consumo, *vid.* arts. 3.3 y 51 a 55 del *Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, *vid.* BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008; y el *Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* *vid.* BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009.

Para profundizar sobre los ODR en materia de consumo, *vid.* M.A. ALQUDAH, «Enforceability of arbitration clauses in online business-to-consumer contracts», *J. Int'l Arb.*, vol. 28, nº 1, 2011, págs. 67 a 79; J.P. CORTÉS DIÉGUEZ, «Mandatory online mediation for European consumers: legal constraints and policy issues», *Law Shaping Technology - Technology Shaping the Law Conference 2008*, págs. 1 a 30; M.S. DONAHEY, «The UDRP model applied to online consumer transactions», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, nº 5, 2003, págs. 475 a 491; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo», en F. ESTEBAN DE LA ROSA, G. OROZCO PARDO (dirs.), *Mediation y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, 2010, págs. 165 a 222; J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, págs. 76 a 78; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 97 a 120; C. RULE, V. ROGERS, L. DEL DUCA, «Designing a global consumer online dispute resolution (ODR) System for cross-border small value-high volume claims- OAS Developments», *UCCLJ*, vol. 42, nº 3, 2010, págs. 221 a 264.

A pesar de estas indicaciones sobre los principales ámbitos en los que se emplean los ODR, también se ha propuesto su utilización en relación con los conflictos familiares, *vid.* E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES, «La mediación familiar desarrollada por medios electrónicos», en R. LÓPEZ SAN LUIS (ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Granada, 2011, págs. 171 a 196.

⁵⁴⁶ Los ODR son utilizados en diferentes sectores del comercio internacional, principalmente, en la industria de los seguros, en conflictos relativos a la propiedad intelectual, publicidad, construcción y derechos reales, *vid.* C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 135 a 156 y 203 a 222.

la disminución de la eventual hostilidad que pudiera existir, esto es, la escalada del conflicto⁵⁴⁷.

Por el contrario, se critica que los encuentros digitales carecen de un componente esencial: la falta de comunicación no verbal, esto es, la imposibilidad de percibir posturas, gestos, o el tono de voz de las partes. Pero dicha desventaja puede mitigarse a través de las diferentes posibilidades que la tecnología ofrece, como las videoconferencias, así como por el uso de métodos híbridos presencial-virtual. Por otra parte, también se ha argumentado que la comunicación asincrónica puede conllevar la insuficiente implicación de las partes en la resolución del conflicto, provocando una participación de escasa continuidad, y por tanto, resultando un mecanismo ineficiente⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Vid. R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, «La resolución alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 174 y 175; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 385; J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, págs. 86 a 89; G. KAUFMANN-KOHLER, «Online dispute resolution...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 439 y 440; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 4-32.8.2 y 4-32.8.3; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 232; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 61 a 80; M. SANZ PARRILLA, «El uso de medios...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 440 a 442.

⁵⁴⁸ Vid. R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, «La resolución alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 172 y 173; J. HÖRNLE, *Cross-border internet...*, *op. cit.*, pág. 80; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 4-32.8.3 a 4-32.8.5; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 252 a 272; C. RULE, *Online Dispute Resolution...*, *op. cit.*, págs. 80 a 85; M. SANZ PARRILLA, «El uso de medios...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 442.

CAPÍTULO III

LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS, CLASES, LEY APLICABLE Y SU COMBINACIÓN CON OTROS MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

I. LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS, CLASES Y LEY APLICABLE.

182. Dentro del comercio internacional, al igual que ocurre en otros ámbitos, la mediación es el ADR por excelencia, el más utilizado, y en consecuencia, el que es objeto de regulación por las diferentes organizaciones internacionales, Estados y la mayor parte de las instituciones internacionales y nacionales de resolución de conflictos.

En España, la mediación comercial internacional se encuentra regulada por la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (LM). Esta norma es producto de la transposición de la *Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* (DM)⁵⁴⁹, y según su Exposición de Motivos (II), también tiene en cuenta las previsiones de la *Ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional de 2002* (LMCCI)⁵⁵⁰. Precisamente, ambas regulaciones son los instrumentos internacionales de referencia en materia de mediación comercial internacional⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Así lo recoge la Disposición final sexta, *vid.* M. LACRUZ MANTECÓN, «Disposición final sexta. Incorporación de normas de la Unión Europea», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos..., op. cit.*, págs. 567 a 572. Para saber más sobre el origen de la Directiva, *vid. supra*, págs. 102 a 105.

⁵⁵⁰ La Ley Modelo se encuentra incorporada a leyes de diferentes países, entre las que destaca la *Uniform Mediation Act* (UMA) de EE.UU. Para estudiar el origen de la Ley Modelo así como su influencia en la UMA, *vid. supra*, págs. 100 a 102.

⁵⁵¹ En todo caso, su influencia sobre la Ley 5/2012 debe ser diferenciada. Por una parte, la Directiva aunque, en principio, no tenga efecto directo, -por ello, precisamente, se realiza la transposición a través de la citada Ley-, sí que tiene un carácter obligatorio. Es una norma con unos contenidos mínimos que los Estados están obligados a incorporar en sus ordenamientos en un determinado plazo de tiempo, si bien, tienen libertad para elegir la forma y los medios para cumplir dicho resultado, *vid.* X. FERNÁNDEZ PONS, «Fuentes del Derecho de la Unión (II): Derecho derivado», en V.M. SÁNCHEZ (dir.) *Derecho de la Unión Europea*, Barcelona, 2010, págs. 161 y 162.

En cambio, la Ley Modelo es *soft law*, esto es, carece de valor normativo, de manera que sólo sirve como pauta orientativa e inspiradora para los legisladores nacionales, así como para las interpretaciones llevadas a cabo por los órganos jurisdiccionales, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative..., op. cit.*, pág. 339; R.N. DOBBINS, «UNCITRAL Model Law...», *loc. cit.*, págs. 531 y 532; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., 1999, pág.

183. Tomando en consideración todas estas regulaciones, el presente apartado se encargará de analizar, en primer lugar, el concepto, características y clases de mediación. A continuación se prestará especial atención al ámbito en el que se estudia esta figura, es decir, a la idea de mediación comercial y mediación internacional respectivamente. Una vez analizadas estas cuestiones, se estudiará la ley aplicable al procedimiento de mediación.

1. Concepto y características.

184. La Ley 5/2012, así como los instrumentos internacionales que la sirven de base, proporcionan una definición de mediación. Atendiendo a la flexibilidad de esta figura, fruto de la autonomía privada que la caracteriza, su concepto debe calificarse como amplio, de ahí que deban realizarse ciertas precisiones en cuanto a su alcance. A continuación, una vez estudiada la proyección de la definición de mediación, se procederá a analizar los diferentes principios configuradores de este método alternativo de resolución de conflictos.

A) Concepto.

185. El art. 1 LM define la mediación como *aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*⁵⁵². En esencia, es la misma definición dada por el art. 3.a) DM, si bien, en este caso, se emplea la expresión *procedimiento estructurado*, una de las características de los ADR⁵⁵³, mientras que la citada Ley utiliza una expresión más general,

54. En cualquier caso, como se comprobará a continuación, la mención que la Ley 5/2012 realiza sobre la Ley Modelo es más bien una formalidad.

⁵⁵² Sobre este art. 1, *vid.* J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 449; C. ROGEL VIDE, «Artículo 1. Concepto», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (dirs.), *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 23 a 30.

⁵⁵³ *Vid. supra*, págs. 115 y 116. En cuanto a la mediación se refiere, la libertad que poseen las partes para configurar el procedimiento se encuentra delimitada por los principios que informan la misma, *vid. infra*, págs. 185 a 189.

refiriéndose a la mediación como una de las modalidades de ADR, *-medio de solución de controversias-*. A su vez, la mencionada definición también encuentra gran similitud con la proporcionada por el art. 1.3 LMCCI, si bien, ésta añade dos cuestiones, -la ejemplificación en la utilización de diferentes términos y el origen de las controversias-, que serán analizados a continuación⁵⁵⁴.

La definición citada se caracteriza por su gran extensión. Aspecto que encaja perfectamente con la flexibilidad e informalidad propias de los ADR, y por ende de la mediación, métodos cuya configuración depende prácticamente de la autonomía privada de las partes en conflicto. Sin embargo, esta definición provoca, a su vez, ciertas cuestiones en torno a su alcance. En concreto, si abarca todas y cada una de las modalidades de mediación existentes, en concreto, a la *deal mediation* y a la mediación evaluadora, y en tercer lugar, si comprende otros ADR distintos de la mediación.

a) *La deal mediation*.

186. A pesar de la amplitud de la definición mencionada, existe una mediación de difícil encaje: la denominada *deal mediation*, esto es, aquella utilizada durante la elaboración de contratos, normalmente de contratos internacionales⁵⁵⁵.

La peculiaridad de estas mediaciones se encuentra en que su objeto, aunque pueden llegar a ser disputas⁵⁵⁶, en muchas ocasiones, van a constituir meros conflictos no susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales⁵⁵⁷. Sin embargo, en

Debe hablarse necesariamente de «procedimiento», en tanto que la mediación se compone de una sucesión de actuaciones. En ningún caso puede emplearse el término «proceso», porque no existe una intervención heterocompositiva jurisdiccional del tercero. Vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 103 a 106.

⁵⁵⁴ El primer extremo en el apartado a) *Deal mediation*, vid. *infra*, págs. 176 a 180; y el segundo en el c) *Otros ADR*, vid. *infra*, págs. 182 a 185.

⁵⁵⁵ En cuanto a esta función de la mediación, vid. L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, op. cit., págs. 14 y 15; M. BOURRY D'ANTIN, S. BENSIMON, G. PLUYETTE, *Art et techniques de la médiation*, Paris, 2004, págs. 12 y 122; J.-F. GUILLEMIN, «Reasons for choosing alternative dispute resolution», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, op. cit., págs. 43 y 44; J.-F. GUILLEMIN, «Reasons for choosing alternative dispute resolution», en A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, op. cit., págs. 38 y 39.

⁵⁵⁶ Sobre el concepto de disputa, vid. *supra*, págs. 127 a 129.

⁵⁵⁷ Vid. C.MIDDLETON-SMITH, E. MOORE, «Assisted deal making», *Mediation committee newsletter*, July 2007, pág. 16. Sólo en algunas ocasiones, la ruptura de las negociaciones preliminares pueden dar lugar a un litigio susceptible de demanda ante los órganos jurisdiccionales, esto es, una acción por

contraposición a esta última afirmación, las citadas regulaciones se centran en la mediación como medio *alternativo*, -o mejor dicho complementario-, del arbitraje o del proceso judicial, y por tanto, como método para resolver disputas objeto de resolución por los órganos jurisdiccionales, porque si la mediación fracasa, las partes acudirán a algunos de los dos procesos citados. En este sentido, existen varios motivos para argumentar la exclusión que hace la Directiva de la *deal mediation*: en primer lugar, la utilización del término «litigio» en la definición recogida en su art. 3.a)⁵⁵⁸; en segundo lugar, lo dispuesto en su considerando 11, que declara la no aplicación de la propia Directiva a las *negociaciones precontractuales*⁵⁵⁹ y; en tercer lugar, su propio contenido, porque tanto el Preámbulo como su articulado están centrados principalmente en regular la relación entre mediación y proceso judicial, es decir, se está pensando en conflictos que, aunque susceptibles de tal método, pueden llevarse también, y de forma posterior, ante los tribunales⁵⁶⁰.

Por su parte, la Ley Modelo sigue el mismo patrón. Su art. 1.3, donde se recoge la definición de mediación, utiliza el término «controversia», -sinónimo de conflicto-, si bien, en la versión inglesa se emplea la palabra «dispute», de clara connotación jurídica. Además, se detalla que la mediación se derivará *de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o que simplemente éste vinculada a ellas*. En otras palabras, al concepto de mediación se le condiciona la existencia de una relación contractual o jurídica previa⁵⁶¹. Por tanto, y aunque en la *Guía para la incorporación de la Ley Modelo* se insista en la amplitud de su ámbito de aplicación, lo cierto es que se

responsabilidad, pues la buena fe debe regir esta fase, *vid.* L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, 2005, págs. 64 y 65. En los contratos internacionales de construcción, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 332 y 333.

⁵⁵⁸ El concepto de litigio tiene la misma connotación jurídica que disputa, así la primera acepción en el *Diccionario de la Lengua Española* es: *pleito, altercación en juicio*; la segunda es: *disputa, contienda*. De hecho, la redacción de la Directiva en lengua inglesa utiliza el término «dispute».

⁵⁵⁹ Así lo interpreta también, R. GIL NIEVAS, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 5. Este autor se refiere a la *deal mediation* como «mediación de proyecto». Esta misma expresión también es empleada en, *vid.* M. BOURRY D'ANTIN, S. BENSIMON, G. PLUYETTE, *Art et techniques...*, *op. cit.*, págs. 12 y 122.

⁵⁶⁰ En los primeros considerandos (1 a 5) se reitera la idea de mejorar el acceso a la justicia a través de la propia regulación, en tanto que método complementario al proceso judicial.

⁵⁶¹ En este sentido, se ha interpretado que también puede aplicarse a conflictos surgidos en casos de responsabilidad extracontractual, *vid.* E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», *loc. cit.*, pág. 16.

presupone la existencia de una disputa susceptible de posterior resolución por los tribunales⁵⁶².

Finalmente, y en cuanto a la Ley 5/2012 se refiere, el art. 1 parece establecer un concepto más amplio de mediación, al emplear el término «controversia». Sin embargo, aunque España pudiera haber incluido la *deal mediation* en el ámbito de aplicación de su Ley, -tiene competencia para ampliar su regulación más allá de lo establecido en la propia Directiva-, esta opción no ha sido ejercida⁵⁶³. A pesar de la definición dada en el citado precepto, son muy numerosas las referencias a la resolución de disputas estrictamente jurídicas que existen tanto en sus diferentes preceptos como en su Exposición de Motivos, siguiendo así la misma línea que las anteriores normas⁵⁶⁴.

187. Ni la Ley 5/2012 ni los instrumentos internacionales que la preceden contemplan el supuesto de la *deal mediation*, en tanto que método para resolver conflictos no susceptibles de conocimiento por parte de los tribunales⁵⁶⁵. Ante tal situación, la cuestión que se plantea es si determinadas disposiciones, como las relativas al mediador o al procedimiento de mediación, podrían ser aplicadas analógicamente. En otras palabras, si existe una identidad de razón (art. 4.1 Cc) entre la *deal mediation* y la mediación como mecanismo de solución de disputas jurídicas, tal y como la entiende la Ley 5/2012⁵⁶⁶. En este sentido, las disposiciones de la citada Ley relativas estrictamente al procedimiento de mediación o al mediador, y que no tienen ninguna repercusión o

⁵⁶² Basta que exista una disputa en la que las partes soliciten la ayuda de un tercero, para que pueda aplicarse la Ley Modelo, *vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 11, 16, 21 y 22.

⁵⁶³ En cuanto a la ampliación del ámbito material de una Directiva, aprovechando la transposición de la misma, dice E.M. PUERTA DOMÍNGUEZ que *un Estado miembro puede, con ocasión de la norma que debe dictar para incorporar la directiva, no limitarse estrictamente a lo que le obliga aquélla (...), a condición, como es obvio, que esa regulación hecha autónomamente no sea contraria a Derecho comunitario*, *vid. La directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*, Granada, 1999, págs. 118 y 119. Por tanto, podría haber regulado este uso de la mediación, en tanto que la Directiva se subsume en el *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, competencia compartida entre Estados miembros y UE.

⁵⁶⁴ Aunque el art. 1 utilice el término «controversia», en los preceptos inmediatamente posteriores utiliza el vocablo «litigios», *vid. ad. ex.*, art. 3.2. Además, en la Exposición de Motivos hay continuas referencias a los ADR como complemento de la Administración de Justicia, como mejora al derecho de tutela judicial efectiva, o como objetivo para la desjudicialización de asuntos. Es cierto que en la propia Exposición de Motivos (IV) se reconoce que *no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto*, si bien, en esta modalidad de mediación sí que persigue una solución efectiva al conflicto.

⁵⁶⁵ Aunque se está estudiando la mediación comercial internacional, en otros ámbitos de la mediación, como el familiar, el intercultural o el escolar, existen conflictos que, a pesar de su gran intensidad emocional y afectiva, tampoco pueden ser objeto de los órganos jurisdiccionales.

⁵⁶⁶ *Vid. L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, Sistema de Derecho civil, vol. II...*, *op. cit.*, págs. 180 a 183.

finalidad en relación con el proceso judicial, pueden servir perfectamente para regular la *deal mediation*. En primer lugar, porque en ambas mediaciones, tanto el propio procedimiento, como la función del tercero es completamente idéntica⁵⁶⁷; y en segundo lugar, porque las disposiciones antes mencionadas no tienen por objeto la relación mediación-proceso judicial⁵⁶⁸, sino regular la mediación aisladamente considerada.

188. En conclusión, la mediación se configura de la misma manera en ambos casos, la diferencia se encuentra en que la Ley 5/2012 regula el objeto de la mediación de forma restrictiva, limitándose a las disputas jurídicas, y no al concepto más amplio de conflicto⁵⁶⁹. En cualquier caso, a pesar de esta realidad normativa, las partes podrán regirse por otro tipo de reglas, porque en instituciones como la CCI o el CEDR, sí

⁵⁶⁷ Vid. L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation...», *loc. cit.*, pág. 3; C. MENKEL-MEADOW, «The lawyer as problem solver and third party neutral: creativity and non-partisanship in lawyering», *Temple L. Rev.*, vol. 72, n° 4, 1999, pág. 804; «Ethics and professionalism in non-adversarial lawyering», *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 27, Fall 1999, pág. 161. El motivo de tal semejanza se debe a que las situaciones generadas entre las partes llegan a ser muy similares. S.R. PEPPEL defiende que aunque nos encontremos en un mercado competitivo, en las diferentes etapas de elaboración de los contratos existe lo que denomina *bilateral monopoly*. En primer lugar, es importante tener en cuenta que en determinados sectores del mercado, las partes difícilmente tienen otras alternativas que contratar con una determinada empresa, previamente elegida por los equipos de asesoramiento siguiendo unas determinadas pautas que se entiende favorecen el objetivo marcado; en segundo lugar, a medida que la negociación avanza, el vínculo entre las partes aumenta, al haber compartido ciertas informaciones, o simplemente, porque ya han invertido tiempo y dinero en tal proceso negociador, de manera que siempre es preferible continuar con el mismo. De manera que, aunque teóricamente sean libres para contratar con otros, diferentes factores crean una suerte de unión difícil de romper, creándose un nexo similar al existente entre dos partes, cuyo conflicto surge como consecuencia de un contrato. Tal intensidad será directamente proporcional a la utilidad que pueda tener la mediación. En concreto, se diferencian cuatro etapas dentro de la elaboración del contrato: a) cuando las partes se encuentran y desean celebrarlo. En esta fase, suele existir la necesidad de compartir información confidencial, lo cual suele generar muchas reticencias ante la posibilidad de que el contrato finalmente no llegue a concluirse. El tercero puede manejar tal información y ayudar a determinar si tal acuerdo es posible. b) A continuación, las partes acercan posiciones, esto es, a *grosso modo* van elaborando el futuro contrato. En esta etapa, el tercero ayuda a gestionar las asimetrías que pueden existir en las informaciones de las partes, y que son base para elaborar un eventual acuerdo. c) Finalmente, se negocia todos los términos y condiciones del contrato para así concluirlo. Este momento es el más complicado, donde se producen las negociaciones más duras, y donde las partes, aunque están decididas a elaborar tal contrato, también tienen muchos intereses que quieren proteger e imponer. Por ello, es aquí donde el tercero realiza una gran labor para canalizar tales intereses y exigencias de las partes de la forma más adecuada, ya que por sus propias estrategias negociadoras, éstos pueden llegar a desvirtuarse, y no reflejarse, o hacerlo de forma ineficiente en el contrato. d) También cabe la posibilidad de la renegociación. No para resolver un conflicto o desacuerdo respecto de un extremo del contrato, sino para mejorarlo o extenderlo debido a causas nuevas o circunstancias que no se habían previsto. Vid. «Contract formation in...», *loc. cit.*, págs. 304 a 321.

⁵⁶⁸ Precisamente ésta es la principal finalidad de la Directiva, la cual no entra a regular ni el propio procedimiento de mediación ni tampoco la figura del mediador, dejando tales extremos para la regulación de cada uno de los Estados miembros.

⁵⁶⁹ En relación al significado de tales términos, *vid. supra*, págs. 127 a 129.

ofrecen servicios de *deal mediation*⁵⁷⁰, en tanto que sus reglamentos están abiertos a este tipo de mediaciones⁵⁷¹.

b) La mediación evaluadora.

189. La mediación evaluadora se caracteriza por una mayor intervención del tercero. En esta modalidad, el mediador no sólo se encarga de facilitar la comunicación y entendimiento entre las partes, -mediación facilitadora-, sino que va más allá, asesorando y ofreciendo una propuesta de resolución del conflicto.

Si bien, la mediación facilitadora es la forma «clásica», y por tanto, su inclusión en la Ley 5/2012 no puede generar duda alguna, la subsunción de la modalidad evaluadora en la citada Ley sí ha provocado cierta controversia. Esta situación es fruto de la falta de claridad de la citada Ley, la cual, en su Exposición de Motivos (III) habla de una *intervención activa* del mediador. Y a su vez, el art. 13 LM se refiere tanto a *facilitar la comunicación entre las partes*, como a *desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre ellas*. «Conducta activa» cuyo alcance no ha sido determinada por parte del legislador⁵⁷².

190. Para rechazar la inclusión de la mediación evaluadora en la Ley 5/2012 se ha argumentado, principalmente, el riesgo de vulnerar el principio de neutralidad, pilar básico de la institución. Si el mediador no debe influir en las decisiones que las partes adopten, es evidente que difícilmente podrá realizar propuestas en orden a resolver la disputa⁵⁷³.

⁵⁷⁰ CEDR's deal mediation service helped close the deal for the acquisition of an internet entertainment company worth \$1.5 billion after negotiations had hit difficulties at a late stage due to the level of emotions and personal interests involved, vid. <http://www.cedr.com/skills/record/>

⁵⁷¹ Las reglas de la CCI se destinan a las partes que desean una solución amigable para resolver sus desavenencias y diferencias. Esto quiere decir que el Reglamento puede ser utilizado para resolver, no solamente desavenencias susceptibles de ser llevadas ante un tribunal arbitral o estatal, sino también simples desacuerdos relacionados, por ejemplo, con la interpretación de una disposición contractual, vid. Sección 2, Análisis del reglamento ADR de la CCI, *Guía del ADR...*, op. cit., págs. 3 y 4.

⁵⁷² Vid. S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22. Terminación del procedimiento», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 292 y 293.

⁵⁷³ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., pág. 232; L. GARCÍA VILLALUENGA, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RGLJ*, nº 4, 2010, pág. 732; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», loc. cit., op. cit., pág. 294;

A pesar de dicha perspectiva, lo cierto es que el principio de neutralidad y la mediación evaluadora pueden ser perfectamente compatibles. Como premisa, hay que tener presente que serán las partes y el mediador quienes deberán acordar previamente las funciones que se le otorgue a este último. Esto es, no todas las mediaciones tienen que ser evaluadoras, o mejor dicho, exclusivamente evaluadoras, sino que normalmente serán facilitadoras o facilitadoras-evaluadoras.

191. En este sentido, que el mediador esté facultado para adoptar una conducta evaluadora, no significa que las partes no puedan adoptar un acuerdo por ellas mismas. En primer lugar, y sin obviar que pueden rechazarlo, lo cierto es que la propuesta del tercero puede ser un punto de partida para que sean ellas quienes continúen buscando un acuerdo a partir de la misma, moldeándola a su voluntad. Por tanto, la evaluación del tercero no significa imposición, la mediación sigue siendo un método autocompositivo *inter partes*, donde el mediador no se encuentra por encima de ellas, sigue sin ser una estructura triangular, sino una conducta más *intensa* en orden a que sean las partes quienes por ellas mismas lleguen a un acuerdo⁵⁷⁴.

En segundo lugar, dicha propuesta estará basada en la propia forma de entender el conflicto por las partes, no en consideraciones meramente abstractas o exclusivamente propias del mediador. Por tanto, la citada propuesta tampoco supone un obstáculo ni un recorte de la autonomía de las partes. El mediador no partirá de sus valores o creencias, sino de las perspectivas que tengan las partes del conflicto. Es cierto que, cuanto mayor es la intervención del tercero, más riesgo se corre de que el mediador exteriorice sus creencias dejando de lado las propias de las partes, sin embargo, dicho peligro también se reconoce en la mediación facilitadora⁵⁷⁵.

En cualquier caso, lo importante es que las partes sigan teniendo el control, y en este sentido, la mediación evaluadora sigue respetando tal aspecto, dejando siempre el protagonismo a su voluntad. Por ello, esta modalidad de mediación debe seguir considerándose autocompositiva, porque, aunque el tercero se pronuncie, sigue sin estar por encima de las partes, sino que éstas siguen teniendo la dirección y dominio del eventual acuerdo al que puedan llegar⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ En contra, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pág. 237.

⁵⁷⁵ *Vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 402 a 406.

⁵⁷⁶ En cuanto a la diferencia entre métodos heterocompositivos y autocompositivos, *vid. supra*, nota n° 372.

192. Además de todo lo dicho, tampoco se puede olvidar que una interpretación inclusiva de la mediación evaluadora dentro del ámbito de la Ley 5/2012, sería acorde con el empleo de dicho ADR en el comercio internacional, al ser una técnica muy habitual en dicho campo⁵⁷⁷. De hecho, aunque las partes puedan acordar una mediación meramente facilitadora, entender la mediación como facilitadora y evaluadora a la vez, puede resultar muy beneficiosa en orden a lograr un acuerdo, porque como ya se ha dicho, la propuesta del mediador puede servir de gran orientación a las partes.

c) Otros ADR.

193. En cuanto a la segunda cuestión, esto es, en lo referente a la posible inclusión de otros ADR distintos de la mediación dentro de la definición antes expuesta, la Ley 5/2012 no dice nada al respecto. Si bien, y siguiendo el tenor literal de la Directiva, hace mención a la posible existencia de diferentes denominaciones para referirse a la misma. En este sentido, el art. 1.3 LMCCI va más allá, ejemplificando dicha afirmación mediante la utilización sinónima de los términos mediación y conciliación⁵⁷⁸. En el ámbito comercial internacional, ambos vocablos sirven para referirse al mismo método alternativo de resolución de conflictos, esto es, no son ADR distintos⁵⁷⁹. No obstante, esto ocurre tan sólo en el citado ámbito, porque en el plano nacional, existe cierta diferenciación derivada de la previa regulación que ha existido de la conciliación, así como de su práctica, lo que ha llevado a cierta confusión terminológica⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ En este sentido, *vid.* H. ANDRÉ-DUMONT, «The new european directive on mediation –its impact on construction disputes», *ICLR*, vol. 26, 2009, págs. 123 y 124; D. GOLANN, «The changing role of evaluation in commercial ADR», *Disp. Resol. Mag.*, Fall 2007, pág. 19.

La mediación evaluadora debe entenderse contenida tanto dentro de la Directiva, como de la Ley Modelo. En cuanto a la primera, porque el considerando 11 DM sólo excluye aquellas evaluaciones que supongan recomendaciones formales, y la mediación evaluadora no genera tales documentos. En cuanto a la segunda, porque incluso admite la inclusión de métodos evaluadores como la *neutral evaluation* y el *mini-trial*, *vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 11 y 16. En cuanto a estos métodos, *vid. supra*, págs. 135 y 136; 150 a 156.

⁵⁷⁸ *Vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, pág. 22.

⁵⁷⁹ *Vid.* K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute...», *loc. cit.*, pág. 3; H.M. HOLTZMANN, «Dispute resolution...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 293 a 299; L.C. REIF, «The use of...», *loc. cit.*, pág. 22.

⁵⁸⁰ En España se diferencia la conciliación intraprocésal de la preprocesal. La primera, regulada en el art. 415 y el art. 428.2 de la LEC 1/2000, se realiza al principio y al final respectivamente de la audiencia

previa. La conciliación recogida en el art. 415 es obligatoria y consiste en la comparecencia ante el órgano jurisdiccional que está conociendo del litigio, con el fin, tan sólo, de verificar si se ha llegado o no a un acuerdo. Por otro lado, la establecida en el art. 428.2 es facultativa, y en ella, el juez puede exhortar a las partes para que lleguen a un acuerdo. Pues bien, en cuanto a la recogida en el art. 415 LEC, ésta ni siquiera puede considerarse una verdadera conciliación, porque el juez se limita a comprobar si hay un acuerdo o no, pero no interviene para que éste se propicie. En cambio, en la relativa al art. 428.2 LEC, sí que el juez que está conociendo puede tratar de lograr que las partes lleguen a un acuerdo. En este caso, sí que se está ante una verdadera conciliación judicial, y por ende, excluida expresamente del considerando 11 DM, así como de su art. 3.a), no por su consideración como conciliación, sino por ser judicial, pues también la mediación judicial queda fuera. En este sentido, el art. 1.9 LMCCI también expresa la misma consideración, aunque reserva a los Estados la decisión sobre su exclusión o inclusión, *vid. Guía para la incorporación...op. cit.*, págs.24 y 25. *Vid. J.M. ARIAS RODRÍGUEZ*, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, págs. 153 y 154; S. BARONA VILAR, «Incorporación de la mediación civil y mercantil en el ordenamiento jurídico español. De la Directiva 2008/52 al Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pág. 381; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 165; D. ORDÓÑEZ SOLIS, «La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia», *Diario La Ley*, nº 7165, 30 abril 2009, pág. 2; P. ROBLES LATORRE, «Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RDP*, noviembre-diciembre 2008, pág. 100.

Aunque nada diga la Ley 5/2012 al respecto, la mediación judicial también queda fuera porque un juez que conoce del litigio, no puede ejercer de mediador, ambos papeles son incompatibles a la luz de la imparcialidad, y porque, en este caso, el tercero se situaría por encima de las partes, *vid. M.R. GUTIÉRREZ SANZ*, *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, Madrid, 2010, pág. 39.

Por otro lado, la conciliación preprocesal, recogida en los arts. 460 a 480 LEC 1881, es realizada ante juez o secretario judicial, es facultativa, y además se realiza con anterioridad al inicio del proceso judicial. Ésta tiene mayores semejanzas con la mediación por la figura del tercero, porque, aunque sea un juez o secretario judicial el que *procurará avenirlos*, éste no tiene por qué ser el que conozca del litigio con posterioridad, *vid. H. SOLETO MUÑOZ*, «Nota sobre la conciliación de los secretarios judiciales», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, págs. 337 a 340.

Con este telón de fondo y fruto de la práctica desarrollada al amparo de la regulación de la LEC, la doctrina nacional sigue diferenciando ambos términos: se entiende que el mediador realmente intenta acercar posiciones entre las partes a través de distintas técnicas destinadas a tal efecto; mientras que en la conciliación, las partes se relacionan a través del conciliador, el cual adopta una actitud completamente pasiva, incluso a pesar del tenor literal de los preceptos. Al igual que ocurre en España, también otros Estados tienen su regulación y configuración propia de este método y de su relación con la mediación. *Vid. N. ANTAKI*, «Les contrats de médiation...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 6 a 8; S. BARONA VILAR, *Solución extrajurisdiccional...*, *op. cit.* págs. 109 a 111, 124 a 137 y 188 a 197; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 113 a 137; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 123 y 124; B.A. CIURANA, «La mediación civil y mercantil: Una asignatura pendiente en España. A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *AJ Uría Menéndez*, nº 12, 2005, pág. 64; T.P. DRESS, «International commercial mediation and conciliation», *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, vol. 10, 1988, pág. 574; M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 349; F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos...», *loc. cit.*, págs. 394 a 396; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, págs. 98 y 99; M.A. FODDAI, «Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje...*, *op. cit.*, págs. 41 a 62; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 330; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo*, San Sebastián, 2012, págs. 19 y 20; V. MORENO CATENA, «La resolución jurídica...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 37; D. MOURA VICENTE, «Mediação comercial internacional», en A.L. CALVO-CARAVACA, S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*,

194. Volviendo a la posibilidad de incluir o no otros ADR dentro del concepto de mediación, y ante el silencio de la Ley 5/2012, se debe mencionar el considerando 11 DM. Entre otros métodos, se encarga de excluir la *expert determination*, el ADR más cercano al arbitraje⁵⁸¹, así como el resto de mecanismos donde se emitan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la resolución del conflicto.

195. El motivo de la exclusión relativa a la *expert determination* es el mismo que para el resto de ADR resolutorios, -la *adjudication*, el procedimiento precautorio

Madrid, 2005, págs. 801 y 802; J.C. ORTIZ, «La nueva Directiva...», *loc. cit.*, págs. 5 y 6; V. PÉREZ DAUDÍ, «Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, págs. 388 y 389; H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 247 a 249; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 295 y 296; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», *loc. cit.*, pág. 1; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 17.

Esta misma diferenciación ya se puso de reflejo en el Reino Unido en la década de los 80, añadiendo a la actitud pasiva del conciliador, su imposibilidad de realizar ciertas técnicas propias de la mediación, como reunirse en privado con cada una de las partes, esto es, de llevar a cabo el *caucus*, *vid.* A. COLLINS, «Developments in Alternative...», *loc. cit.*, págs. 243 y 244; así como de otras técnicas innovadoras de las que carece la conciliación tradicional, *vid.* S. TANDEAU de MARSAC, «La médiation internationale», en AA.VV., *La médiation*, Paris, 2009, págs. 47 y 48. En todo caso, en el citado artículo de A. COLLINS, ya se hacía notar el uso sinónimo de ambos términos, -mediación y conciliación-, en EE.UU, debido a la rápida expansión en la utilización del primero de ellos, hasta tal punto que el último es raramente utilizado en la actualidad, *vid.* E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», *loc. cit.*, pág. 1.

En cualquier caso, tal es la confusión en torno a ambos términos, -conciliación y mediación-, que para algunos el conciliador es realmente el que adopta un papel más activo que el mediador, J. CASADO ROMÁN, «La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario», *Diario La Ley*, nº 7419, 8 junio 2010, pág. 1; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 456; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, nº 7857, 14 mayo 2012, págs. 2 y 3; P. NEWMAN, «Partnering, with particular...», *loc. cit.*, pág. 40.

La misma postura también se ha producido incluso en el ámbito internacional, *vid.* H. ANDRÉ-DUMONT, «The new european...», *loc. cit.*, pág. 119; T.P. DRESS, «International commercial...», *loc. cit.*, pág. 574; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 351 y 352; L.C. REIF, «The use of...», *loc. cit.*, pág. 23; L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism...», *loc. cit.*, pág. 584; *European judicial systems, CEPEJ studies*, nº 18, 2012, pág. 130.

A pesar de esta maraña, parte de la doctrina, en cuanto al ámbito interno se refiere, comienza a hablar de tales términos como conceptos sinónimos, *vid.* L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, págs. 74 y 75; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 456; M.S. VELARDE ARAMAYO, R. SASTRE IBARRECHE, «Mecanismos de heterocomposición...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 59.

⁵⁸¹ Sobre la *expert determination*, *vid. supra*, págs. 144 a 146. También se excluye el arbitraje, si bien, y atendiendo a lo dicho en apartados anteriores, dicha exclusión no merece más explicación en tanto que ni siquiera se considera ADR.

prearbitral, los *dispute boards* del Banco Mundial y los *dispute adjudication boards* de la FIDIC y la CCI-, porque en ellos las partes no *alcanzan por sí mismas un acuerdo*, tal y como se establece en la definición de mediación, sino que es el tercero quien impone una decisión vinculante a las mismas.

196. En cuanto a los ADR evaluadores se refiere, su exclusión depende de la formalidad de sus recomendaciones. Pues bien, siguiendo tal criterio, y basándose en su propia configuración, el *fact-finding* o peritaje, el *summary jury trial*, los *Dispute Review Boards* y los *Combined Disputes Board* de la CCI quedan excluidos⁵⁸².

Sin embargo, y teniendo en cuenta tanto la flexibilidad que caracteriza a los ADR como la vaguedad con la que la Ley 5/2012 describe el procedimiento de mediación, sí cabe la posibilidad de que la *neutral evaluation* y el *mini-trial*, siempre y cuando desemboquen en una recomendación no formal y cumplan las prescripciones de la citada Ley, puedan considerarse dentro de la definición dada de mediación. También debe considerarse igualmente incluido el *mini-trial* en su modalidad facilitadora⁵⁸³.

B) Características.

197. El alcance de la definición de mediación debe ser completado con las propias características de la figura, si bien, la Ley 5/2012 no utiliza tal término sino que su Título II se refiere a los *principios informadores de la mediación* (arts. 6 a 10)⁵⁸⁴.

A) *Voluntariedad y libre disposición.* Con este título, el art. 6 se refiere a la facultad de las partes para acordar someter a mediación o no las controversias presentes

⁵⁸² En cuanto al *fact-finding* o peritaje, *vid. supra*, págs. 137 a 139; al *summary jury trial*, *vid. supra*, págs. 156 y 157; a los *Dispute Review Boards* y los *Combined Disputes Boards*, *vid. supra*, pág. 148.

⁵⁸³ En este sentido, la Ley Modelo también incluye ambos métodos dentro del término «conciliación», en tanto que el tercero ayuda a las partes a resolver el conflicto por sí mismas, *vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 11 y 16. Lo mismo ocurre en el Reglamento ADR de la CCI. En este sentido, aunque la Ley 5/2012 regula con mayor detalle el procedimiento de mediación, ello no perjudica la subsunción de tales métodos en el concepto de mediación, lo cual beneficia al comercio internacional, porque, aunque el *mini-trial* sea de más utilidad en los sistemas del *common law*, -*vid., supra*, págs. 154 y 155-, ello no obsta para que su desarrollo pueda quedar sometido a la Ley española. En cualquier caso, que la amplitud de las regulaciones permita el encaje de los citados métodos dentro del término de mediación, no significa que no tengan sus diferencias en cuanto a su configuración. En cuanto al *mini-trial*, *vid. supra*, págs. 150 a 156; en cuanto a la *neutral evaluation*, *vid. supra*, págs. 135 y 136.

⁵⁸⁴ Todas estas características también se desprenden de los ADR, tal y como se refleja en el apartado relativo a las mismas, *vid. supra*, págs. 115 a 118. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que en aquel se hace especial hincapié en aquellas que son delimitadoras de otros métodos de resolución de conflictos, como la negociación, el arbitraje y el proceso judicial.

y futuras que puedan surgir, -siempre que sean derechos y obligaciones disponibles-. En definitiva, nadie está obligado a realizar un pacto inicial para acudir a mediación. Pero además, tampoco existe obligación de mantenerse durante el procedimiento, ni de concluir un acuerdo⁵⁸⁵.

B) *Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores*. Es labor de los mediadores lograr que exista un equilibrio de poder entre las partes, así como una igualdad de condiciones respecto de la información de la que disponen a lo largo de todo el procedimiento de mediación⁵⁸⁶. Para ello, tal y como expresa el art. 7 LM, es imprescindible que el mediador sea imparcial, esto es, que no tenga ningún interés en el conflicto, ya sea en perjudicar o beneficiar a alguna de las partes; en que se logre o no un acuerdo; o en que dicho acuerdo sea en un determinado sentido⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Esta disposición, teniendo en cuenta las formas de impulsar el inicio de la mediación contempladas en la Ley 5/2012 (*vid. infra*, págs. 222 a 224), va más allá de la manifestación que la Directiva (considerando 13) o el propio *Código de conducta europeo para los mediadores*, de 6 de abril de 2004 (art. 3.3) realizan sobre el principio de voluntariedad, porque estos dos últimos sólo se refieren a la voluntariedad durante el desarrollo del procedimiento. *Vid.* S. BARONA VILAR, «Incorporación de la mediación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 392; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 160, 161, 177 y 178.

En cuanto a la regulación en España del principio de la voluntariedad en la mediación, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 312 y 313; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 384 a 396; E. SERRANO GÓMEZ, «Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 101 a 106.

⁵⁸⁶ En cuanto al principio de igualdad entre las partes, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 180 a 185.

⁵⁸⁷ El principio de la imparcialidad también es recogido en el art. 5.5 LMCCI; mientras que el relativo al tratamiento equitativo a las partes se encuentra en el art. 6.3 LMCCI. Si alguna de las partes nota alguna asimetría, probablemente acabe abandonando el procedimiento de mediación, tal y como el principio de voluntariedad permite. De ahí que esta tarea del mediador sea tan relevante en orden a terminar este método con éxito. *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 171 y 172.

Tal y como establece el art. 13.4 LM y el art. 13.5 LM, el mediador no podrá iniciar o tendrá que abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad, de ahí que, en todo momento, tenga obligación de revelarlas. Se entiende que, en todo caso, tales circunstancias se dan cuando: a) tenga cualquier tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; b) tenga cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; c) el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En los citados supuestos, sólo se permitirá continuar al mediador cuando pueda asegurar que es posible realizar su labor con total imparcialidad, y siempre que las partes lo consientan y hagan constar expresamente. Tales apartados del art. 13 LM no hacen más que reproducir el punto 2.1 relativo a la independencia del *Código de conducta...*, *op. cit.*, pág.2.

En cuanto al principio de imparcialidad en la regulación española, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 186 a 188; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 396 a 402. En especial los art. 7 y art. 13 LM, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, «Artículo 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 109 a 118; C. ROGEL

C) *Neutralidad*. Según el art. 8 LM, el mediador también debe ser neutral, es decir, debe tener una conducta activa que logre el acercamiento entre las partes, facilitando la comunicación entre ellas, así como toda la información y asesoramiento que necesiten, pero dejando que sean ellas mismas, bajo sus puntos de vista y opiniones, las que lleguen a un acuerdo⁵⁸⁸.

D) *Confidencialidad*. Este principio, recogido en el art. 9 LM se compone de varias dimensiones⁵⁸⁹. En primer lugar, se encuentra la obligación de todos aquellos que participan en la mediación de no revelar las informaciones vertidas dentro de la misma a

VIDE, «Artículo 13. Actuación del mediador», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 173 a 178.

En cuanto a la mediación realizada por una pluralidad de mediadores, vid. E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 18. Pluralidad de mediadores», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 215 a 225.

⁵⁸⁸ La función del mediador no es enjuiciar el conflicto según sus propias creencias, ni aplicar la normativa vigente según el criterio social imperante, sino que *debe dar un espacio a la forma de entender la vida y el conflicto propia de las partes*, vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., págs. 174 y 175. De manera que los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben constituir un obstáculo al proceso. En cualquier caso, el mediador, como toda persona, tiene una serie de creencias y opiniones, de ahí que la clave esté en el *respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, entendido en sentido amplio*, vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., págs. 402 a 406, en especial pág. 404. En cualquier caso, ello no obsta para admitir la mediación evaluadora, vid. *supra*, págs. 180 a 182.

Esta disposición remite al art. 13 LM. Dicha remisión es ciertamente confusa, porque el art. 13 LM se refiere a la actuación del mediador en general, siendo el apartado 2 el único más próximo a este principio, pero no a los 1 y 3, relativos a la voluntariedad, o a los 4 y 5, referidos a la imparcialidad, un principio que, aunque afecta también al mediador, es diferente del de la neutralidad, vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, «Artículo 8. Neutralidad», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 119 a 127. La neutralidad se refiere al mediador y a su actuación con vistas al acuerdo; mientras que aquel se corresponde con la relación existente entre el mediador y las partes, vid. *Recomendación nº R (98) 1 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la mediación familiar*, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998. A pesar de esta diferenciación teórica, en la práctica la distinción no es tan sencilla, de ahí que en muchos textos normativos ambos principios se confundan, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 219 a 223; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pág. 403.

⁵⁸⁹ Este principio es una premisa fundamental para un funcionamiento eficiente de la mediación, esto es, para que se desarrolle con garantías a la vez que con mayores posibilidades de éxito. Es uno de los pilares básicos y más importantes de la mediación, de ahí que se encuentre regulado en todos los textos normativos sobre la materia. Las partes se sentirán más seguras y con mayor libertad a la hora de expresar sus intereses, preocupaciones y problemas en relación con el conflicto que tiene con la otra parte, de manera que dicha fluidez en la comunicación facilitará la conclusión de un acuerdo, vid. S. BARONA VILAR, «Incorporación de la mediación...», loc. cit., op. cit., pág. 383; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 191 a 195. La Ley Modelo dedica los arts. 9 y 10 a la confidencialidad.

En cuanto a este principio, en general, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 245 a 291; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., págs. 175 a 178; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., págs. 406 a 424. En cuanto a esta disposición, vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, «Artículo 9. Confidencialidad», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 129 a 138.

otros sujetos que no hayan asistido a ella (art. 9.1 LM). En segundo lugar, de la citada disposición se deriva también la obligación del mediador de proteger las informaciones vertidas como consecuencia de reuniones que mantiene por separado con cada una de las partes. Y en último lugar, la obligación más importante, aquella destinada al mediador y a los participantes en la mediación, -pero no a las partes-, relativa a la imposibilidad de revelar la información vertida a lo largo del procedimiento de mediación o la documentación presentada durante el mismo, durante el transcurso de un proceso judicial o de un arbitraje (art. 9.2 LM). De manera que si se incumple, se podrá exigir responsabilidad al infractor (art. 9.3 LM)⁵⁹⁰. En cualquier caso, el citado deber goza de dos excepciones: a) cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de ese deber a los mediadores o personas que hayan participado o; b) cuando así sea solicitado, mediante resolución judicial motivada, por algún órgano jurisdiccional penal⁵⁹¹.

E) *Las partes en la mediación*. Este principio recogido en el art. 10 LM hace referencia a dos extremos: el primero, relativo a las facultades de las que gozan o carecen las partes; el segundo, referido al comportamiento que deben tener entre ellas mismas y con el mediador. En cuanto al primer punto, y de conformidad con la autonomía privada que rige la mediación, se recuerda la posibilidad que tienen las partes de organizar este método del modo que estimen conveniente, eso sí, siempre y cuando se respetan los principios que la configuran. Y la inviabilidad para ejercitar ninguna

⁵⁹⁰ En cuanto a la responsabilidad por incumplimiento del deber de confidencialidad, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 205 a 211.

⁵⁹¹ Para profundizar sobre este principio y su relación con el proceso judicial y el arbitraje, *vid. infra*, págs. 334 a 344. La última excepción citada se corresponde con la primera establecida en el art. 7.1.a) DM, y que se refiere a *razones imperiosas de orden público*. Por otro lado, la primera de las excepciones mencionadas se corresponde con la descrita en el apartado 7.1 DM. Sin embargo, la Ley 5/2012 no menciona la última excepción recogida en el art. 7.1.b) DM relativa al necesario conocimiento del contenido del acuerdo de mediación a la hora de aplicarlo o ejecutarlo. Aunque puede parecer que esta última afirmación es evidente, esto es, si un órgano jurisdiccional aplica o ejecuta un acuerdo, su contenido, o al menos parte del mismo, se hace público, el art. 9 LM debiera haberlo incluido. Ello se debe a que la Directiva hace especial hincapié en la armonización mínima de las citadas tres excepciones, no sólo a través del art. 7.2 DM, sino especialmente con el considerando 23 DM. En cuanto a las citadas excepciones, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 200 a 205.

En sentido contrario a lo dispuesto en el art. 9 LM, se pronunció el Tribunal Supremo, -STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 109/2011, de 2 de marzo-, al admitir como prueba válida documentación elaborada durante el procedimiento de mediación anterior al proceso judicial y que no constituía acuerdo de mediación, *vid.* A. VIDAL TEIXIDÓ, «Dossier de los tribunales sobre mediación», *Diario La ley*, nº 8067, 22 abril 2013, págs. 1 a 6; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación en el marco de la recepción de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La pendiente trasposición en España», *RADP*, nº 28, 2012, pág. 344.

acción judicial o extrajudicial durante el transcurso de la mediación, salvo para solicitar medidas cautelares u otras medidas urgentes; así como la imposibilidad de los tribunales para conocer de estos conflictos, siempre que éstos sepan de la existencia de la mediación por la declinatoria que presente la parte interesada. En segundo lugar, la citada disposición hace hincapié en el comportamiento que las partes deben tener entre sí, basado en los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, así como la actitud colaboradora y de apoyo que deben mostrar con el mediador⁵⁹².

⁵⁹² En cuanto a este principio, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 212 a 223.

Como se puede observar, la figura del mediador es fundamental a la hora de definir la mediación. La confidencialidad, así como la imparcialidad y la neutralidad son principios que rigen las funciones y conducta de un mediador. Pero además, existen otras cuestiones importantes en torno a este tercero, en concreto, las relativas a su formación y responsabilidad. Ambas se regulan en la Ley 5/2012 respectivamente. Sin embargo, la Directiva no recogió tales aspectos, renunciando a su armonización, fruto de las divergencias que se pusieron de manifiesto en el debate previo surgido tras el Libro Verde. Por ello, se limitó a exigir a los Estados miembros el establecimiento de medios para la formación, así como mecanismos eficaces de control (art. 4 DM, considerandos 16 y 17 DM).

En cuanto a la profesionalidad del mediador en los diferentes instrumentos internacionales y leyes autonómicas antes de la aprobación de la Ley 5/2012, *vid.* S. BARONA VILAR, «Incorporación de la mediación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 381, 382, 391; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 179 a 183; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 424 a 451; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 465 a 468; P. ROBLES LATORRE, «Apuntes sobre la Directiva...», *loc. cit.*, págs. 102 y 103; S. RODRÍGUEZ LLAMAS, «La Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RADP*, n° 25, 2010, págs. 159 a 162.

Pues bien, la citada legislación española, además de delegar tales mecanismos de control al Ministerio de Justicia y las Administraciones competentes (art. 12 LM), establece la formación requerida al mediador: título oficial universitario o de formación profesional superior con formación específica en mediación (art. 11.2 LM). Todo ello, tal y como establece la Disposición Final Octava, será tratado con mayor detalle en el Reglamento que desarrolle la Ley, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, «Disposición final octava. Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 581 a 591; P. ORTUÑO MUÑOZ, «Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta», *Diario La Ley*, n° 8067, 22 abril 2013, pág. 3. En todo caso, tales exigencias son beneficiosas para la mediación comercial internacional, donde no se busca tanto un mediador «profesional» que pueda actuar en cualquier ámbito, sino más bien, un experto en la materia de fondo a la que pertenece el conflicto, pero con cierta formación sobre técnicas mediadoras. Por otra parte, la Ley 5/2012 fija la obligación de suscribir un seguro que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (art. 11.3 LM). En cualquier caso este último aspecto es una exigencia más bien interna, porque perjudica a España como lugar para llevar a cabo mediaciones internacionales, al no existir en otros países tal obligación de aseguramiento. En relación al seguro previsto en el art. 11.3 LM, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 317 a 322.

En cuanto a esta regulación, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 225 a 284; M. BLANCO CARRASCO, «Artículo 12. Calidad y autorregulación de la mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 163 a 171; L. GARCÍA VILLALUENGA, «Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 149 a 162; L. GARCÍA VILLALUENGA, «Disposición final octava. Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de

2. Clases.

198. Se pueden realizar diferentes clasificaciones tomando como referencia distintos criterios en torno a la figura de la mediación. En este sentido, aunque todas las categorías aquí apuntadas se predicen de la configuración general de dicho método, se hará especial hincapié en su empleo dentro del comercio internacional.

A) *Mediación lineal o de Harvard, mediación transformativa y mediación circular-narrativa.* Estos son los modelos de mediación que tradicionalmente se distinguen. El primero persigue, ante todo, la consecución de acuerdos que pongan fin al conflicto. El segundo, aunque también busca el mismo objetivo, además se centra en la transformación de las personas en conflicto y de su relación. El tercero, en cambio, busca principalmente profundizar en el vínculo de las partes para transformarlo, si bien, la conclusión del acuerdo no es primordial⁵⁹³. En tanto que, en el comercio internacional, la función de los ADR, y también de la mediación, se focaliza especialmente en la resolución del conflicto, sólo los dos primeros modelos, y sobre todo el lineal, van a ser utilizados⁵⁹⁴. En cualquier caso, y atendiendo al mayor ámbito

los requisitos de la mediación exigidos en la Ley», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 581 a 591; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, op. cit., págs.133 a 146.

⁵⁹³ La mediación lineal ha sido desarrollada por autores tan importantes como R. FISHER, W. URY, B. PATTON o S. GOLDBERG, dentro de tal modelo, la obra más importante, llevada a cabo por los dos primeros, es *Getting to yes: Negotiating agreement without living in*, New York, 1981. Por otro lado, la transformativa fue elaborada por R. BUSH y J. FOLBERG en su obra *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco, 1994. Finalmente, la mediación circular-narrativa ha sido confeccionada, principalmente, por S. COOB («Empowerment and mediation: A narrative perspective», *Negotiation Journal*, vol. 9, nº 3, July 1993, págs. 245 a 255), aunque otros autores, como J. RIFKIN o M. SUARES, son también importantes. Vid. M. CASO SEÑAL, «Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, nº 7046, 31 octubre 2008, pág. 3; S. FARRÉ SALVÁ, *Gestión de conflicto: Taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, 2004, pág. 303; M. LÓPEZ-JURADO PUIG, «La mediación como profesión...», loc. cit., op. cit., págs. 6 y 7.

⁵⁹⁴ También pueden tener una función menos ambiciosa, basada en aliviar el conflicto, sin embargo, en el comercio internacional no es un fin en sí mismo, sino más bien, el objetivo a alcanzar en defecto de la finalidad última: la solución a la controversia. Por otro lado, tampoco el último modelo es el más adecuado a la hora de prevenir el conflicto. Ello es así por diversas razones, en primer lugar, porque siempre se busca llegar a un punto común, dando la seguridad y certeza tan necesarias en las relaciones comerciales; y en segundo lugar, porque los aspectos más importantes en las citadas relaciones suelen estar vinculados con datos objetivos. Esto no significa que no existan factores personales, y por tanto, más subjetivos, sin embargo, suelen tener una posición secundaria. En cuanto a la función de los ADR, vid. *supra*, págs. 129 a 131.

de aplicación de la Ley 5/2012, -especialmente al Derecho de familia-, la citada norma, aunque focaliza su atención en las mediaciones que buscan un acuerdo, también tiene en cuenta aquellas que *simplemente persiguen mejorar relaciones*⁵⁹⁵.

B) *Mediación facilitadora y mediación evaluadora*. Esta distinción, semejante a la realizada para los ADR, se lleva a cabo en virtud de la función que las partes atribuyan al mediador. La mediación será facilitadora si el tercero posee una mera función de asistencia a las partes para que sean ellas mismas las que lleguen a un acuerdo. Sin embargo, si el mediador goza de una mayor intervención, teniendo la facultad de proponer acuerdos de solución de la controversia no vinculantes, la mediación se califica como evaluadora⁵⁹⁶. Todos estos estilos de mediación son igualmente utilizados en el comercio internacional⁵⁹⁷, además de estar incluidos en la Ley 5/2012⁵⁹⁸.

C) *Mediación extrajudicial y mediación intrajudicial*. Esta clasificación se basa en la relación de la mediación con el proceso judicial. En virtud de la misma, la mediación extrajudicial es aquella que se desarrolla completamente al margen del proceso. Por su parte, la mediación intrajudicial es aquella que se encuentra vinculado al mismo debido a que su utilización trae causa de la previa sugerencia u orden del juez, una vez iniciado el proceso judicial⁵⁹⁹. Dentro del comercio internacional, la mediación

⁵⁹⁵ Vid. Exposición de Motivos, IV, párrafo relativo al título IV.

⁵⁹⁶ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., pág. 144; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, op. cit., págs. 8 y 9; H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada...», loc. cit., op. cit., págs. 249 a 251.

⁵⁹⁷ Cuando se habla de los estilos de mediación en el ámbito comercial, también suele realizarse esta misma clasificación pero añadiéndola una tercera categoría: la transformativa, ya antes mencionada, vid. ad. ex., C. CHERN, *International commercial mediation*, London, 2008, págs. 129 a 136; R. HILL, «Non-adversarial mediation», *J. Int'l Arb.*, vol. 12, n° 4, 1995, págs. 138 a 142; M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute...*, op. cit., págs. 93 a 95.

⁵⁹⁸ En cuanto a la inclusión de la mediación evaluadora en la Ley 5/2012, vid. supra, págs. 180 a 182.

⁵⁹⁹ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., págs. 143 y 144; H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada...», loc. cit., op. cit., págs. 251 y 252. Ambas categorías también se subsumen en la Ley 5/2012. La mediación extrajudicial se desprende del art. 16 LM, mientras que la intrajudicial previa sugerencia del juez, se recoge en la Disposición final tercera que modifica los arts. 414, 415, 440 y 443 de la LEC 1/2000. A pesar de ser una forma de inicio prevista en la Directiva, la mediación intrajudicial por orden del juez no se contempla en la Ley española. La mediación intrajudicial también se ha dado en llamar *mediación conectada con el Tribunal*, vid. H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *Diario La Ley*, n° 7834, 10 abril 2012, pág. 4. Para profundizar sobre la mediación intrajudicial de forma general, vid. L. DI STEFANO, «Mediación conectada con los tribunales: estructuración y principios que regulan su funcionamiento», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, op. cit., págs. 287 a 305; J.N. FONT GUZMÁN, «Programas de derivación judicial en Estados Unidos», en H. SOLETO MUÑOZ,

extrajudicial adquiere todo el protagonismo, la incoación del proceso judicial como primer paso a la hora de resolver un conflicto es prácticamente inexistente.

D) *Mediación voluntaria y mediación obligatoria*. Esta separación se funda en el carácter obligatorio o voluntario del comienzo de la mediación. La mediación voluntaria es la modalidad típica, aquella que para iniciarse necesita de un acuerdo entre las partes, ya sea antes o después de haber surgido el conflicto, o de haberse incoado el proceso judicial. En el extremo opuesto se encuentra la mediación obligatoria. Menos común dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos, por resultar en cierto modo incongruente con las propias características del citado método. En este caso, la mediación se inicia porque así lo indica un precepto legal, ya sea como condición previa al proceso judicial, o una vez iniciado el mismo⁶⁰⁰. En el ámbito comercial internacional, la mediación por excelencia es aquella voluntaria y extrajudicial⁶⁰¹.

E) *Mediación privada y mediación pública*. Esta distinción atiende al tipo de servicio que presta el mediador. Mientras que en la mediación privada el tercero ofrece sus servicios a cambio de una remuneración previamente pactada con las partes; en la mediación pública dicho servicio se presta de forma gratuita. Dentro del comercio internacional, y debido a las propias características del mismo, la denominada mediación pública es prácticamente inexistente, siendo más propia del ámbito familiar y de consumo⁶⁰².

Mediación y resolución..., op. cit., págs. 306 a 336; R. PÉREZ MARTELL, *Mediación civil y mercantil en la Administración de justicia*, Valencia, 2008.

⁶⁰⁰ Ambas clases de mediación, la voluntaria y la obligatoria, tienen a su vez una modalidad extrajudicial e intrajudicial. La Ley 5/2012 sólo contempla la mediación voluntaria. Vid. *infra*, págs. 222 a 224.

⁶⁰¹ Vid. *infra*, pág. 224.

⁶⁰² Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., pág. 143. La Directiva no distingue entre estas dos clases de mediación, vid. S. BARONA VILAR, «Incorporación de la mediación...», loc. cit., op. cit., pág. 381. La Ley 5/2012 tampoco establece ninguna diferencia. En un primer momento, y debido al art. 15 LM que regula los costes de la mediación, puede parecer que sólo contempla la mediación privada. Sin embargo, en la Disposición adicional segunda LM, se prevé la opción de incluir la mediación dentro del contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 6.1. de la Ley 1/1996 relativa a dicha materia), tal y como ya preveía el *Libro Verde*, vid. pág. 10. En cualquier caso, tan sólo se configura como una posibilidad, de manera que las Administraciones Públicas podrán elegir su adopción o podrán rechazarlo. Además, dicha eventual inclusión sólo se refiere a la mediación previa al proceso, no a la intrajudicial, si bien, en la actualidad, los programas intrajudiciales existentes son generalmente gratuitos. Vid. C. FERNÁNDEZ CANALES, «Disposición adicional segunda. Impulso a la mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 383 a 386; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», loc. cit., op. cit., págs. 480 y 481; H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal...», loc. cit., pág. 2. Tal carácter opcional encaja con el propio considerando 21 DM, porque éste sólo recoge la obligación de establecer la

F) *Mediación institucional y mediación ad hoc*. Esta clasificación atiende al órgano y al procedimiento de mediación. La primera clase de mediación es aquella que se desarrolla bajo los auspicios de una organización que presta su asistencia a las partes, nombrando o facilitando la designación del mediador a las partes, reglamentando el propio procedimiento de mediación a seguir, y aportando una infraestructura administrativa al mismo. En cambio, la mediación *ad hoc* se caracteriza por el absoluto protagonismo de las partes a la hora de seleccionar al mediador, regular su propio procedimiento así como crear el soporte necesario para llevar éste a cabo. Aunque las mediaciones *ad hoc* tienen ciertas ventajas, como el total control de las partes sobre diferentes extremos del procedimiento, especialmente a la hora de elegir mediador, o la garantía de una mayor discreción; en el comercio internacional, la mediación institucional, por las facilidades que ésta ofrece, es empleada con mayor frecuencia⁶⁰³.

G) *Deal mediation, mediación contractual y mediación post-contractual*. Esta última diferenciación está especialmente dirigida al ámbito comercial internacional⁶⁰⁴. En dicho campo, el empleo más común y tradicional de la mediación se produce durante la ejecución de los contratos, esto es, la mediación contractual. Sin embargo, este método también empieza a ser utilizado en la elaboración de los mismos, *-deal mediation-*⁶⁰⁵; e incluso para asistir a las partes en el proceso de liquidación de los

justicia gratuita a procedimientos de mediación obligatorios por ley o por orden de un tribunal. Precisamente, modalidades de mediación no recogidas en la Ley 5/2012, *vid. infra*, págs. 222 a 224.

⁶⁰³ *Vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 149 y 150; S. TANDEAU de MARSAC, «La médiation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 50 y 51; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 85 y 86. Tal y como se desprende del art. 5 LM, también la mediación institucional es admitida por aquélla, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 284 a 302; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 33 a 68; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 5...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 73 a 99.

⁶⁰⁴ En cuanto a la inclusión de la primera en la Ley 5/2012, *vid. supra*, págs. 176 a 180. Las dos restantes, en tanto se derivan de una relación contractual previa, se entienden subsumidas en la citada Ley.

⁶⁰⁵ Esta utilidad de la mediación ha sido menos estudiada por la doctrina, menos practicada por los profesionales, y en consecuencia, menos conocida, tal y como denuncia S.R. PEPPE in «Contract formation...», *loc. cit.*, págs. 287 a 290 y 339 a 344 Las denominaciones más conocidas de dicha modalidad es *deal mediation* o *transactional mediation*, aunque hay muchas otras como *deal-facilitation*, *facilitated negotiation*, *project management mediation*, o *assisted deal making*. *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...* *op. cit.*, pág. 6; C. MIDDLETON-SMITH, E. MOORE, «Assisted deal ...», *loc. cit.*, págs. 16 y 17; S.R. PEPPE, «Contract formation in...», *loc. cit.*, págs. 283 a 367; J.W. SALACUSE, «Alter the contract, what? Negotiating to work successfully with a foreign partner», *Can. Int'l. Lawyer*, vol. 2, n° 4, 1997, pág. 197; J.W. SALACUSE «Mediation in international business», en J. BERCOVITCH (ed.), *Studies in International Mediation*, Hampshire, New York, 2002, págs. 213 a 218; M.A. SCHONEWILLE, K.H. FOX, «Moving beyond...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 91. A pesar de las expresiones, *deal-facilitation* o *facilitated negotiation*, no significa que en este tipo de mediaciones, el tercero sólo pueda realizar una tarea facilitadora, sino que también puede adoptar un papel evaluador, así

contratos, -mediación post-contractual-, en orden a lograr el menor impacto negativo posible en sus negocios y en las demás relaciones comerciales que pudieran tener en el presente o en el futuro⁶⁰⁶.

3. Mediación comercial.

199. De igual manera que comúnmente se habla de arbitraje *comercial* internacional, también se utiliza el mismo adjetivo para la mediación⁶⁰⁷. Aunque el ámbito material de la Ley 5/2012, siguiendo al de la Directiva, se refiere a más conflictos que los estrictamente comerciales, la Ley Modelo sí que utiliza tal término y circunscribe su aplicación al mismo.

El art. 2.1.I LM fija el ámbito de aplicación de la misma. En este sentido, abarca *las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones indisponibles por las partes según la legislación aplicable*⁶⁰⁸. A su vez, el apartado 2 del mismo artículo expone una lista de exclusiones compuesta por: la mediación penal; la mediación con las Administraciones Públicas; la mediación laboral y; la mediación en materia de consumo.

200. La expresión *asuntos civiles y mercantiles*, está tomada directamente de la Directiva. Sin embargo, ni la Ley 5/2012, ni aquella, aclaran tales términos. Aunque la citada frase ya ha sido utilizada por otros instrumentos normativos de la UE⁶⁰⁹, el

lo reconocen los propios autores que utilizan tales expresiones, *vid.* M.A. SCHONEWILLE, K.H. FOX, «Moving beyond...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 90 y 98.

⁶⁰⁶ Esta última utilización de la mediación es, si cabe, más innovadora que la *deal mediaton*, *vid.* M.A. SCHONEWILLE, K.H. FOX, «Moving beyond...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 95 y 96.

⁶⁰⁷ *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, págs. 28 y 29.

⁶⁰⁸ Sobre el art. 2.1.I LM, *vid.* C. ROGEL VIDE, E. GÓMEZ CAMPELO, M. BLANCO CARRASCO, «Art. 2. Ámbito de aplicación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (dirs.), *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 31 a 36.

⁶⁰⁹ La citada expresión u otra similar como *materia civil y mercantil* ha sido utilizada por otros Reglamentos y Directivas, todos ellos enmarcados bajo la «cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza». *Vid. ad. ex.*, el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en adelante RBI, cuyo antecesor, -el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *vid.* DOCE núm. C 189, de 28 de julio de 1990, en adelante CB-, ya utilizaba los mismos términos; el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en sus interpretaciones, tampoco ha dado una definición general de la misma, más allá de referirse, en un sentido amplio, a las *relaciones jurídicas de Derecho privado*⁶¹⁰. En cualquier caso, la determinación de tal concepto derivará de la propia jurisprudencia que emita el propio TJUE⁶¹¹. Por otra parte, si la mediación transfronteriza no se encontrara dentro del ámbito de la UE, se ha defendido la aplicación del art. 4 RBI para favorecer la extensión de las nociones que en él se recogen⁶¹².

Teniendo en cuenta tales consideraciones, se entiende que la Ley 5/2012 toma como punto de partida aquellas controversias propias del Derecho privado, esto es, donde las partes tiene una relación horizontal, de igualdad, y que tradicionalmente está compuesto por el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho laboral. La consecuencia que inmediatamente se extrae es que quedan excluidas todas aquellas materias propias del Derecho Público, de ahí que la citada Ley expresamente rechace su aplicación a la mediación penal y a la mediación con las Administraciones públicas⁶¹³. En virtud de tal argumento, y aunque la Ley no diga nada en este sentido, también

de pruebas en materia civil o mercantil, vid. DOCE L 174, de 27 de junio de 2001; la Directiva 2002/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, vid. DOCE L 26, de 31 de enero de 2003; el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, vid. DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006; el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, vid. DOUE L 199, de 31 de julio de 2007; el Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, vid. DOUE L 324, de 10 de diciembre de 2007.

⁶¹⁰ El citado Tribunal se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde el 1 de diciembre de 2009 que entró en vigor el Tratado de Lisboa, anteriormente se llamaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas TJCE, de ahí que se utilice tal acrónimo para sentencias anteriores a dicha fecha.

⁶¹¹ Vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pág. 123; D. ORDOÑEZ SOLIS, «La Directiva sobre mediación...», loc. cit., pág. 2; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», loc. cit., op. cit., pág. 651; G. PALAO MORENO, «Cross-border mediation in Spain», en J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS I FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pág. 647; A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional...», loc. cit., op. cit., pág. 227.

⁶¹² Vid. C. ESPLUGUES MOTA, «Mediación civil y mercantiles en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de Mediación de 2012», en J.F. ETXEBERRÍA, I. ORDEÑANA (dirs.), *Significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta inmediadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, 2012, págs. 82 y 83.

⁶¹³ En cuanto a estas exclusiones, vid. C. ROGEL VIDE, E. GÓMEZ CAMPELO, M. BLANCO CARRASCO «Art. 2...», loc. cit., op. cit., págs. 43 a 46.

quedan fuera las exclusiones mencionadas por la propia Directiva, esto es, los asuntos fiscales, aduaneros y los *acta iuri imperii*, actos de un Estado realizados en el ejercicio de su autoridad soberana, y en consecuencia, en posición de desigualdad con el particular⁶¹⁴. Así como otras materias como por ejemplo los conflictos relativos a la Seguridad Social que, aunque en el ordenamiento jurídico español se ha subsumido siempre dentro del Derecho laboral, es Derecho público.

201. Una vez acotado el ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 a las controversias estrictamente derivadas del Derecho privado, dentro del mismo también existen otras materias descartadas: bien porque hay sectores donde ya existe una regulación sobre este método, bien porque la mediación sólo puede afectar a derechos y obligaciones *disponibles* por las partes.

Las exclusiones que la Ley 5/2012 realiza sobre la mediación laboral y la mediación en materia de consumo obedecen al primer motivo⁶¹⁵. En cuanto al segundo

⁶¹⁴ Vid. art. 1.2 DM. En cuanto a la última exclusión mencionada, y en tanto que el Estado actúa como un particular, se debe entender incluidos dentro del ámbito material los *acta iure gestionis*.

⁶¹⁵ Así está expuesto en el Motivo II *in fine*. Respecto a ambas exclusiones, vid. G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 652; C. ROGEL VIDE, E. GÓMEZ CAMPELO, M. BLANCO CARRASCO «Art. 2...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 46 a 48. En cuanto a la exclusión de la mediación en materia de consumo, la Directiva establece todo lo contrario, esto es, incluye esta mediación, aunque rechaza, tal y como se establece en su considerando 11, los sistemas de reclamaciones de consumo. Tal regulación se debe a que dichos sistemas, a diferencia de la mediación, se caracterizan por su carácter cuasi-jurisdiccional. En cualquier caso, la mediación necesita adaptarse a la desigualdad que suele existir entre empresario y consumidor. De ahí que se establezca, también en la UE, una regulación, en parte, diferenciada. Respecto de dicha normativa, vid. *supra*, págs. 106 a 108. En cuanto a la mediación laboral, tampoco existe tal exclusión en la Directiva, sino que de su considerando 10 se deduce su aplicación siempre y cuando sean materias disponibles por las partes, sin embargo, en España la mediación laboral goza de una regulación anterior, y de una mayor tradición.

En cuanto al estado de la regulación de la mediación en materia de consumo, vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 79 a 82; M.J. CAZORLA GONZÁLEZ, «Régimen jurídico de la mediación de consumo», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje...*, *op. cit.*, págs. 227 a 241; F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Impulso de la Unión Europea...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 735 a 744; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 452 y 453; M.J. MARÍN LÓPEZ, «Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos», en I. HEREDIA CERVANTES (ed.), *Medios alternativos...*, *op. cit.*, págs. 123 a 150; G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, págs. 101 a 115; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación en materia de consumo. Características y elementos de debate», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje...*, *op. cit.*, págs. 203 a 225.

En lo referente a la mediación laboral, vid. R. GARCÍA ÁLVAREZ, «Mediación y juzgados de los social: un encuentro entre alternativas», *RPJ*, nº 94, 2012, págs. 44 a 52; R. GARCÍA ÁLVAREZ, «Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», *Diario La Ley*, nº 7806, 27 febrero 2012, págs. 1 a 10; R. GIL ALBURQUERQUE, «Concepto y técnica de la mediación en el conflicto laboral», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, págs. 503 a 522; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA

criterio delimitador, esto es, que la mediación no debe afectar a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes. En el caso de mediaciones transfronterizas, la disponibilidad o no de la materia en la que se encuadra la controversia se determinará con arreglo a *la legislación aplicable pertinente*, tal y como establece la Directiva, en su considerando 10 y en el art. 1.2, así como reitera el propio art. 2.1 LM. En otras palabras, de conformidad con ley aplicable al fondo del conflicto, precisada a través de las normas de conflicto establecidas en los instrumentos internacionales, y en su defecto, en la normativa española⁶¹⁶.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta que puede haber asuntos donde las regulaciones de los Estados difieran⁶¹⁷, hay ámbitos que, en general, se caracterizan por tener materias indisponibles, un ejemplo es el Derecho de familia y el Derecho laboral, tal y como advierte el considerando 10 DM⁶¹⁸, o también, siguiendo dentro del Derecho

MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 452; J.R. MERCADER UGUINA, «Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias», en I. HEREDIA CERVANTES (ed.), *Medios alternativos...*, *op. cit.*, págs. 89 a 110; A. MONTAYA MELGAR, N.P. GARCÍA PIÑEIRO, «La mediación en el ámbito laboral», en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación...*, *op. cit.*, págs. 215 a 233; E. PERDIGUERO BAUTISTA, «Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho laboral», *Arbitraje, mediación y conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, págs. 272 y 273; M.J. RENEDO JUÁREZ, «Evitación del proceso y mediación intrajudicial en la jurisdicción social», en I. SÁEZ HIDALGO, A. DORREGO DE CARLOS (dirs.), *Arbitraje y mediación...*, *op. cit.*, págs. 193 a 212; R. SASTRE IBARRECHE, «Consideraciones en torno a los medios de composición autónoma de conflictos en el ámbito laboral», en S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al Derecho...*, *op. cit.*, págs. 97 a 118; W. SANGUINETI RAYMOND, «La regulación de los conflictos laborales en España: entre la garantía de la autotutela y el fomento a los Sistemas autónomos de solución», en S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al Derecho...*, *op. cit.*, págs. 239 a 298; H. SOLETO MUÑOZ, «Mediación laboral. Mediación comunitaria», en H. SOLETO MUÑOZ, M. OTERO PARGA (coords.), *Mediación y solución de conflictos*, Madrid, 2007, págs. 331 a 337.

⁶¹⁶ A modo de ejemplo, si la controversia se subsume dentro de la contratación internacional, la Ley aplicable se determinará con arreglo al *Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, *vid.* DOUE L 177, de 4 de julio de 2008; si el conflicto es considerado extracontractual, entonces se atenderá a la Ley indicada por el *Reglamento (CE) Núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma II)*, *vid.* DOUE L 199, de 31 de julio de 2007. *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 13^a ed., Granada, 2012, págs. 157 a 159.

⁶¹⁷ *Vid.* J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, pág. 153.

⁶¹⁸ Tal y como manifiesta P. ORTUÑO MUÑOZ, el citado considerando fue incluido en la última fase de la negociación entre el Consejo y el Parlamento Europeo, y refleja la preocupación de algunos EE.MM respecto de determinados aspectos puntuales del Derecho del trabajo (contratación laboral de menores de edad, extranjeros; y sobre ciertas condiciones de trabajo como las relativas a la jornada, descanso y seguridad); y el Derecho de familia (filiación adoptiva por personas homosexuales, matrimonio entre personas del mismo sexo, regulación de las responsabilidades parentales). *Vid.* «A propósito del ámbito de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Aranzadi Civ.*, núm. 20/2008, págs. 1 a 4.

civil, lo relativo al Derecho de la persona; y en cuanto al Derecho mercantil, aquellas controversias relacionadas con el derecho de la competencia, y también con consumidores⁶¹⁹.

202. En virtud de todas las consideraciones mencionadas, se concluye que la mediación comercial entra dentro del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 en tanto que son controversias propias del Derecho privado, más concretamente del Derecho mercantil, y siempre que los asuntos a tratar sean disponibles por las partes.

Aunque estrictamente el vocablo «comercio» es más reducido que el término «mercantil»⁶²⁰, en este caso, y debido a que aquel es el comúnmente utilizado en tanto que referido a la mediación, se entienden como sinónimos. Así se desprende del propio art. 1.1 LMCCI, el cual, a título de ejemplo, realiza una lista sobre las más habituales relaciones jurídicas, contractuales o no, pero consideradas dentro del ámbito *comercial*⁶²¹. A través de tal enumeración, se evita una definición del término, y en consecuencia, se invita a realizar una interpretación amplia del mismo⁶²².

⁶¹⁹ Vid. *Libro Verde...op. cit.*, págs. 6 y 7. En cuanto a las materias indisponibles dentro del Derecho interno español, C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en asuntos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 127 a 130; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 461; G. MORENO CORDERO, «La mediación en las situaciones transfronterizas: una aproximación crítica al proyecto de ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico...*, *op. cit.*, págs. 703 y 704.

⁶²⁰ Vid. F. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A-L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, 1993, págs. 59 a 99;

⁶²¹ Esta norma, basándose a su vez en la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985*, se refiere a: *las operaciones de suministro o intercambio de bienes o servicios; los acuerdos de distribución, representación o mandato comercial; transferencia de créditos para su cobro (factoring); arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversión; financiación; banca; seguros; acuerdo de explotación o concesión; empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; y de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera*. En cualquier caso, las materias de consumo tampoco se consideran incluidas, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 381 y 382.

⁶²² Vid. *Guía para la incorporación...op. cit.*, pág. 20; N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 390 y 391; J. RAJSKI, «La résolution des litiges commerciaux internationaux para la voie de la médiation», en AA.VV, *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, 2007, pág. 503. Sobre la dificultad para definir el término, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Tübingen, 2005, pág. 9. Por otra parte, el Reglamento ADR de la CCI, aunque goza del mismo ámbito de aplicación, -el comercial-, no realiza ninguna explicación más al respecto, limitándose tan sólo a excluir del mismo la mediación familiar y laboral.

4. Mediación internacional.

203. La Ley 5/2012 regula la mediación desde su dimensión tanto interna como internacional. Aunque el régimen jurídico contenido en ella sea el mismo para ambas vertientes, -sistema monista-, el art. 3 LM se encarga de definir el concepto de mediación internacional a partir de la noción de conflicto transfronterizo, concepción extraída, en sus aspectos más importantes, de la propia Directiva, en concreto de su art. 2 DM.

A) Sistema monista.

204. La Ley 5/2012 recoge un régimen jurídico de la mediación que abarca a los conflictos tanto internos como transfronterizos sin diferenciación alguna. Tal y como se establece en su Exposición de Motivos y en el propio art. 2 LM, la citada Ley pretende conformar un *régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España*, aplicándose a conflictos tanto internos como transfronterizos en materia civil y mercantil sin diferencia alguna⁶²³. Siguiendo esta interpretación teleológica de la norma y obedeciendo a la posibilidad recogida en el Considerando 8 DM⁶²⁴, se debe concluir que la Ley 5/2012 establece una concepción monista de la mediación⁶²⁵.

⁶²³ Exposición de Motivos II, 4º párrafo.

La única diferencia de regulación se encuentra entre los acuerdos de mediación que adquieren fuerza ejecutiva en España (art. 25 LM) y los que la adquieren en el extranjero (art. 27 LM). Sin embargo, dicha distinción no afecta al tratamiento de la mediación como interna o internacional. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la internacionalidad de la mediación es una noción distinta a la «nacionalidad» del acuerdo de mediación. Y en este apartado, nos encontramos en la primera de las citadas ideas.

⁶²⁴ Según el Considerando 8 DM: *nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*.

En este sentido, aunque la Ley Modelo, en principio, se limita a regular la conciliación internacional, también se permite extender, tanto a las partes como a los Estados, su aplicación a la dimensión considerada como no internacional por la propia normativa y a la interna. *Vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 16 y 23; J. RAJSKI, «La résolution des litiges...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 502.

Por su parte, las regulaciones institucionales, como al Reglamento ADR de la CCI tampoco realizan una distinción en este extremo, sino que igualmente pretenden ser aplicados a cualquier conflicto sea interno o internacional.

⁶²⁵ *Vid. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS*, «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *REEI*, nº 25, 2013, págs. 7 a 9; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 136 y 137; J.L.

B) Noción de conflicto transfronterizo.

205. La internacionalidad de la mediación se encuentra definida en el art. 3.1 LM. Según la citada disposición, la mediación adquiere tal cualidad cuando los conflictos objeto de la misma son también transfronterizos, en otras palabras, cuando están conectados con más de un ordenamiento jurídico, es decir, con más de un Estado.

206. En virtud de dicha norma, el conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto de aquél donde están domiciliadas o residen cualquiera de las otras partes, es decir, cuando la controversia está conectada al menos con dos Estados, por razón del domicilio o residencia habitual de las partes enfrentadas. Dicha conexión se debe verificar, bien en el momento en que se acuerde el uso de la mediación, bien cuando su empleo sea obligatorio en virtud de la ley aplicable⁶²⁶. Sin embargo, el momento en el que las partes *acuerden hacer uso de la mediación* es bastante indeterminado. Teniendo en cuenta que, respecto de esta cuestión, el considerando 15 DM se refiere a las *medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación*, se debiera tomar en consideración el momento de la solicitud de inicio de dicho procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 LM⁶²⁷.

IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 450; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 31.

⁶²⁶ Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 3. Mediación en conflictos transfronterizos», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (dirs.), *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 56 a 58. En este punto, la Ley 5/2012 omite, en principio, otros dos supuestos que, de forma alternativa, recoge el art. 2.1 DM: la fecha en que el tribunal dicte la mediación, y la fecha en que sea remitida una invitación a las partes por parte del órgano jurisdiccional para que recurran a tal método. Ambos casos junto con los ya mencionados son, precisamente, las 4 posibles formas de iniciar un procedimiento de mediación establecidos tanto por la propia Directiva en su art. 3.a), como por el art. 1.8 LMCCI, *vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, pág. 24. Aunque hubiera sido deseable una redacción de los cuatros supuestos individualmente considerados, se puede interpretar que el art. 3.1 LM hace una clasificación de los mismos refiriéndose a la mediación voluntaria, aquella que necesita un acuerdo entre las partes, y donde se puede subsumir la previa sugerencia de un juez o tribunal; y la mediación obligatoria, ya que un órgano jurisdiccional sólo podrá ordenar la mediación si así se encuentra recogido por ley. En este sentido, tendrá que ser una ley extranjera, pues la ley española no recoge la mediación obligatoria. Para saber más sobre las formas de impulsar el inicio de la mediación, *vid. infra*, págs. 222 a 224.

⁶²⁷ En cuanto a esta cuestión, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 141 y 142.

Asimismo, art. 3.1 LM prevé la internacionalidad sobrevenida de la mediación, como consecuencia del cambio de domicilio de alguna de las partes. En este sentido, los conflictos serán transfronterizos cuando los acuerdos de mediación pretendan ser ejecutados en el territorio de un Estado distinto de donde se realizó la mediación como consecuencia del citado traslado de domicilio⁶²⁸.

207. El carácter transfronterizo de la mediación gira en torno al concepto jurídico de domicilio⁶²⁹. Aunque el art. 3.1 LM extienda dicho criterio a cualquier país,

⁶²⁸ Vid. E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 3...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 56 a 58. El legislador español ha incluido este supuesto *ex novo*, el cual no se encuentra recogido en la Directiva. Sin embargo, no parece tener mucho sentido, porque, aunque exista un acuerdo producto de una mediación interna, -por estar ambas partes domiciliadas en el mismo Estado-, en el momento en que éste quiera hacerse valer en otro Estado distinto de donde la mediación se llevó a cabo, será objeto del Derecho internacional privado, en concreto, de lo que comúnmente se denomina *exequatur*, sin necesidad de exigir que tal pretensión sea debido al traslado del domicilio de una de las partes, sino que puede deberse a otro tipo de conexión con el Estado requerido. En este sentido, tal y como se desprende del art. 27 LM, lo importante es conocer en qué país adquirió fuerza ejecutiva el acuerdo final de mediación.

Por otra parte, la Ley 5/2012 no regula un último caso previsto en el art. 2.2 DM, según el cual, a los efectos de la confidencialidad y de los plazos de caducidad y prescripción, el conflicto es transfronterizo cuando 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 en que el tribunal dicte la mediación, las partes acordaran su inicio, o fuera legalmente obligatorio. El motivo de tal disposición es extender las garantías de confidencialidad y de suspensión de los plazos de caducidad y prescripción a aquellos casos donde el ámbito de aplicación de la Directiva no abarcaría por tener ambas partes el domicilio en el mismo país, y no en Estados miembros diferentes. En cualquier caso, este aspecto no es necesario que sea transpuesto por la Ley 5/2012, la cual no establece diferencias de aplicación para la mediación nacional e internacional.

⁶²⁹ El criterio del domicilio, tomado de la Directiva, es muy restrictivo. Ello se debe al temor de los Estados miembros en torno a que pudieran ser alterados sus sistemas procesales internos en otros casos externos a tal criterio, porque si se dejaba abierta tal posibilidad, la UE podría empezar a regular tales extremos también, *vid.* R. GIL NIEVAS, «La directiva...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 37 y 38. Este criterio utilizado por la Directiva ha sido criticado por la doctrina, *vid.* A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español», *REEI*, nº 23, 2012, pág. 12.

En sentido contrario, la Ley Modelo ha establecido criterios mucho más amplios. En cuanto al art. 1.4 LMCCI, éste establece, de forma alternativa, los supuestos para considerar a la mediación como internacional: a) cuando las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados en el momento de celebración del acuerdo de mediación o; b) cuando teniendo sendos establecimientos en el mismo Estado, una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial deban cumplirse en otro país; o exista otro Estado más estrechamente vinculado con la controversia. Pero además, el art. 1.6 LMCCI ofrece la posibilidad de considerar la mediación como transfronteriza cuando las partes así lo acuerden, esto es, aunque de las circunstancias del caso no se deduzca su internacionalidad o, al menos, ésta no esté clara. A través de esta disposición, la Ley Modelo no sólo admite su aplicación a situaciones subjetivamente internacionales, sino también a situaciones puramente internas. Si bien, en el apartado siguiente (art. 1.7 LMCCI), se establece todo lo contrario, esto es, la renuncia a la aplicación de la Ley, aunque la conciliación sea internacional. En este sentido, en la *Guía para la incorporación...op. cit.*, pág. 23, se ejemplifica la citada renuncia en el caso de una conciliación puramente nacional donde las partes fijen el lugar de su celebración en el extranjero, esto es, en caso de situaciones subjetivamente internacionales. En definitiva, estos mecanismos de *opt-in* y *opt-out* respectivamente, otorgan un total protagonismo a la autonomía privada de las partes a la hora de decidir la aplicación de la norma, acorde

no sólo a los Estados miembros como hace el art. 2.1 DM, la propia disposición 3.2 LM, siguiendo la finalidad armonizadora de aquélla, aclara que en los conflictos transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la UE, el domicilio se determinará de conformidad con el art. 59 RBI y el art. 60 RBI⁶³⁰.

5. Ley aplicable al procedimiento de mediación.

208. La determinación de la ley aplicable al procedimiento de mediación se encuentra regulada en el art. 2.1.II LM. Este precepto se caracteriza por su complejidad. Si bien, con su contenido logra reflejar el difícil equilibrio entre el propio objetivo de la Ley 5/2012, esto es, garantizar, en la medida de lo posible, la aplicación de la misma cuando la mediación se lleve a cabo en España, y a la vez, el respeto a una de las características fundamentales de la mediación, la autonomía privada de las partes.

con la propia configuración de la mediación, pero en detrimento de la seguridad y certeza jurídicas. Por ello, dichas disposiciones han sido criticadas. Aunque busquen la posibilidad de que la Ley Modelo sea aplicada a la mediación internacional y también a la interna, lo cierto es que tal configuración va en contra de la finalidad armonizadora de la propia Ley Modelo; y además, se olvida que ciertas disposiciones que debieran ser obligatorias, en orden a proporcionar unas garantías mínimas a la mediación, *vid.* E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», *loc. cit.*, págs. 7, 8, 19 y 20.

⁶³⁰*Vid.* E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 3...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 59 a 61; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 450. En este sentido, si las partes son personas físicas, para determinar su domicilio se aplicará la ley del lugar *donde se celebre la mediación*; si no estuvieran domiciliadas en el Estado donde se realiza la mediación, se aplicará la ley del Estado donde se presumen están domiciliadas (art. 59 RBI-art. 62 RBI bis). En el caso de España, se aplicará el art. 40 Cc. Este artículo identifica el domicilio con la residencia habitual compuesta tanto por la presencia física del sujeto como por la intención de permanecer en tal lugar. En caso de que sean personas jurídicas, no hace falta acudir a ningún Derecho nacional, el propio art. 60 RBI (art. 63 RBI bis) identifica el domicilio con: la sede estatutaria; la administración central; o el centro de actividad principal. Para aquellos supuestos donde alguna de las partes no resida en un Estado miembro, la determinación del domicilio se realizará para las personas físicas, conforme al mismo art. 40 Cc; y para las jurídicas, según el art. 41 Cc, -domicilio estatutario, en su defecto, donde se halle su representación legal; o donde ejerza sus principales funciones-. La determinación del domicilio conforme a tales normas deberá ser verificado por el mediador. *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 157, 231 y 232, 280 y 281.

En cuanto al problema de los conflictos positivos y negativos de domicilio, para el caso de las personas jurídicas (art. 60 RBI-art. 63 RBI bis), teniendo en cuenta el silencio de la Ley 5/2012, así como la dificultad para amoldar los criterios a seguir no para determinar la competencia de un tribunal, sino para identificar una relación como internacional, se seguirá lo dispuesto en el art. 1.5 LMCCI. Para los conflictos positivos, sólo se considerará aquél que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de mediación (apartado a); mientras que para los negativos, se tendrá en cuenta su residencia habitual (apartado b). En lo que se refiere a las personas físicas (art. 59 RBI-art. 62 RBI bis), se entiende que la solución dada por la Ley Modelo también es la más adecuada.

A) Carácter unilateral del art. 2.1.II LM.

209. El art. 2.1.II LM establece las condiciones para que la citada Ley pueda ser aplicable. Esta disposición sólo se ocupa de recoger los casos en que se aplicará la Ley española, esto es, fija su ámbito de aplicación en el espacio. En concreto, se compone de dos enunciados. En primer lugar, contempla su aplicación cuando las partes se hayan sometido a la misma, sea de manera expresa o tácita. Y en su defecto, cuando al menos una de ellas tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español⁶³¹.

210. La unilateralidad que se desprende de la Ley 5/2012 se ha justificado en tanto que el legislador, tal y como establece en su Exposición de Motivos, pretende establecer un *régimen general aplicable a la mediación que sólo tenga lugar en España*, sea interna o internacional⁶³². Como se ha puesto de relieve, en este caso el legislador actúa de la misma manera que a la hora de regular la competencia judicial internacional en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ: determina el ámbito espacial de la mediación española al igual que aquélla hace lo propio con la jurisdicción española⁶³³. Y a su vez, se asemeja al art. 1.1 LA, el cual establece que la misma se aplicará a los arbitrajes *cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional*.

Los motivos del carácter unilateral de las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial es claro: cada Estado es soberano para fijar de forma exclusiva cuándo sus tribunales pueden conocer; lo contrario no sólo sería un atentado a su soberanía sino que resultaría inútil, porque los tribunales extranjeros ante los que se presente el asunto

⁶³¹ Con carácter general sobre esta norma, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 144; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 156 y 157; G. PALAO MORENO, «Cross-border mediation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 643; C. ROGEL VIDE, E. GÓMEZ CAMPELO, M. BLANCO CARRASCO, «Artículo 2...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 36 a 41.

⁶³² *La regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España (...)*, *vid.* Exposición de Motivos II, párrafo 4º.

⁶³³ *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pág. 156.

Vid. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio.

aplicarán sus propias normas de competencia judicial internacional⁶³⁴. Por su parte, el fundamento del criterio territorial utilizado por la Ley 60/2003, el cual reproduce el de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985*, se encuentra en la competencia de los tribunales del Estado donde se lleva a cabo el arbitraje para desplegar sus funciones de asistencia y supervisión del arbitraje, de modo que, salvo ciertas excepciones, los tribunales españoles no desarrollarán tales tareas en aquellos arbitrajes que tengan lugar fuera de España⁶³⁵.

211. Sin embargo, en el caso de la mediación, a pesar de la unilateralidad del art. 2.1.II LM, el factor territorial no es tan claro. De hecho, durante la elaboración de la Ley Modelo que la sirve de inspiración, y tras arduos debates al respecto, se decidió no emplear el factor territorial. En un primer momento, la citada Ley Modelo incluyó el lugar de la conciliación como elemento para determinar su aplicación, al igual que lo establecido en la Ley Modelo sobre Arbitraje 1985. A pesar de ello, en las discusiones posteriores se impuso el criterio contrario, basado en las características diferenciadoras de la mediación respecto del arbitraje. Especialmente, en el protagonismo de la autonomía privada de las partes, -fundamento también del art. 1.6 LMCCI y del art. 1.7 LMCCI, que no son más que mecanismos de *opt-in* y *opt-out* respectivamente de la aplicación de la Ley Modelo-, así como en criterios prácticos, es decir, la falta de designación formal del lugar de la mediación, y la posibilidad de que la misma se produjera en varios sitios, o en su modalidad *on line*⁶³⁶.

⁶³⁴ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 131.

⁶³⁵ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Arbitraje privado internacional» en A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.) *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2012, pág. 1747. Debe advertirse que se analiza la Ley 60/2003, si bien, en el arbitraje comercial internacional, y siguiendo el sistema de prelación de fuentes, el CNY es jerárquicamente superior, y en virtud del mismo, la ley aplicable al arbitraje será en primer lugar la elegida por las partes, y en segundo lugar, la ley de la sede del arbitraje. El fundamento de este criterio territorial se encuentra en la naturaleza híbrida del citado procedimiento. La ley elegida por las partes obedece a su vertiente privada, mientras que la *lex loci arbitri* se basa en su plano jurisdiccional. Vid. J.M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1991, págs. 824 a 828; R. DAVID, *L'arbitrage dans le comerce international*, Paris, 1982, págs. 185 y 186.

⁶³⁶ Vid. *Guía para la incorporación...*, op. cit., págs. 20 y 21; *Report of the working group on arbitration on the work of its thirty-fourth session*, New York, 21 May- 1 June 2001, A/CN.9/487, pág. 26; *Report of the working group on arbitration on the work of its thirty-fifth session*, Vienna, 19-30 November 2001, A/CN.9/506, págs. 7 y 8.

212. En definitiva, a través de esta regulación se deja la elección de la ley aplicable a las partes, y en su defecto, se da libertad a los Estados para que aprueben las normas de Derecho internacional privado que estimen oportunas⁶³⁷. Tal opción ha sido muy criticada. Por un lado, es cierto que el factor territorial no encaja del todo con una institución, como la mediación, con una esencia eminentemente privada, donde la flexibilidad y la autonomía de las partes adquieren aún mayor protagonismo que en el arbitraje, cuya naturaleza, por otra parte, se define como mixta. Pero por otro, también se defiende la necesidad de dotar a la misma de una mínima seguridad y certeza jurídicas, así como de armonizarla, en cierto sentido, con el arbitraje, pues en el comercio internacional, las partes suelen acordar tal mecanismo de solución de disputas en caso de que la mediación no tenga éxito⁶³⁸.

213. A pesar del enunciado de la Exposición de Motivos, ello no significa que vaya a aplicarse un criterio territorial en estado puro. No se va a producir una correspondencia absoluta entre la sede de la mediación *-forum-* y la ley aplicable a la misma *-ius-*⁶³⁹. Aunque será lo más habitual, tal y como deja entrever la propia norma, ya sea porque normalmente las partes la elijan, o porque una de ellas esté domiciliada en España, no siempre que la mediación se desarrolle en España se va a aplicar la Ley 5/2012. Cuando el art. 2.1.II LM dice *en defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley (...)*, aunque, es cierto que en virtud de su unilateralidad se refiere sólo a la legislación española, ello no significa que se esté impidiendo el sometimiento a otra ley extranjera, sino todo lo contrario. En este sentido, debe interpretarse la admisión implícita del sometimiento a otras leyes que no sea la española, la posibilidad de que las partes puedan elegir la ley que estimen conveniente, aunque el lugar de la mediación sea España, y siempre que ambas partes estén domiciliadas en otro país. Dicho de otro modo, el extracto de la citada disposición no es más que una norma de conflicto

⁶³⁷ Vid. *Guía para la incorporación...*, op. cit., pág. 21.

⁶³⁸ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 397 y 398; J-M. JACQUET, «La Loi-type de la...», loc. cit., pág. 66; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», loc. cit., págs. 13 a 15.

⁶³⁹ A diferencia de lo recogido en la Ley 60/2003, A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Arbitraje privado...», loc. cit., op. cit., págs. 1739, 1740 y 1751; M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, 2007, págs. 23 a 37.

multilateral expresada de manera unilateral, y por tanto, negativa, de ahí la utilización de «en defecto».

214. En este contexto, el último inciso del art. 2.1.II LM debe ser interpretado como una norma de extensión actuando en su función limitadora respecto de la citada norma de conflicto que se entiende implícita. De tal manera que se aplicará la Ley 5/2012, aunque las partes se hayan sometido a otra ley, cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

215. Sin duda, y de conformidad con la normativa adoptada por la Ley Modelo, ésta sería una regulación acorde con el protagonismo de la autonomía privada dentro de la mediación, uno de sus pilares fundamentales y de sus mayores ventajas, porque las regulaciones de los diferentes Estados sólo se encargan de recoger unas garantías mínimas acordes con la armonización realizada por la Directiva, y en un ámbito territorial más amplio, por la Ley Modelo⁶⁴⁰. Todo ello salvo una excepción, basada en la estrecha conexión que el asunto pueda tener con España, si bien, no sólo se exige el lugar de la mediación, sino también el domicilio de una de las partes.

En definitiva, el legislador ha decidido respetar el criterio de la Ley Modelo, que es el adecuado para la mediación. Todo ello sin renunciar a la *nacionalidad* de la mediación, de ahí el carácter unilateral del art. 2.1.II LM. En otras palabras, respeta la naturaleza del citado procedimiento, a la vez que garantiza la seguridad y certeza jurídicas que el criterio de la territorialidad otorga, añadiéndole el elemento del domicilio de una de las partes, precisamente para extender aún más la autonomía conflictual de las partes⁶⁴¹.

216. En segundo lugar, otra laguna provocada por la citada regulación se refiere al supuesto de una mediación desarrollada en el extranjero, pero en el que las partes eligen la ley española. En este caso, la Ley 5/2012, en tanto que sólo se refiere a la mediación desarrollada en España, guarda silencio. Ni siquiera recoge las excepciones

⁶⁴⁰ En cualquier caso, las partes no sólo pueden elegir leyes (autonomía conflictual), sino que también podrán recoger sus propias normas materiales o referirse a reglamentos de las instituciones que se dedican a prestar servicios de mediación (autonomía material) y que se aplicarán en la medida en que la ley reguladora de la mediación lo permita. Extremo muy importante si se tiene en cuenta la importancia de la mediación institucional en el comercio internacional.

⁶⁴¹ No puede obviarse que el criterio territorial es importante, no sólo afecta a la ley aplicable al procedimiento, sino que también repercute en otros aspectos importantes. Por ejemplo, tal y como se desprende de la propia Ley, será español el acuerdo de mediación firmado en España (art. 25 LM), y extranjero el firmado en otro Estado (art. 27 LM).

establecidas en la Ley 60/2003 consistentes en la aplicación de la ley española fuera del territorio, cuando muchas de ellas también existen en la mediación. Si bien, se aplicarán igualmente en tanto que posean naturaleza procesal. Pues bien, la Ley 5/2012 no recoge tales excepciones porque efectivamente, y a diferencia de la Ley 60/2003, no se aplica de manera estricta el criterio de la territorialidad, esto es, de la misma forma que la Ley 5/2012 admite la aplicación de una ley extranjera que regule el procedimiento de mediación, a buena lógica, presume que ocurrirá lo mismo con las legislaciones del resto de Estados.

217. En este sentido, aunque el legislador no aplica un criterio territorial en estado puro, permitiendo, salvo una excepción, la elección de una ley extranjera, ello no significa que esté regulando más allá de la mediación española. Por tal motivo, dicho silencio debe calificarse de intencionado. En otras palabras, la Ley 5/2012 sólo regula la mediación que tiene lugar en España, y en consecuencia, no puede determinar la ley reguladora de una mediación desarrollada en otro territorio. En tal caso, y siguiendo el método del unilateralismo introverso, habrá que acudir a las normas de Derecho Internacional Privado del Estado conectado con el asunto⁶⁴². Sin embargo, dicho método sólo se justifica y encuentra su sentido cuando la norma afecta al denominado Derecho privado institucional, esto es, al núcleo del modelo económico, social y político de un Estado⁶⁴³. En otras palabras, tal mecanismo sólo se emplea cuando a

⁶⁴² De hecho, las dos bases teóricas del unilateralismo introverso coinciden básicamente con los argumentos dados en relación a la unilateralidad de las normas de competencia judicial internacional de producción interna. En este sentido, la primera teoría se basa en que la norma de conflicto de un país no puede hacer aplicable a la Ley de otro Estado, porque ello vulneraría la soberanía de este último, de modo que tales normas sólo podrán tener origen convencional, pero no interno. Por otra parte, la segunda tesis, más desarrollada, se basa en la unidad e independencia de cada uno de los ordenamientos jurídicos. De modo que la ley de un país sólo puede aplicarse si la norma de conflicto de dicho Estado lo ordena, de lo contrario, se podría traicionar la voluntad del legislador. En cuanto a la primera postura, entre otros, *vid.* G. VIVIER, «Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois», *RCDIP*, 1953, págs. 655 a 676; 1954, 73 a 90. En lo relativo a la segunda, *vid.* P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé», *RCDIP*, 1971, págs. 1 a 36, 209 a 243, 405 a 421; R. QUADRI, *Lezioni di Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Napoli, 1961, págs. 183 a 216. Para profundizar en torno a esta cuestión, *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Granada, 2004, págs. 221 a 225; R. DE NOVA, «Historical and comparative introduction to conflict of laws», *RCADI*, vol. 118, 1966, págs. 570 a 590.

⁶⁴³ *Vid.* J. BASEDOW, «International conflicts of economic regulation. Theoretical reflections on public policy regulation by the forum state», *RebelsZ*, 1988, págs. 8 a 40; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial...*, *op. cit.*, págs. 220 y 221; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, 1993; M. VIRGÓS SORIANO en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, págs. 178 y 179. En cualquier caso, no existe un criterio claro y conciso en torno a lo que debe considerarse Derecho privado institucional. En general, tal sector del ordenamiento jurídico comprende aquellas

pesar de ser una materia privada, tiene efectos sobre asuntos de ámbito público que afectan a intereses generales de los países, de otro modo resultaría inadecuado, en ese caso, se optaría por la bilateralización⁶⁴⁴.

218. En efecto, la mediación es una institución de naturaleza privada que, sólo en tanto que método de resolución de conflictos, tiene ciertos puntos de contacto con el proceso judicial, es decir, con el ámbito de lo público. Es cierto que no tiene la naturaleza mixta privada-jurisdiccional del arbitraje, pero, aunque mínima, tampoco se puede negar su relación con el poder estatal, del cual necesita en ciertas ocasiones, especialmente, para dotar al acuerdo de mediación de título ejecutivo. Además, es un método cuyo uso está empezando a ser construido y fomentado por los diferentes Estados, debido a las ventajas que posee en comparación con el tradicional proceso y la cultura litigiosa occidental. Por todo ello, parece lógico respetar que la aplicación de la ley española en una mediación que tenga lugar en el extranjero se produzca porque así lo establezca la norma de Derecho internacional privado del Estado donde el citado método se desarrolla.

B) Ley aplicable en defecto de sometimiento y de falta de conexión suficiente con España.

219. El art. 2.1.II LM no presenta una cláusula de cierre, esto es, no recoge ninguna solución en el caso de que las partes no hayan elegido ley alguna, ni tampoco sea obligado aplicar la ley española por no cumplirse cumulativamente las dos circunstancias indicadas: domicilio de una de las partes y celebración de la mediación

normas que defiende intereses públicos fundamentales para los Estados como la seguridad nacional o la política exterior, así como aquellas que reflejan una importante carga política, cuya finalidad es la transformación e implantación de un determinado modelo social. Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 309 y 310.

⁶⁴⁴ A pesar de que se han defendido sus ventajas, como la no aplicación de la Ley extranjera en contra de la voluntad del legislador que la dictó, y la previsibilidad de soluciones. Lo cierto es que también tiene graves problemas. Como consecuencia de su complejidad y de sus numerosos inconvenientes, dicho método no es utilizado de forma generalizada, sino solamente dentro del Derecho privado institucional. En efecto, si cada Estado establece unilateralmente cuando deben ser aplicadas sus normas, habrá que tener en cuenta todos los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto. Además, en tal contexto, puede ocurrir que varias leyes de distintos Estados concurren, o que ninguna de ellas resulte aplicable. Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 308 a 310, 312 y 313; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial...*, op. cit., págs. 225 a 228.

en España⁶⁴⁵. Es cierto que la mediación, en tanto se caracteriza por ser una institución donde prima la voluntariedad, autonomía privada y buena fe de las partes, lo más común es que éstas acuerden expresamente la ley aplicable al procedimiento. Además, también cabe la posibilidad de una elección implícita, si bien, ésta tiene que deducirse de manera inequívoca del propio contenido del acuerdo y de las circunstancias del caso concreto⁶⁴⁶. Sin embargo, y sin perjuicio de tal realidad, tampoco se puede negar la eventual existencia de supuestos en los que no exista ningún tipo de sumisión.

220. Ante tal situación, y a la luz del funcionamiento del art. 2.1. II LM descrito en el apartado anterior, existirían dos posibles soluciones: aplicar la ley del lugar de la mediación; o la ley del Estado más conectado con el supuesto. La primera opción primaría la seguridad jurídica, mientras que el segundo criterio generaría más incertidumbre, al tener que valorarse todas las circunstancias relativas al caso, incluido el lugar de la mediación, para decidir cuál es el ordenamiento jurídico más vinculado y próximo.

221. Atendiendo al propio funcionamiento de la Ley 5/2012, la cual utiliza el criterio territorial como limitador de la autonomía conflictual, y teniendo en cuenta que el segundo criterio se corresponde con una lógica privada, más propia del procedimiento

⁶⁴⁵ En cuanto a la determinación del domicilio, *vid. supra*, nota nº 630. En cuanto a la determinación del lugar de la mediación, es importante tener en cuenta que es uno de los contenidos mínimos y necesarios que las partes deben acordar tanto en el contrato de mediación (art. 16.1.a) LM) como en el acta constitutiva (art. 19.1.g) LM), se entiende aunque sea una mediación electrónica, al no existir excepción alguna para este supuesto. En este caso, las partes pueden pactar directamente el lugar de celebración, y en su defecto, por referencia a lo acordado, podrá quedar fijado por la reglamentación institucional a la que se hayan sometido, o incluso, siempre que las partes lo acuerden, por el propio mediador. Así, por ejemplo, el art. 5.4 del Reglamento ADR de la CCI prevé directamente esta última solución, cuando exista falta de acuerdo entre las partes en torno a este aspecto, así como al idioma en que debe desarrollarse la mediación. Si existieran dificultades en torno a la determinación del lugar, por ejemplo, por ser una designación formal que no refleja el verdadero país donde se ha llevado a cabo la mediación, o porque se hubiera desarrollado en varios, deberá entenderse que el lugar a tener en cuenta es donde se haya desarrollado la mayor parte del procedimiento, y en su defecto, donde se firme el acuerdo de mediación. En todo caso, normalmente el lugar de la mediación coincidirá con el lugar donde normalmente el mediador lleva a cabo su actividad.

⁶⁴⁶ Respecto de esta cuestión, lo más apropiado es aplicar el criterio seguido para la elección implícita de la ley del art. 3.1 Reglamento Roma I (RRI). En este sentido, dicha elección debe ser inequívoca, de manera que efectivamente se designe la ley que las partes, en verdad, habrían querido. De lo contrario, y en caso dudoso, podría resultar muy perjudicial, en tanto que sorpresivo, para ellas mismas. *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 13ª ed., Granada, 2012, págs. 603 y 605.

de mediación y de su naturaleza contractual, se entiende que la solución más adecuada será aquella que aplica la ley del Estado más conectado con el caso⁶⁴⁷.

II. MEDIACIÓN Y ARBITRAJE COMBINADOS.

222. Existen diversas modalidades de resolución de conflictos a partir de la combinación entre mediación y arbitraje, o viceversa. Una de las principales ventajas que se derivan de esta conexión, es la garantía de que, en todo caso, existirá una solución para la disputa. Se ofrece la seguridad de una decisión final, vinculante, con efecto de cosa juzgada, -el laudo arbitral-, pero sin perder la oportunidad de que las partes, por sí mismas, puedan llegar a un acuerdo sobre dicha controversia⁶⁴⁸. Además, en caso de que dicho acuerdo no se produzca, la mediación al menos habrá servido para crear un cambio de percepción y comportamiento de las partes respecto del conflicto, identificando los intereses realmente prioritarios para ellas, y así, logrando un arbitraje más eficiente y efectivo⁶⁴⁹.

1. *Med- arb.*

223. En algunas ocasiones, las partes, con el fin de ahorrar tiempo y dinero, deciden asegurarse una solución definitiva para el conflicto, en caso de que no logren

⁶⁴⁷ Vid. C. ROGEL VIDE, E. GÓMEZ CAMPELO, M. BLANCO CARRASCO, «Artículo 2...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 39. En este sentido, este principio de proximidad estará también presente en relación con la determinación de la ley aplicable a otras figuras contractuales relacionadas con el procedimiento de mediación, como la cláusula de mediación o contrato para mediar; el contrato de mediación o; el acuerdo final de mediación.

⁶⁴⁸ Aunque esta es la configuración general, también puede ocurrir que el arbitraje dé lugar a una decisión no vinculante, *vid. supra*, nota nº 433. Las modalidades, derivadas de la combinación entre arbitraje y mediación, que a continuación se analizan, no se encuentran recogidas en ninguna de las regulaciones sobre la materia. Tan sólo se encuentra una mención a la posibilidad (o no) de utilizar a la misma persona como mediador y como árbitro, *vid. infra*, nota nº 651.

⁶⁴⁹ Vid. R. DENDORFER, «The interaction between arbitration and mediation: Vision vs. reality», *SchiedsVZ*, nº 4, 2007, págs. 200, 201 y 205; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 6-1; F.S. NARIMAN, «Mediation and the arbitration», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, *Arbitration in the next decade – special supplement 1999*, pág. 44; P. NEWMAN, «Mediation-arbitration (MedArb) Can it work legally?», *Arbitration*, vol. 60, nº 3, August 1994, págs. 174 y 175; A. VALL RIUS, «Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles», en N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: Un método...*, *op. cit.*, págs. 91 y 97; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos: A utilização prática da cláusula med-arb», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 2, ano 1, maio-agosto 2004, pág. 113.

llegar por ellas mismas a un acuerdo. En este sentido, las partes acuerdan que si la mediación fracasa, el mediador se convierta en árbitro, y por tanto, con poder para dictar un laudo⁶⁵⁰.

224. La utilización de la misma persona como mediador y árbitro es una cuestión muy controvertida. De hecho, el principio seguido por normativas tan importantes como la Ley Modelo, el Reglamento ADR de la CCI, o la propia Ley 60/2003, ha sido justamente el contrario⁶⁵¹. Estas regulaciones se basan en la falta de imparcialidad del tercero como árbitro cuando antes actuó como mediador, porque, en dicho papel, habrá recibido informaciones de ambas partes que éstas nunca hubieran revelado a un árbitro, -principalmente a través del *caucus* donde el mediador se comunica con cada una de las partes por separado-. De modo que si la mediación fracasa, el ahora árbitro tendrá ciertos conocimientos que le pueden hacer parcial, por ser muy difícil, o prácticamente imposible, que éste sea capaz de separar, por completo, ambos roles⁶⁵². Aunque las sesiones confidenciales entre el tercero y una de las partes estén permitidas en la mediación, resulta todo lo contrario en el arbitraje, porque si la otra parte no conoce las informaciones vertidas en dichas sesiones, no puede defenderse de ellas, sin olvidar que pudieran influenciar al árbitro en su decisión. Esto a su vez,

⁶⁵⁰ Si a través de la mediación, sólo se consigue llegar a un acuerdo en determinados aspectos, el arbitraje será utilizado, tan sólo, para aquellos otros puntos que no fueron objeto de dicho acuerdo, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 10; R. DENDORFER, «The interaction between...», *loc. cit.*, pág. 200; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 357 y 358; P. NEWMAN, «Mediation-arbitration (MedArb)...», *loc. cit.*, pág. 175.

⁶⁵¹ El art. 12 LMCCI establece la imposibilidad de que el mediador actúe como árbitro en la misma controversia u otra que nazca del mismo o de un contrato o relación jurídica conexa, salvo que las partes dispongan lo contrario. Este mismo contenido también se recogía en la regulación anterior, concretamente, en el art. 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980. Asimismo, el art. 7.3 del Reglamento ADR de la CCI, el art. 17.4 LA, y el art. 20 de las *Mediation Rules* de la OMPI establecen igual prohibición, salvo que todas las partes acuerden por escrito lo contrario. En cuanto al citado contenido dado por estos instrumentos internacionales, *vid.* O. SANDROCK, «The choice between forum selection, mediation and arbitration clauses: european perspectives», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. XX, 2009, págs. 32 a 34. Respecto del art. 7.3 del Reglamento ADR de la CCI en concreto, *vid.* D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Amicable means...», *loc. cit.*, pág. 101. Lo mismo se ha deducido del art. 5.1 LM, *vid.* E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 5...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 97 y 98. Según los párrafos 78, 79 y 81 de la *Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo*, dicha regulación adopta una posición neutral al respecto, debido a la falta de una práctica generalizada. Por ello, la finalidad de aquélla es fomentar la confianza en el conciliador y en la conciliación como método de solución de controversias, porque puede ocurrir que una parte no esté dispuesta a querer que un mismo tercero adquiriera ambos papeles. Si bien, también permite tal opción, cuando las partes crean que pueda ser beneficioso para el caso concreto.

⁶⁵² En este sentido, si el mediador ejerce una función evaluadora, en cierto modo, estará prejuzgando el caso.

puede traer consecuencias negativas en la actitud de las partes a lo largo del desarrollo de la misma, al verse condicionadas por la eventual posición de árbitro del mediador: a) puede que la presencia del mismo provoque falta de franqueza durante el desarrollo de la mediación; b) las partes pueden estar menos dispuestas a alcanzar un punto en común y; c) cuanto más activo sea su comportamiento como mediador, especialmente si realiza una función evaluadora, más presionadas se sentirán las partes a aceptar sus opiniones, pudiendo llegar a acordar una solución que no las satisface del todo⁶⁵³.

225. Sin embargo, a pesar de tales críticas, el empleo de una misma persona como mediador y árbitro, una práctica derivada desde su origen en los EE.UU, se está extendiendo sobre la base de diferentes argumentos⁶⁵⁴. En primer lugar, saber que el mediador puede acabar convirtiéndose en árbitro, también puede verse como un incentivo para que las partes logren llegar a un acuerdo por sí mismas. En segundo lugar, si la mediación no tiene éxito, las partes no tendrán que poner al día a otro tercero, porque el árbitro ya está perfectamente informado sobre la disputa, de manera que se ahorra en tiempo y dinero. Además, en orden a contrarrestar las críticas antes expuestas, también se ha defendido que, aunque la mediación y el arbitraje son

⁶⁵³ Vid. K.P. BERGER, «Integration of mediation elements into arbitration: “Hybrid” procedures and “intuitive” mediation by international arbitrators», *Arbitration Int'l.*, vol. 19, n° 3, 2003, pág. 394; K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, op. cit., págs. 294 a 296; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., págs. 51 y 52; P. D'AMBRUMENIL, *Mediation and arbitration*, London, 1997, pág. 66; R. DENDORFER, «The interaction between...», loc. cit., pág. 201; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, op. cit., págs. 645 y 646; R.H. McLARAN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, op. cit., págs. 6-2, 6-4 y 6-5; P. NEWMAN, «Mediation-arbitration (MedArb) ...», loc. cit., págs. 175 a 178; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, op. cit., pág. 201; H. OGHIGIAN, «On arbitrators acting as mediators», *Arbitration*, vol. 68, n° 1, February 2002, págs. 42 y 43; H. OGHIGIAN, «The mediation/arbitration hybrid», *J. Int'l. Arb.*, vol. 20, n° 1, 2003, págs. 76, 77 y 79; E. ONYEMA; «The use of med-arb in international commercial dispute resolution», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 12, n° 3-4, 2001, pág. 416; J.T. PETER, «Med-arb in international arbitration», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 8, n° 1, 1997, págs. 91 a 98; J.T. PETER, «Med-arb in international arbitration», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 4, ano 2, janeiro-março 2005, págs. 159 a 164; A. SAIZ GARITAONAENDÍA, «Mediación, medarb...», loc. cit., op. cit., págs. 81 y 82; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, op. cit., págs. 135 y 136; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations of arbitration and mediation: Issues and solutions», en A. INGENHOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, op. cit., págs. 384 a 390; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos...», loc. cit., pág. 112.

Debido al comportamiento suspicaz que pueden poseer las partes debido al posible arbitraje posterior, el *med-arb* no es recomendable para aquellos conflictos que surgen dentro de relaciones continuadas en el tiempo. En tales casos, se prefiere una mediación, vid. S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, op. cit., págs. 276 y 277.

⁶⁵⁴ El *med-arb* nació en EE.UU para resolver conflictos laborales y controversias relacionadas con el sector público. Fue utilizado por primera vez en San Francisco durante una huelga de enfermeras. Desde este inicio, el papel de mediador y de árbitro era ya realizado por la misma persona, vid. J.T. PETER, «Med-arb in...», loc. cit., págs. 90 y 91; J.T. PETER, «Med-arb in...», loc. cit., pág. 159.

mecanismos diferentes, con distintas funciones para el tercero, éste puede llegar a realizar las debidas tareas que correspondan en cada una de las fases de forma adecuada y competente, sin perjudicar el propio método del *med-arb*, para ello, tan sólo se necesita un tercero experimentado en ambos mecanismos de solución de conflictos. También puede admitirse la práctica de mediaciones sin *caucus*, posibilidad admitida debido a la propia flexibilidad del procedimiento de mediación, como no necesariamente perjudicial para llegar a un acuerdo, al presuponerse la buena fe y la voluntad de acuerdo de las partes. Todo ello, teniendo en cuenta que es preferible la realización de una mediación meramente facilitadora, a una evaluadora⁶⁵⁵.

226. En definitiva, aunque la combinación *med-arb* tiene algunas dificultades si se quiere utilizar a la misma persona como mediador y árbitro, también existen importantes beneficios, especialmente, si ese tercero es un gran conocedor de la materia objeto de disputa, y es capaz de lidiar con los obstáculos que plantea su doble rol. Ambas opciones, el empleo de la misma persona o de otra diferente, son posibles e igualmente válidas. En cualquier caso, lo realmente importante es que las partes sean conscientes de las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, para así elegir aquella opción que mejor satisfaga sus necesidades⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ Vid. P. D'AMBRUMENIL, *Mediation and...*, *op. cit.*, pág. 66; R. DENDORFER, «The interaction between...», *loc. cit.*, págs. 200 y 201; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 645; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 275 y 276; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 6-2 a 6-4; P. NEWMAN, «Mediation-arbitration (MedArb)..., *loc. cit.*, pág. 175; J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 200 y 201; H. OGHIGIAN, «On arbitrators acting...», *loc. cit.*, págs. 43 y 44; H. OGHIGIAN, «The mediation/arbitration...», *loc. cit.*, pág. 75; E. ONYEMA, «The use of med-arb...», *loc. cit.*, págs. 419 y 420; J. ROSOFF, «Hybrid efficiency in arbitration: waiving potential conflicts for dual role arbitrators in med-arb and arb-med proceedings», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, n° 1, 2009, pág. 92; A. SAIZ GARITAONAENDÍA, «Mediación, medarb...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 81 y 82; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, pág. 136; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 384 a 390; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos...», *loc. cit.*, pág. 112; R. WILLIAMS, «The Med-arb debate –some contributions», *Arbitration*, vol. 60, n° 3, August 1994, pág. 179.

En cuanto a la última cuestión, -mediación facilitadora o evaluadora-, algunos autores dan por hecho que, directamente, el *med-arb* implica tan solo la primera, pero no la segunda, *vid.* R. HILL, «Med-arb: New coke or swatch?», *Arbitration Int'l.*, vol. 13, n° 1, 1997, pág. 106; R. WILLIAMS, «The Med-arb debate...», *loc. cit.*, pág. 179.

⁶⁵⁶ Vid. R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...* *op. cit.*, págs. 6-2 y 6-3, 6-14 y 6-15; P. TALBOT, «Should an arbitrator or adjudicator act as a mediator in the same dispute?», *Arbitration*, vol. 67, n° 3, August 2001, pág. 229. En este sentido, esto es, en orden a modular dicho proceso tradicional de *med-arb* a las necesidades de las partes, así como para evitar algunas de sus desventajas, han ido surgiendo distintas modalidades: en primer lugar, si no se logra un acuerdo a través de mediación, se resuelven ciertas cuestiones mediante arbitraje, que servirán como punto de partida para

volver al método inicial, y así, llegar al deseado acuerdo; y en segundo lugar, si la mediación se frustra, se solicita al tercero, o bien, una decisión que será vinculante, a menos, que alguna de las partes vete dicho pronunciamiento dentro de un plazo de tiempo, o bien, una decisión no vinculante, una mera recomendación, *vid.* D.C. ELLIOT, «Med/arb: Fraught with danger or ripe with opportunity?», *Arbitration*, vol. 62, n° 3, August 1996, pág. 175; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...op. cit.*, págs. 6-1, 6-8, 6-9, 6-12 y 6-13; P. NEWMAN, «Mediation-arbitration (MedArb)...», *loc. cit.*, pág. 176; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos...», *loc. cit.*, pág. 113.

También existe la llamada *co-med-arb*, en ella el árbitro y el mediador, que pueden ser la misma persona o personas diferentes, en primer lugar, conducen un *fact-finding*, de manera que si, a continuación, la mediación fracasa, el árbitro ya estará al día en cuanto al conflicto se refiere a la hora de iniciar el arbitraje; así como el denominado *med-arb-opt-out*, según el cual, una vez fracasada la mediación, las partes tienen la posibilidad de nombrar a otra persona como árbitro. Esto es tan sólo una opción, porque puede ocurrir que el árbitro acabe siendo el mismo que ejerció como mediador, todo dependerá de cómo se haya desarrollado la mediación, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 148; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 6-6; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, págs. 98, 99, 101 y 102; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, págs. 164 a 167; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, pág. 136; R. WILLIAMS, «The Med-arb debate...», *loc. cit.*, pág. 179.

Otra modalidad es la denominada *Arb-Co-Med-Arb*, en virtud de la cual, las partes realizan una mediación, si llegan a un acuerdo, el árbitro, que puede ser la misma persona u otra diferente, lo convertirá en laudo, sino es así, se procederá a iniciar un arbitraje, el cual también producirá un laudo arbitral, *vid.* R. DENDORFER, «The interaction between...», *loc. cit.*, pág. 200; C. NEWMARK, R. HILL, «Can a mediated settlement become an enforceable arbitration award?», *Arbitration Int'l*, vol. 16, n° 1, 2000, pág. 81. Por otro lado, también cabe la posibilidad de utilizar la misma persona como mediador y como árbitro, si bien, el primer arbitraje dará lugar a una recomendación, si de tal forma no se llega a un acuerdo, las partes nombrarán a otra persona que esta vez, sí emitirá un laudo arbitral, *vid.* H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 148; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDERSON, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 277.

De entre las modalidades de *med-arb* más utilizadas, se encuentra la denominada MEDALOA, término que hace referencia a los dos métodos que lo componen: la mediación y la denominada *last offer arbitration*. En virtud de este método, si la mediación llevada a cabo en primer lugar fracasa, cada parte realizará una oferta final de acuerdo al árbitro, antes mediador, de manera que éste deberá escoger una de dichas propuestas, la cual se convertirá en el laudo arbitral. De esta manera, se logra mitigar el protagonismo del árbitro, y por tanto, los problemas de compatibilidad entre tal aspecto y la realización del *caucus* cuando el tercero es mediador, si bien, puede ocurrir que deba elegir una oferta aunque ninguna de ellas le parezca adecuada, e incluso sepa que ésta pueda ser recurrida. La denominada MEDALOA se encuentra recogida en regulaciones tan importantes como las WIPO *Mediation Rules* (art.13.b.iii). También existe otra forma de llevar a cabo este método: las partes proponen sendas ofertas de acuerdo por escrito, sin comunicarlas al tercero, entonces éste expone su propia decisión, de manera que se elegirá la oferta que más se haya acercado al pronunciamiento del tercero, en caso de que existan dudas sobre cuál es la más similar, el árbitro lo determinará. *Vid.* R. DENDORFER, «The interaction between...», *loc. cit.*, págs. 196, 200, 203 y 204; D.C. ELLIOT, «Med/arb: Fraught...», *loc. cit.*, pág. 175; C. JARROSSON, «Les modes alternatifs...», *loc. cit.*, pág. 332; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 366 a 368; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, pág. 100; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, pág. 165; A. SAIZ GARITAONAENDÍA, «Mediación, medarb...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 79 y 80; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, pág. 137; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 87; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos...», *loc. cit.*, pág. 113. Dicha modalidad ha sido extraída del ámbito del deporte, en particular, del beisbol, en orden a resolver conflictos derivados de los salarios. Por esta razón, también se denomina *baseball arbitration*, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 6-10 a 6-12.

2. Arb- med.

227. La expresión *arb-med* se puede referir, en primer lugar, a aquellos casos donde se lleva a cabo un arbitraje y posteriormente una mediación, de manera que sólo se aplicará el laudo arbitral, -que quedó en suspenso y no se hizo público a las partes-, si la mediación posterior fracasa⁶⁵⁷. Y en segundo lugar, a aquellos arbitrajes durante los cuales se intenta una mediación o varias, -*mediation window* o mediación intrarbitral-, de modo que si ésta no termina con éxito, el arbitraje continúa su curso, desembocando en el correspondiente laudo⁶⁵⁸. Al igual que ocurre con el *med-arb*, la figura del árbitro-mediador puede ser desempeñada por personas diferentes o por una sola⁶⁵⁹.

228. Respecto de la primera modalidad de *arb-med* descrita, existen también ciertos inconvenientes si la función de árbitro y mediador es ejercida por la misma persona. Se pone de relieve, de nuevo, el problema sobre la influencia que las intervenciones del tercero pueda tener en las partes cuando actúa de mediador, así como sobre su probable falta de imparcialidad, porque, aunque las partes desconozcan el contenido del laudo, lo cierto es que el tercero ya se ha pronunciado a favor de una ellas. Además, existen otros inconvenientes derivados de la realización anterior de un arbitraje: en primer lugar, la dificultad de llevar a las partes a un mecanismo consensual y pretender que éste tenga éxito, tras haber participado en un procedimiento contencioso hasta su finalización y; en segundo lugar, que la eficiencia en cuanto a costes

⁶⁵⁷ El contenido del laudo arbitral queda recogido dentro de un sobre cerrado, de ahí que se hable de la *envelope technique*, vid. K.P. BERGER, «Integration of mediation...», *loc. cit.*, pág. 395. Aunque no es lo habitual, en algunas formas de *arb-med* la decisión del tribunal arbitral sí será conocida por las partes, en orden a conseguir que éstas lleguen a un mejor acuerdo a través de una mediación, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 10. Esta técnica también es frecuentemente empleada para resolver diferencias durante la elaboración y redacción de contratos, vid. J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 358.

⁶⁵⁸ Vid. J. ROSOFF, «Hybrid efficiency...», *loc. cit.*, pág. 89; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos...», *loc. cit.*, pág. 112. Este *arb-med* fue utilizado en el famoso caso *IBM c. Fujitsu*, vid. J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», *loc. cit.*, pág. 19; K.P. BERGER, «Integration of mediation...», *loc. cit.*, pág. 395; K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 296 y 297; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 359 a 362; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 6-18 a 6-21; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 218 a 224; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, págs. 103 a 106; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, págs. 168 a 170; T. SAWADA, «Hybrid arb-med: will west and east never meet?», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 14, nº 2, 2003, págs. 29 a 31; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 87.

⁶⁵⁹ Vid. K.P. BERGER, «Integration of mediation ...», *loc. cit.*, pág. 395.

económicos y tiempo desaparece, en tanto que ya se ha llevado a cabo un completo arbitraje⁶⁶⁰.

229. En cuanto a la denominada *mediation window* o mediación intrarbitral, aunque esta goce de mayor flexibilidad, al poder ser iniciada en cualquier momento, y en varias ocasiones, durante el arbitraje. También es cierto que los problemas en cuanto al peligro en la falta de imparcialidad, así como la influencia del comportamiento del árbitro- mediador, continúan apareciendo⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ Vid. K.P. BERGER, «Integration of mediation ...», *loc. cit.*, pág. 395; R. DENDORFER, «The interaction between...», *loc. cit.*, pág. 202; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 647; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, págs. 99 y 100; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, pág. 165. Si bien, otros autores defienden que, a través de dicha modalidad de *arb-med*, el tercero, aunque ya se haya pronunciado como árbitro, tiene mejores condiciones para separar tal papel del de mediador que en el *med-arb*. Puede asistir a las partes en su negociación con mayor libertad, sin existir el riesgo de la posterior falta de imparcialidad del árbitro, pues el sentido del laudo ya no puede ser modificado. Además, y por tal motivo, aquéllas se sentirán también más libres para expresar diferentes informaciones a lo largo de la mediación, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 6-5; H. OGHIGIAN, «On arbitrators acting...», *loc. cit.*, págs 44 y 45; H. OGHIGIAN, «The mediation/arbitration...», *loc. cit.*, págs. 78 y 79.

⁶⁶¹ Vid. H. ABRAMSON, «Protocols for international arbitrators who dare to settle cases», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 10, n° 1, 1999, págs. 1 a 15; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, pág. 102; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, págs. 167 y 168; A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil...*, *op. cit.*, págs. 136 y 137; L. WOOLF, «Mediation in arbitration in the pursuit of justice», *Arbitration*, vol. 75, n° 2, May 2009, págs. 171y 172.

En los países occidentales, la posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes durante el transcurso del arbitraje es cada vez más común (*vid.* art. 36 LA; art. 32 Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 30 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2011). Incluso la Ley Modelo sobre Conciliación admite tal realidad (art. 1.8 LMCCI) siempre y cuando el conciliador no sea la misma persona que el árbitro (art. 1.9 LMCCI), *vid.* P. SANDERS, «UNCITRAL's Model Law on International Commercial Conciliation», *Arbitration Int'l*, vol. 23, n° 1, 2007, págs. 120 y 121. Si bien, a pesar de tal exclusión, las partes (art.1.6 LMCCI) podrán eliminarla, o al menos, aclararla, pues el sentido de la citada disposición es no inmiscuirse en la normativa procesal interna de cada Estado, *vid.* *Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 24 y 25. Sin embargo, aunque la actitud de rechazo en torno a la falta de imparcialidad cuando se utiliza la misma persona como árbitro y mediador es muy habitual en el mundo occidental, no se produce en aquellos países asiáticos y árabes, donde el uso de técnicas como la mediación dentro de un arbitraje, por el mismo árbitro, es mucho más habitual (*vid. ad. ex.* G. KAUFMANN-KOHLER, F. KUN, «Integrating mediation into arbitration: why it Works in China», *J. Int'l Arb.*, vol. 25, n° 4, 2008, págs. 479 a 492). Esta distinta perspectiva, se debe a una diferencia cultural, resultado de entender el arbitraje como un mero sustituto del proceso judicial por parte de los Estados occidentales, de manera que el árbitro debe comportarse como lo haría un juez, olvidando, en este sentido, su parte contractual, donde la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel muy importante a la hora de configurar el arbitraje. Si se tomara este último extremo como referencia, podría permitirse que las partes conformaran la figura del árbitro como lo estimaran conveniente, siendo también posible su papel como mediador, sin que ello menoscabe, necesariamente, la integridad de ninguno de los mecanismos. Esta configuración puede ser muy ventajosa para el propio arbitraje como método de solución de conflictos. *Vid.* J. ALMOGUERA, «Arbitration and mediation combined. The independence and impartiality of arbitros», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010, págs. 108, 109, 112, 113, 125 a 127; J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», *loc. cit.*, pág. 6; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, pág. 102; S. KHALID RASHID, «Integrating "equity" and "mediation" into international commercial arbitration to make it more economical and just», *ADR Bull.*, vol. 9, n° 9, 2007,

230. Tal y como ya se indicó en el apartado anterior, lo realmente importante es que las partes sean conscientes de estos posibles inconvenientes, de manera que acuerden y limiten la modalidad que más se adecúe a las características de su controversia, además de elegir a un tercero con suficiente experiencia en ambos métodos de resolución de conflictos.

3. Mediación y arbitraje simultáneos.

231. También existe la posibilidad de desarrollar un arbitraje al mismo tiempo que una mediación. En este caso, árbitro y mediador son personas diferentes, que actuarán de forma independiente, sin tener contacto alguno durante el desarrollo de ambos mecanismos de solución de conflictos. Si bien, el mediador podrá acudir a las sesiones de arbitraje para conocer la controversia y las posiciones de las partes respecto de la misma. De esta manera, el devenir del arbitraje junto con el progreso de la mediación, pueden ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, sin embargo, si ésta termina sin éxito, aquéllas podrán obtener un laudo en un corto período de tiempo desde que dicho método de solución de disputas finalizó⁶⁶².

III. EL DISEÑO DE SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

232. Dentro del comercio internacional, y especialmente en aquellos contratos caracterizados por ser de larga duración y por implicar una gran inversión, la resolución de conflictos no comienza cuando surge una controversia, sino cuando se redactan y

págs. 3 a 6. En cuanto a la cercanía de ambos métodos, *vid.* B. OPPETIT, «Arbitrage, médiation et conciliation», *Rev. Arb.*, 1984, págs. 307 a 324; D.W. PLANT, «Mediation in international commercial arbitration: some practical aspects», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1998, págs. 329 a 336.

⁶⁶² A esta modalidad de mediación y arbitraje combinados también se la denomina *shadow mediation*, *vid.* J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea...», *loc. cit.*, págs. 17 y 18; R. DENDORFER, «The interaction between...», *loc. cit.*, pág. 203; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 363 a 365; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 216 a 218. Existe otra posibilidad con la misma denominación y semejante a la anterior, si bien, en este caso, el árbitro también ha llevado a cabo una mediación anterior, *vid.* R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 6-9 y 6-10. Otra opción es que las partes acuerden someter determinados aspectos a mediación, y otros a arbitraje, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 10 y 11; K.P. BERGER, «Integration of mediation ...», *loc. cit.*, pág. 396; S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos...», *loc. cit.*, pág. 112.

elaboran los contratos⁶⁶³. En esta fase, y de manera general, las partes deben ser conscientes, al menos, de la relación jurídica que entablan y de los posibles problemas que pueden surgir como consecuencia y a lo largo de la misma, sólo así, podrán elegir el método de resolución de conflictos adecuado o incluso configurar un sistema que englobe varios mecanismos de arreglo de diferencias conforme a sus intereses⁶⁶⁴. El diseño y elección de estos instrumentos, en el momento de la elaboración de los contratos, es el primer paso para evitar posibles conflictos y disputas o, al menos, poder solucionarlos de la forma más rápida posible una vez surjan, eludiendo su escalada, y por tanto, aportando eficacia y eficiencia a la relación comercial existente⁶⁶⁵.

233. El paradigma de este modo de entender y tratar las controversias que surgen en aquellos proyectos perdurables en el tiempo y de gran complejidad lo constituye el *partnering* y el *alliancing*⁶⁶⁶. Sin embargo, no todas las relaciones de negocios necesitan de tal estructura, sino que las partes podrán configurar sus propios sistemas de resolución de conflictos, más sencillos o complejos, atendiendo a sus circunstancias concretas. En todo caso, cualquiera que sea el diseño realizado, las partes implicadas deberán ser conscientes de que la fluidez en la comunicación, así como la colaboración,

⁶⁶³ Ello no significa que también pueda realizarse tal diseño una vez surgido el conflicto, en este caso, también deberá ser analizados los diferentes aspectos que rodean a la controversia, *vid.* S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 339.

⁶⁶⁴ En este sentido, el diseño de sistemas de resolución de conflictos está basado en dos premisas: a) el inevitable nacimiento de controversias como característica propia de las relaciones humanas, y más aún, si éstas deben ser de larga duración y desarrolladas en contextos complejos; b) los conflictos pueden conllevar consecuencias negativas si son mal gestionados, pero un adecuado tratamiento de los mismos puede tener efectos positivos y mejorar las propias relaciones, *vid.* R. HILL, «The theoretical basis...», *loc. cit.*, pág. 183.

Para profundizar sobre los eventuales factores a tener en cuenta a la hora de diseñar un sistema de solución de conflictos, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, págs. 625, 636 y 637; R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 10-3 a 10-5.

⁶⁶⁵ *Vid.* M. AUGENBLICK, J-P. MÉAN, E. ROBINE, «Creating value through...», *loc. cit.*, págs. 133 y 134; G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court...*, *op. cit.*, págs. 276 a 280; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, pág. 211; J.T. SANT, «How contract clauses can ensure ADR», *Alternatives*, vol. 15, nº 10, November 1997, págs. 146 y 147.

Asimismo, si se contrata con otras empresas que operan en Estados subdesarrollados, estas cláusulas también son muy apropiadas para así sustraer los posibles conflictos de los tribunales de dichos países, los cuales poseen sistemas legales y judiciales poco fiables, *vid.* W. VON KUMGERG, «The Future for Mediation in Europe», *Arbitration*, vol. 72, nº 1, February 2006, págs. 62 a 65.

⁶⁶⁶ En cuanto al *partnering*, *vid. supra*, págs. 159 a 163. Para el *alliancing*, *vid. supra*, págs. 163 a 167.

la motivación y la confianza son pilares básicos para el funcionamiento de todo sistema⁶⁶⁷.

234. Normalmente, dicho diseño suele basarse en el grado de participación del tercero. El sistema suele empezar con su nula intervención, -negociación⁶⁶⁸-, para finalizar con su máxima implicación en la disputa, -arbitraje o proceso judicial-, dejando el espacio existente entre ambos métodos para los ADR⁶⁶⁹. Estos últimos también suelen ordenarse conforme al mismo criterio, que precisamente coincide con una de las clasificaciones de los ADR: en primer lugar los facilitadores, a continuación los evaluadores, y por último, los resolutorios⁶⁷⁰. Además, en cada una de estas categorías, se deberá elegir aquel ADR que mejor se adopte al tipo de conflictos que se prevé puede surgir. Si, por ejemplo, los conflictos van a ser más bien de tipo técnico, el *fact-finding* o peritaje (evaluador) así como la *expert determination* (resolutorio) son más adecuados. En cualquier caso, ello no significa que sea necesario pasar por cada una de las fases descritas, sino que las partes, atendiendo a los conflictos planteados o que puedan surgir, diseñarán el sistema que estimen más adecuado⁶⁷¹. Si bien, lo más habitual es

⁶⁶⁷ También será labor del tercero ayudar y animar a las partes en seguir tales directrices, esenciales si se quiere llegar a tener éxito, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 624; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 346 a 348.

⁶⁶⁸ La negociación, a su vez, puede gozar de diferentes fases. Normalmente, los protagonistas empiezan siendo los responsables del ámbito donde el conflicto surgió, de manera que si éste no se soluciona, serán los altos ejecutivos de las empresas implicadas los que intenten llegar a un acuerdo, J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 340 y 341.

⁶⁶⁹ En este sentido, el orden más utilizado es: negociación – mediación – arbitraje, *vid. ad. ex.*, K. P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 52; J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, págs. 627 y 628; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 39 y 57; J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution...*, *op. cit.*, págs. 212 a 214.

⁶⁷⁰ *Vid. supra*, págs. 131 a 133.

⁶⁷¹ Aunque el orden expuesto es lo habitual, también es muy común llevar a cabo mediaciones en su modalidad facilitadora, una vez realizado un ADR evaluador, esto es, cuando las partes conocen el eventual resultado de su conflicto, así como sus puntos fuertes y débiles. En el comercio internacional, esto suele ocurrir con la *neutral evaluation*, *vid. supra*, nota nº 440; con el *fact-finding* o peritaje, *vid. supra*, nota nº 444; e incluso con ADR resolutorios como el procedimiento precautorio prearbitral, *vid. supra*, nota nº 463. A esta función desarrollada por los ADR evaluadores se la denomina *loop-back*, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 341 y 342. Además, estos mecanismos también están pensados, en caso de que el conflicto perdure, para ser empleados como preludio y preparación de un posterior arbitraje o proceso judicial, *vid. supra*, nota nº 440 y págs. 139, 144, 154 y 158.

finalizar con el arbitraje, para así asegurar que, en todo caso, existirá una decisión que es título ejecutivo y tiene efecto de cosa juzgada⁶⁷².

235. Como ya se ha apuntado antes, el diseño de los sistemas de resolución de conflictos se enmarca en relaciones comerciales de larga duración, caracterizadas por su complejidad así como por las cantidades de dinero y los importantes intereses en juego. Por ello, y a buena lógica, dicha configuración suele realizarse durante la elaboración de los contratos, siendo menos habitual una vez surgido el conflicto. Pues bien, dichos sistemas se recogen en las cláusulas denominadas *multi-step dispute resolution clauses* dentro de los respectivos contratos⁶⁷³. Dichas estipulaciones, así como aquellas exclusivamente referidas a la mediación, generan diferentes problemas y cuestiones jurídicas, las cuales serán tratadas, entre otras, en el siguiente Capítulo (IV).

⁶⁷² Un claro ejemplo en este sentido es la propia configuración del *med-arb* y sus diferentes modalidades. También el *arb-med* y ambos realizados de forma simultánea gozan de tal consideración, porque, aunque no sigan el orden descrito, sí que poseen la misma filosofía: el laudo arbitral no desplegará sus efectos hasta que no se haya intentado la mediación, *vid. supra*, págs. 210 a 217. *Vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, pág. 623; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 343 y 344.

⁶⁷³ Estas cláusulas reciben también otros nombres como *multi-tiered dispute resolution clause*, *dispute escalation clause*; *multi-step alternative dispute resolution clauses*; *cascade clauses*; o *ADR first clauses*, *integrated dispute resolution clauses*, *vid.* K.P. BERGER, «Law and practice of escalation clauses», *Arbitration Int'l.*, vol. 22, nº 1, págs. 1 a 3; K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, pág. 51; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento...», *loc. cit.*, pág. 105; D. JONES, «Dealing with multi-tiered dispute resolution process», *Arbitration*, vol. 75, nº 2, May 2009, págs. 188 y 189; D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 27, nº 6, 2010, págs. 551 a 556; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, «Multi-Step dispute resolution clauses», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, DAVID ARIAS (eds.), *Liber Amicorum...*, *op. cit.*, pág. 733; E. PALMER, E. LÓPEZ, «The use of multi-tiered dispute resolution clauses in Latin America: questions of enforceability», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 14, 2003, pág. 288; M. PRYLES, «Multi-Tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 2, 2001, págs. 159 y 160; L.C. REIF, «The use of...», *loc. cit.*, pág. 25; M. VIRGÓS SORIANO, «Procedimientos alternativos...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 86 y 87.

Aunque esta es la manera habitual de recoger la utilización de ADR dentro de la práctica del comercio internacional, también pueden existir cláusulas que sólo prevén la utilización de estos métodos en general, esto es, establecen el empleo de intentar llegar a una solución a través de un ADR antes de acudir a los tribunales o a un arbitraje, pero sin realizar más concreciones. Su finalidad es evitar que una de las partes proponga el empleo de uno de estos mecanismos una vez surgida la controversia, porque esto suele verse como signo de debilidad. Por ello, se las denomina *ice breaker clauses*, *vid.* J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving disputes...*, *op. cit.*, págs. 619 y 620. En este caso, así como para configurar la *multi-step dispute resolution clause*, lo ideal es contratar los servicios de un *conflict manager* con el fin de asesorar a las partes sobre el ADR que más se adecua al eventual conflicto, o al ya surgido entre las mismas, *vid.* K.P. BERGER, *Private dispute resolution...*, *op. cit.*, págs. 53 y 54.

PARTE II
EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN A LA LUZ DE LA LEY
5/2012

CAPÍTULO IV

INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN, LOS CONTRATOS PARA MEDIAR Y LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN

I. LAS DIFERENTES FORMAS DE IMPULSAR EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

236. En general, se entiende que existen cuatro vías para dar lugar a un procedimiento de mediación⁶⁷⁴: a) mediante acuerdo celebrado entre las partes, sea antes o después de haber surgido el conflicto; b) en virtud de precepto legal que estipule su obligatoriedad; c) por orden de un órgano jurisdiccional o; d) por sugerencia del mismo, de un árbitro o tribunal arbitral, u otra autoridad pública competente. Estas cuatro formas se encuentran recogidas tanto en la Directiva (art. 3.a)) como en la Ley Modelo (art. 1.8)⁶⁷⁵.

237. La Ley 5/2012 recoge tan sólo aquellas modalidades que implican una mediación voluntaria, esto es, cuando existe un acuerdo entre las partes, o cuando el órgano jurisdiccional correspondiente las invita a recurrir a tal método⁶⁷⁶. En el art. 16.1

⁶⁷⁴ En cuanto a estas 4 vías y sus posibles variaciones, *vid.* R. VERKIJK, «Mandatory mediation: Informal Injustice?», *ZZP Int*, vol. 11, 2006, págs. 122 a 129.

⁶⁷⁵ Si bien, en la Directiva, sólo se refiere a los órganos jurisdiccionales como los encargados de ordenar o sugerir el empleo de la mediación (art. 5.1 DM). En lo referente a la Directiva, *vid.* M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 33 y 34; G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 95 y 96; R. GIL NIEVAS, en «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, págs. 4 y 5; D. ORDOÑEZ SOLIS, «La Directiva sobre mediación...», *loc. cit.*, pág. 2; J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 63; P. ROBLES LATORRE, «Apuntes sobre la Directiva...», *loc. cit.*, págs. 103 y 104; S. RODRÍGUEZ LLAMAS, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 159.

En cuanto a la Ley Modelo, *vid.* *Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 23 y 24; J-M. JACQUET, «La Loi-type de la CNUDCI...», *loc. cit.*, pág. 65; J. RAJSKI, «La résolution des litiges...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 503 y 504; P. SANDERS, «UNCITRAL's Model Law...», *loc. cit.*, págs. 119 a 121; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», *loc. cit.*, pág. 20.

⁶⁷⁶ En cambio, excluye aquellas que suponen una mediación obligatoria, ya sea por ley, o por orden del juez o tribunal. En este sentido, la mediación obligatoria perjudica su eventual éxito, porque si las partes no están convencidas sobre la utilidad del citado método, difícilmente podrán llegar a un acuerdo. Además, tendrá una escasa efectividad, debido al principio de voluntariedad de la mediación, esto es, porque las partes siempre podrán dar por finalizada la misma a lo largo del procedimiento, convirtiéndose tal obligatoriedad en una pérdida de tiempo. *Vid.* J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, págs. 158 y 159.

En cualquier caso, también existen encuestas cuyos resultados determinan que tal carácter obligatorio no trae consecuencias negativas al resultado de la mediación, sino al contrario, una considerable acogida

LM se regula la primera de ellas, esto es, cuando las partes de común acuerdo deciden someterse a mediación, ya sea antes (art. 16.1.b) LM), o después (art. 16.1.a) LM), del nacimiento de la controversia⁶⁷⁷. Mientras que en la Disposición final tercera LM, por la que se modifica la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, se refleja la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales, tanto durante la audiencia previa en el juicio ordinario (art. 414.1 LEC) como en el juicio verbal, ya sea durante el traslado de la demanda (art. 440 LEC), o en el mismo acto del juicio (art. 443.3 LEC), inviten a las partes a solucionar el conflicto a través de la mediación⁶⁷⁸. En este sentido, y aunque no tenga que derivarse necesariamente de la sugerencia realizada por el juez o tribunal, la Ley 5/2012 también recoge el acuerdo entre las partes para iniciar el procedimiento de mediación una vez en curso el proceso judicial (art. 16.3 LM en relación con el art. 415.1 y 3 y art. 443.3 LEC)⁶⁷⁹.

En definitiva, cualquiera de las vías descritas en la Ley 5/2012 implican, inevitablemente, la voluntad concurrente de las partes. Configurándose, así, de conformidad con el carácter completamente voluntario de la mediación, en virtud del cual, nadie está obligado a iniciar, a mantenerse o a concluir un acuerdo derivado de tal método alternativo de resolución de conflictos⁶⁸⁰.

238. Sin embargo, dicha regulación no obsta para que el legislador haya decidido incluir un elemento incentivador de la mediación, tal y como permite el art. 5.2

para las partes, las cuales si pueden rechazar el uso de la mediación, así lo hacen, principalmente, por desconocimiento, *vid.* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 391 y 392. En cualquier caso, tal y como establece el art. 5.2 y los considerandos 12 y 14 DM, la mediación obligatoria puede adoptarse en un ordenamiento jurídico siempre y cuando no impida a las partes ejercer su derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 6 CEDH y art. 24 CE)

⁶⁷⁷ *Vid.* M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, «Artículo 16. Solicitud de Inicio», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 201 y 202.

⁶⁷⁸ A pesar de que nada se dice ni en la Ley 5/2012 ni en la Ley 60/2003, en la práctica, sobre todo en el ámbito comercial internacional, existe la posibilidad de que los árbitros inviten o recomienden a las partes a participar en un procedimiento de mediación, *vid. supra*, págs. 216 y 217; P. SANDERS, «UNCITRAL's Model Law...», *loc. cit.*, págs. 120 y 121. De ahí que sí se refleje en el art. 1.8 LMCCI.

⁶⁷⁹ *Vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo...», *loc. cit.*, págs. 4 y 5. Mientras que el art. 16.1 hace referencia a la mediación voluntaria extrajudicial, el apartado 3 de la misma disposición recoge la mediación voluntaria intrajudicial. En cuanto a la modalidad extrajudicial e intrajudicial de la mediación, *vid. supra*, págs. 191 y 192.

Para una visión general de la reforma de los arts. 414, 415, 440 y 443, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 380 a 384; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 465 a 475.

⁶⁸⁰ En cuanto a esta característica de la mediación, *vid. supra*, págs. 185 y 186.

DM⁶⁸¹. En este sentido, la Ley 5/2012 ha reformado el art. 395.1 LEC, relativo a la condena en costas, para incluir que la no participación en la mediación intentada por una de las partes, -previa existencia de un acuerdo de sometimiento a la misma-, se pueda interpretar como mala fe a efectos de su imposición⁶⁸².

239. En cuanto al ámbito comercial internacional, de las cuatro formas descritas para impulsar el inicio de la mediación, sólo interesa una, aquella voluntaria y extrajudicial: el acuerdo entre las partes, sea antes o después de haber surgido el conflicto. Aquellas vías que corresponden a la mediación intrajudicial, -ya sea en su modalidad voluntaria u obligatoria-, apenas son empleadas, al implicar la incoación de un proceso judicial, método de solución disputas poco empleado en dicho campo, donde se prefiere el arbitraje⁶⁸³.

Por dicho motivo, lo que resta de Capítulo se dedicará fundamentalmente a los diferentes tipos de acuerdos en virtud de los cuales las partes se someten y ponen en marcha la mediación. En concreto, se estudiará las relaciones existentes entre ellos, así como el concepto, características, clases, naturaleza jurídica y contenido de cada uno. Todo ello con el fin de profundizar, posteriormente, en la determinación de su Derecho aplicable.

⁶⁸¹ Tal disposición admite estos aspectos correctores siempre que no impidan a las partes su derecho de acceso a la justicia, como ocurre en este caso. Además, no se debe obviar que tal regulación presupone un acuerdo previo de las partes de acudir a mediación. En otras palabras, la mediación sigue siendo voluntaria en su inicio.

⁶⁸² Vid. H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal...», *loc. cit.*, pág. 3. Un sistema similar también se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales, *vid. ad. ex.* C. MACHO GÓMEZ, «La mediación comercial...», *loc. cit.*, *op. cit.* págs. 261 a 280; *vid. supra*, págs. 72 y 73. En cuanto a la tradicional condena en costas de los sistemas del *common law* en relación a las propuestas de acuerdo durante el proceso judicial, y la reciente introducción de este mecanismo en los sistemas del *civil law* como consecuencia de la mediación, *vid.* P. CORTÉS, F. SOTELO, «Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los Derechos del Common Law y su aplicación en el proceso civil español», *InDret*, 4/2011, págs. 31 y 32.

⁶⁸³ La mediación obligatoria anterior a la incoación de un proceso judicial no se recoge en nuestro ordenamiento. Sin embargo, si alguna legislación recogiera tal obligación, sin duda, las partes realizarían un contrato de mediación para regular el procedimiento, tal y como la propia naturaleza de la figura permite. No se debe olvidar que en dicho ámbito, siempre existen importantes intereses y elevadas cantidades económicas en juego, por ello, cuando las partes estén obligadas a poner en funcionamiento la mediación, siempre preferirán regular su propio procedimiento cumpliendo con las exigencias mínimas que la regulación establezca. Lo mismo ocurre con la *adjudication* para los conflictos en materia de construcción en el Reino Unido, *vid. supra*, págs. 139 a 142.

II. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES RELATIVAS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN, LOS CONTRATOS PARA MEDIAR Y LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN.

240. El procedimiento de mediación implica la existencia de una serie de figuras contractuales. En relación al inicio del citado procedimiento, existen tres contratos clave: las cláusulas de mediación, los contratos para mediar y los contratos de mediación. En este apartado, se realizará un acercamiento a la regulación que la Ley 5/2012 recoge sobre las citadas relaciones contractuales, para a continuación, exponer la práctica llevada a cabo en el ámbito comercial internacional en relación con dichos contratos.

1. Consideraciones previas.

241. Existen diferentes tipos de relaciones contractuales vinculadas al inicio de la mediación. Se encuentran aquellos acuerdos, en virtud de los cuales, las partes pactan acudir a una mediación para intentar resolver un conflicto ya surgido, -contrato para mediar-; o bien, prevén someterse a tal método en caso de futuras controversias, -cláusulas de mediación-. Por otro lado, también existen aquellos contratos celebrados entre las partes y el mediador, en orden a que éste las asista a cambio de una contraprestación, -contrato de mediación. A su vez, las partes también pueden contratar con una institución de mediación para que se encargue de las labores administrativas que implica el procedimiento, así como de la designación del mediador. Todos estos contratos están fuertemente relacionados entre sí, sus contenidos se complementan, pudiendo llegar a solaparse y reiterarse, de ahí que incluso puedan llegar a plasmarse en un solo documento, o de forma simultánea⁶⁸⁴.

Esta realidad ciertamente confusa no ha sido resuelta ni por la Directiva, ni por la Ley Modelo, las cuales guardan un completo silencio sobre todas y cada una de las citadas relaciones contractuales⁶⁸⁵. Ante esta vacía, ha sido la Ley 5/2012 la que ha

⁶⁸⁴ Vid. A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 10 a 14.

⁶⁸⁵ La Directiva ha dejado total libertad a los Estados miembros a la hora de regular cualquier extremo referido a esta cuestión, vid. J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea...», loc. cit.,

entrado a regular estas cuestiones. Dicha norma, a la vez que alude a los contratos para mediar y las cláusulas de mediación como una de las formas de impulsar la mediación, también hace ciertas menciones en torno a su contenido (art. 16 LM); a sus efectos sobre los plazos de caducidad y prescripción (art. 4 LM); al deber de intentar la mediación antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial (art. 6.2 LM) y; a los efectos que la mediación provoca sobre los tribunales, y más en concreto, su imposibilidad para conocer de las controversias durante el desarrollo de la misma (art. 10.2 LM). Asimismo, regula el contenido de los contratos de mediación (art. 19 LM).

2. La relación de las cláusulas de mediación y los contratos para mediar con los contratos de mediación.

242. La regulación de la Ley 5/2012, y en especial la relación de las cláusulas y los contratos para mediar con los contratos de mediación, puede inducir a cierta confusión. Por ello, en el primer apartado se intentará arrojar luz a dicho vínculo. En segundo lugar, la citada regulación se conectará con la práctica de la mediación dentro del comercio internacional, relación donde se plantean una serie de interrogantes que necesitan ser clarificados. Y finalmente, tras una visión global de las tres figuras contractuales, se determinará la naturaleza jurídica de su relación.

A) Regulación de la Ley 5/2012.

243. Del tenor literal de la Ley 5/2012 parece inferirse que el inicio del procedimiento de mediación se produce dos veces: en primer lugar, cuando surgido el conflicto, las partes acuerdan acudir a mediación, -contrato para mediar-, o hacen

op. cit., pág. 71. Aunque en el Libro Verde se hace referencia a las cláusulas contractuales que obligan a las partes a acudir a mediación, *vid. Libro verde...*, *op. cit.*, págs. 27 a 29. El Proyecto de Directiva no incorporó tal regulación por temor a que se establecieran como condición general en contratos de adhesión, y con ello, se perjudicara el derecho de la parte más débil a tener libre acceso a los tribunales, pues no se debe olvidar que, en su ámbito de aplicación, se incluía el consumo, *vid. R. GIL NIEVAS*, en «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 4. En todo caso, tal omisión ha sido criticada por perderse con ella, la ocasión de armonizar el valor jurídico de estas cláusulas y contratos de mediación en todos los Estados miembros, *vid. J.M. ARIAS RODRÍGUEZ*, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, págs. 159 y 160. El mismo silencio se predica de la Ley Modelo, *vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 29 y 30. El cual también ha sido criticado de igual modo y por el mismo motivo, *vid. P. SANDERS*, «UNCITRAL's Model Law...», *loc. cit.*, págs. 107, 108, 115 y 116.

efectivo el compromiso de sometimiento a tal método que celebraron con anterioridad a la controversia, -cláusula de mediación- (art. 16.1 LM); y en segundo lugar, mediante la celebración de la sesión constitutiva, -contrato de mediación- (art. 19.1 LM). Aunque la Ley no sea clara en este punto, se entiende que el art. 16.1 LM se refiere al inicio de la denominada fase de pre-mediación, -etapa preliminar o preparatoria en la que las partes manifiestan su consentimiento a la mediación y acuerdan los aspectos que afectan a la organización del procedimiento-, mientras que el art. 19.1 LM indica el comienzo del procedimiento de mediación propiamente dicho, -donde el mediador despliega todas sus técnicas en orden a que las partes lleguen por sí mismas a un acuerdo-⁶⁸⁶.

Sin embargo, un análisis completo del art. 19 LM hace entrever que tal regulación no encaja del todo con la citada distinción que en general siempre se realiza del citado procedimiento. Ello es así porque, según la citada disposición, durante la sesión constitutiva las partes vuelven a prestar su consentimiento al procedimiento de mediación, así como a acordar determinadas cuestiones esenciales para la organización y estructura del mismo. Aunque éstas sean tareas propias de la fase de premediación, ésta ya ha finalizado, pues la etapa de mediación propiamente dicha se inicia a la vez que comienza la citada sesión. En otras palabras, la segunda fase, no empieza cuando dicho contenido ya se ha recogido y firmado en el acta constitutiva, o lo que es lo mismo, en el contrato de mediación, sino que comienza en el mismo momento que se inicia la sesión constitutiva. Y ello es así, en tanto que si no se logra levantar tal acta según el contenido y requisitos del art. 19 LM, se entenderá que *la mediación se ha intentado sin efecto* (art. 19.2 LM).

En este sentido, y teniendo en cuenta tales consideraciones, parece que los contratos para mediar y las cláusulas de mediación, -aunque ya recogen el consentimiento de las partes de someterse a mediación, y en algunos casos, también otros elementos relativos a la organización del procedimiento (art. 16.1 LM)-, necesitan ser reiterados con la celebración de la citada sesión que da lugar al acta constitutiva o contrato de mediación. En definitiva, la voluntad manifestada anteriormente por las partes necesita ser ratificada en un momento posterior, en una especie de subfase

⁶⁸⁶ Vid. R. GARCÍA ÁLVAREZ, «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto Ley 5/2012», *Diario La Ley*, nº 7828, 29 marzo 2012, págs. 3 y 4; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 168 a 171; F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, 2010, págs. 104 a 106; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 19. Sesión constitutiva», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., pág. 228.

preliminar dentro de la relativa al propio procedimiento de mediación. Sólo así se produce el inicio material del mismo, esto es, el mediador comienza a desplegar sus técnicas para que las partes logren resolver el conflicto.

B) La práctica en el ámbito comercial internacional.

244. Esta relación entre cláusulas de mediación y contratos para mediar, por un lado, y los contratos de mediación, por otro, responde a la influencia que el legislador nacional ha tenido sobre la configuración que tradicionalmente se ha dado a la mediación desde las legislaciones autonómicas. Estas leyes fueron pensadas, en su mayoría, para regular la mediación familiar, y muy especialmente en su modalidad intrajudicial. En dichas mediaciones, lo más común es que las partes, animadas por el órgano jurisdiccional ante el cual plantearon su litigio, acuerden acudir a mediación. Tras dicho pacto, y como quiera que éstas desconocen por completo tal método, acuden a una sesión informativa⁶⁸⁷. De manera que es entonces, una vez debidamente informadas sobre el mecanismo de la mediación, cuando las partes pueden reafirmar su sometimiento a la mediación y acordar todos aquellos extremos que estructuran el procedimiento y que conforman el acta constitutiva (art. 19.1 LM).

Esta ordenación de la mediación, ciertamente acomodada a su uso dentro del ámbito nacional, no va a encajar siempre y en todo caso con su utilización en el plano comercial internacional. Para empezar, la mediación intrajudicial es infrecuente, en tanto que el proceso judicial no suele contemplarse como método de resolución de conflictos. En este sentido, la práctica común son las cláusulas de mediación. Ello no obsta para que también existan contratos para mediar, si bien, como éstos se celebran tras haber surgido el conflicto, normalmente, dicha celebración se producirá una vez iniciado el procedimiento arbitral⁶⁸⁸. En cualquier caso, ya sean cláusulas de mediación

⁶⁸⁷ Por ello las sesiones informativas son, en principio, obligatorias, -salvo que las partes dispongan lo contrario (art. 17.1 LM)-.

Para una visión general del desarrollo de estas sesiones informativas, *vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 166 a 168; M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, «Artículo 17. Información y sesiones informativas», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 209 a 213.

⁶⁸⁸ Si bien, también para ello existen las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos, *vid. supra*, págs. 217 a 220 y *vid. infra*, págs. 240 y 241. Aunque la mediación extrajudicial comienza a crecer en

o contratos para mediar, lo más común es que sean estandarizados. Generalmente, la elección de este tipo de cláusulas o contratos significa que las partes ya conocen la mediación, y la estructuran al mismo tiempo que se someten a ella, a través de su remisión a una regulación perteneciente a una institución concreta. Con ello se obtiene seguridad y certidumbre, factores tan importantes en negocios caracterizados por su complejidad, y dimensión económica. En su defecto, las partes se encargarán de diseñar su propio procedimiento. En cualquier caso, no será habitual dejar tales extremos al momento del acta constitutiva, al existir muchos y muy valiosos intereses en juego.

245. En este orden de ideas, no se puede negar que la Ley 5/2012 ha previsto la utilización de las cláusulas y los contratos para mediar (art. 16.1.b) LM), así como su carácter obligatorio (art. 6.2 LM), y efectos (art. 4 y art. 10.2 LM). Sin embargo, su empleo en la práctica del comercio internacional no encuentra un acomodo pleno con la regulación de las sesiones informativas (art. 17 LM), ni del contrato de mediación (art. 19 LM).

246. En cuanto al primer punto, y especialmente en cuanto a las cláusulas de mediación se refiere, parece difícil que las partes necesiten ser informadas acerca de un mecanismo que ellas mismas se han obligado a utilizar previamente al surgimiento del conflicto⁶⁸⁹. Sin embargo, y a pesar de tal realidad, cuando la Ley 5/2012 resulte aplicable, las partes tendrán que pactar también su voluntad de no acudir a dichas sesiones informativas. En caso contrario, su celebración sería una pérdida de tiempo. Además, si tales sesiones se celebraran y no asistieran a ellas, se entendería que desisten de la mediación solicitada. Esto último, en principio, no impediría la continuación del procedimiento de mediación si es que las partes acuden a sesiones sucesivas, en tanto que este método es completamente voluntario. Sin embargo, alguna de las partes podría

cuanto que la abogacía española, -no tanto la ciudadanía-, empieza a tener mayor conocimiento y conciencia de sus ventajas, ello no obsta para que, en el ámbito interno, los contratos para mediar sigan siendo más comunes que las cláusulas de mediación, esto es, que se siga decidiendo acudir a mediación una vez surgido el conflicto. Lo mismo ocurre en el plano internacional en cuanto a la mediación familiar, la cual se centra mayoritariamente en la sustracción internacional de menores, casos que, por su propia naturaleza, no se prevén con anterioridad, y por tanto, mucho menos, su solución.

⁶⁸⁹ En cuanto a los contratos para mediar se refiere, aunque sea en la mediación extrajudicial, la existencia de las sesiones informativas parece más razonable. Si bien, en el ámbito comercial internacional, dada la envergadura de los negocios, las partes difícilmente «decidirán probar» y obligarse a un método hasta que no estén debidamente informadas.

utilizarlo para perjudicar a la parte no asistente, si aquella decidiera acudir a un proceso judicial⁶⁹⁰.

Por tal razón, aparte de las eventuales consecuencias que tal conducta pudiera implicar, lo cierto es que la obligatoriedad de las sesiones informativas como norma general, al menos en cuanto a la mediación extrajudicial se refiere, y especialmente cuando su origen sean cláusulas, supone una regulación innecesaria por excesiva del legislador. Aunque el art. 17 LM pueda ser adecuado para la mediación intrajudicial, o incluso para aquella extrajudicial que tenga por origen contratos para mediar, lo cierto es que, en aquellas mediaciones derivadas de cláusulas insertas en contratos mercantiles, tan habituales en el ámbito internacional, las sesiones informativas debieran ser meramente facultativas sin necesidad de tener que acordar expresamente su no celebración.

247. En cuanto al contenido que el art. 19 LM otorga al contrato de mediación, puede ocurrir que en su mayoría, sea una reiteración de lo recogido no sólo en la cláusula de mediación, sino también en el contrato para mediar, que también goza de un contenido mínimo que induce a cierta confusión⁶⁹¹.

Aunque puede que en la citada cláusula de mediación sólo se manifieste el sometimiento de las partes a mediación, en el comercio internacional, lo más común es que ésta sea una cláusula tipo referida a un procedimiento regulado por una institución. Esto es, todos y cada uno de los extremos expuestos en el art. 19 LM, -salvo, lógicamente, el concreto conflicto objeto de mediación, y el propio consentimiento del mediador, contenidos típicos, esta vez sí, del contrato de mediación-, están incorporados por referencia a tales cláusulas, de modo que están determinados o son determinables. También puede darse el caso, aunque menos corriente pero igualmente reiterativo, en que la cláusula recoge todos aquellos aspectos organizativos del procedimiento, pero esta vez acordados por las partes de forma específica.

Por su parte, los contratos para mediar poseen un contenido mínimo (art. 16.1.a) LM). Según dicha disposición, éstos deben recoger cuatro elementos que precisamente se repetirán en el contenido del acta constitutiva (art. 19.1 LM): a) el propio

⁶⁹⁰ Si aquella que asistió decide acudir a un proceso judicial, cabe la posibilidad de que busque la aplicación del reformado art. 395 LEC para la otra parte que no acudió, *vid. supra*, pág. 224.

⁶⁹¹ *Vid. F. MARTÍN DIZ, La mediación: sistema complementario..., op. cit.*, págs. 108 y 109.

consentimiento de las partes; b) la designación del mediador, y en su caso, de la institución mediadora; c) el lugar de la mediación y; d) el idioma de la misma⁶⁹². Esto no es obstáculo para que dichos pactos contengan más elementos de los establecidos para el contrato de mediación, y por tanto reiterativos, o sean contratos para mediar estandarizados, tal y como también es posible en las cláusulas. Además, no se debe olvidar que éstos son posteriores al conflicto, de manera que también se habrá podido determinar la controversia objeto de mediación, e incluso acordar todo ello relacionado con el mediador, recogiendo, por tanto, en sendos contratos, idéntico contenido. A diferencia de las cláusulas, los contratos para mediar se elaboran posteriormente al conflicto, y por ende, podrían incluso incorporar el nombramiento del mediador con su correspondiente contraprestación y su firma, siendo, por tanto, parte del contrato, tal y como ocurre en el acta constitutiva⁶⁹³.

248. Por todo ello, y atendiendo al protagonismo de la autonomía privada de las partes y el carácter eminentemente contractual de la mediación, el legislador debiera haber otorgado una mayor flexibilidad a los contenidos de las cláusulas de mediación y los contratos para mediar en relación con los contratos de mediación. Sin duda, el contenido recogido en el art. 19 LM se compone de extremos que las partes deben acordar, sin embargo, éstos también pueden ser recogidos en las cláusulas y los contratos para mediar, existiendo, por tanto, la posibilidad de perfeccionarse de otro modo. El legislador debiera haber sido consciente de tal realidad, para así evitar reiteraciones y formalismos⁶⁹⁴.

⁶⁹² En general, se entiende que los últimos tres puntos se refieren a la mediación, no a las sesiones informativas, porque en la mediación intrajudicial éstas se realizan normalmente en la sede judicial con el concierto del mediador o institución mediadora, *vid.* M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, «Artículo 16...» y «Artículo 17...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 208 a 210. En cambio, también pueden referirse a la sesión informativa en el caso de una mediación extrajudicial, lo cual no obsta para que se refieren a ambas clases de sesiones a la vez, pues el propio legislador habla de *mediación* en general, sin especificar ninguna etapa concreta de la misma.

⁶⁹³ Se debe tener presente que esta observación es igualmente válida para el ámbito mercantil interno, donde, aunque son escasos, ya existen casos de contratos para mediar en la mediación extrajudicial.

⁶⁹⁴ Establecer preceptivamente el contenido organizacional del procedimiento de mediación en el acta constitutiva sólo se entiende en una mediación intrajudicial como la expuesta anteriormente, donde las partes aconsejadas por el tribunal, acuerdan acudir a mediación, de manera que el contrato para mediar realmente es sólo la vía para acudir a la sesión informativa, de manera que una vez se conoce el citado método, las partes sean capaces de poder acordar todos los extremos que la conforman.

3. Especial consideración al papel de las instituciones de mediación en relación con las cláusulas de mediación, los contratos para mediar y los contratos de mediación.

249. La Ley 5/2012 dedica su art. 5 a las instituciones de mediación⁶⁹⁵. Es cierto que su intervención no es obligatoria, esto es, las partes sólo necesitan al mediador para llevar a cabo este método de resolución de conflictos, y el mismo no tiene porqué pertenecer a ninguna institución. Sin embargo, especialmente en el ámbito comercial internacional, su intervención, consistente principalmente en la administración del procedimiento, se produce en la mayoría de los casos, al ser sinónimo de mayores garantías y calidad de la mediación⁶⁹⁶.

Entre sus obligaciones se encuentran: informar sobre su lista de mediadores y la forma de ponerse en contacto con ellos y con la propia institución (art. 5.1 LM); tramitar y certificar las solicitudes de mediación que reciban (art. 4 LM)⁶⁹⁷; designar al mediador o mediadores de forma transparente, indicando su identidad, formación,

⁶⁹⁵ Sobre esta cuestión, de forma general, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 284 a 302; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 469 y 470; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 33 a 68; L. MARTÍ MINGARRO, «La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio», en I. SÁEZ HIDALGO, A. DORREGO DE CARLOS (dirs.), *Arbitraje y mediación...*, *op. cit.*, págs. 238 y 239; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 5...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 73 a 99.

⁶⁹⁶ *Vid.* K. P. BERGER, *Private dispute resolution...* *op. cit.*, pág. 151. El legislador ha otorgado una definición de institución muy amplia, de tal modo que en dicho concepto se encuentran: a) las corporaciones de derecho público como los colegios profesionales y las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación (Disposición final primera y segunda LM); b) las asociaciones profesionales constituidas por mediadores y cuyo objeto principal es el ejercicio de la mediación; c) las fundaciones que se dediquen a la mediación; d) las asociaciones y fundaciones que entre sus actividades y finalidades se incluya la del desarrollo de la mediación; e) sociedades civiles y mercantiles públicas y privadas en cuyo objeto social se contemple la actividad de mediación y; f) también se equiparan a las instituciones, los servicios de mediación establecidos o reconocidos por la Administración (Disposición adicional primera LM).

Para profundizar sobre esta cuestión, *vid.* E. DÍAZ-BASTIEN, «Disposición final primera. Modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales», E. DÍAZ-BASTIEN, «Disposición final segunda. Modificación de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras oficiales de Comercio, Industria y Navegación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 399 a 402; C. FERNÁNDEZ CANALES, «Disposición adicional primera. Reconocimiento de instituciones o servicios de mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 377 a 381; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 5...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 73 a 83.

⁶⁹⁷ Esta función es especialmente relevante porque servirá para dar efecto a la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción, así como para el cómputo del plazo relativo a la firma del acta constitutiva recogido en el art. 4 LM. *Vid. infra*, págs. 291 a 293.

especialidad y experiencia (art. 5.1 LM)⁶⁹⁸; conservar y custodiar los documentos que no hubieren de devolverse a las partes una vez terminado el procedimiento y por un plazo de cuatro meses (art. 22.1 LM); cumplir con el principio de confidencialidad en todo aquello que conozca como consecuencia de sus labores de administración (art. 9 LM); y colaborar en el fomento de la calidad de la mediación (art. 12 LM). Finalmente, tienen derecho a exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación (art. 15.2 LM)⁶⁹⁹.

250. Las partes pueden designar a las instituciones de mediación tanto en las cláusulas de mediación como en los contratos para mediar. En estos últimos, tal posibilidad se recoge expresamente (art. 16.1.a) LM), mientras que en las cláusulas de mediación nada impide lo contrario, especialmente, si se emplea alguna de las recogidas como tipo en los propios reglamentos institucionales. En tal caso, las partes encargarán a la institución, mediante la solicitud de inicio (art. 16 LM), la prestación de los servicios de administración a cambio de un precio, servicios entre los que se puede encontrar la designación del propio mediador⁷⁰⁰. Mediador que, junto a las partes, será protagonista del contrato de mediación posterior (art. 19 LM)⁷⁰¹.

251. De este planteamiento propio de la mediación institucional, pueden deducirse una serie de relaciones contractuales a raíz de las cláusulas y los contratos

⁶⁹⁸ Siempre y cuando las partes lo soliciten expresamente, o porque las mismas no hayan logrado llegar a un acuerdo respecto de este extremo, tal y como se refleja en el art. 21 LM.

⁶⁹⁹ Sobre estos aspectos, *vid.* E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 5...», *loc. cit.*, págs. 84 a 99.

⁷⁰⁰ En caso de que las instituciones intervengan, la designación puede realizarse sobre la base de una lista ya prefijada o puede ser enteramente libre. Sea cual sea el sistema a seguir, pueden adoptarse tres métodos, el primero será la designación directa de las partes, y de forma subsidiaria el nombramiento por parte de la institución. Este último puede hacerse en su modalidad abierta, esto es, con absoluta libertad para la institución siguiendo sólo los criterios establecidos por las partes según la naturaleza de la controversia; en su modalidad cerrada, es decir, de entre los mediadores que integran la lista de la institución; o en una modalidad intermedia, en otras palabras, son sujeción al censo institucional, salvo que no exista ningún mediador con las características necesarias para el caso. Por último, el tercer método, inspirado en los tribunales de arbitraje, serviría para el caso de que se quisieran nombrar tres mediadores, dos de ellos designados por cada una de las partes, y el otro por la institución. *Vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 48 a 50. Sin embargo, el tercer método citado no parece ni muy habitual, ni muy acorde a la mediación, porque ni se necesitan tres terceros, -pueden ser dos-, ni tampoco que uno actúe como Presidente, pues los terceros no son los que van a resolver el conflicto. Por ejemplo, el art. 3 del Reglamento ADR de la CCI emplea los dos primeros métodos, el último de ellos en su modalidad abierta. En cuanto al art. 3 del citado Reglamento, *vid.* D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Amicable means...», *loc. cit.*, págs. 96 y 97.

⁷⁰¹ Ello no obsta para que uno de los contenidos del contrato de mediación sea, de forma reiterativa, la designación de la institución de mediación. Su fundamento se encuentra en que el mediador ya designado pertenece a la misma, -lo cual será importante en materia de responsabilidad (art. 14 LM)-, además de que seguirá ejerciendo con posterioridad al acta constitutiva sus funciones de administración.

para mediar. La vinculación entre éstos y la designación de la institución así como la del mediador, propia de la fase de pre-mediación, -por tanto, dejando a un lado el contrato de mediación-, se analizará en el apartado siguiente.

III. LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN Y LOS CONTRATOS PARA MEDIAR.

252. Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar ocupan una posición fundamental dentro del procedimiento de mediación en tanto que ambos pueden provocar el inicio del mismo. Por ello, este apartado realizará un análisis exhaustivo de dichas relaciones contractuales, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones propias de Derecho internacional privado.

1. Concepto de ambas figuras contractuales con especial consideración a las cláusulas de mediación.

253. A través del contrato para mediar, o en su caso, la cláusula de mediación, las partes acuerdan someterse a mediación para intentar resolver el conflicto. Dichos contratos pueden realizarse de forma independiente, o pueden constituirse como cláusula dentro de un contrato principal. La primera modalidad suele producirse una vez surgida la controversia, aunque nada impide que se refiera a disputas futuras, mientras que la segunda sólo y exclusivamente se referirá a éstas últimas⁷⁰².

En el comercio internacional, debido a la envergadura de los negocios que suelen producirse, lo más habitual es que los contratos incluyan su respectiva cláusula de mediación o de resolución de conflictos⁷⁰³. En tanto que cláusula inserta en un

⁷⁰² Esta diferencia referida al tiempo sí que puede verse reflejada en el art. 16 LM: antes -apartado b)- y después -apartado a)- de haber surgido el conflicto; así como en el art. 6.2 LM. Sin embargo, nada se dice en torno a la forma que pueden adoptar: contratos separados o cláusulas insertas en el contrato principal. En cuanto a las disputas futuras, se entienden que se subsumen dentro de una relación contractual previa, porque, aunque no estén determinadas, deben ser necesariamente determinables, tal y como se establece en la teoría general sobre el objeto del contrato.

⁷⁰³ *Vid. supra*, pág. 228. Además, su redacción es mucho más sencilla cuando la relación comercial es positiva y aún no ha surgido ningún conflicto, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 171. Aunque en la mayoría de supuestos la controversia se derive del contrato principal, ésta también puede ser de naturaleza extracontractual, cabe la posibilidad de que sea consecuencia de un precepto legal. En estos casos, el contrato para mediar será necesariamente posterior al conflicto. Por otro lado, aunque las cláusulas de mediación suelen referirse a todas aquellas controversias futuras derivadas

contrato principal, deben ponerse de relieve dos aspectos importantes: en primer lugar, su autonomía respecto de este último; y en segundo lugar, su inserción en las Condiciones Generales de la Contratación (CGC).

254. En cuanto al primer punto, el art. 6.2 LM establece que, aunque se cuestione la validez del contrato principal en el que la cláusula de mediación se contiene, ésta conserva sus efectos. Al igual que ocurre en el arbitraje con las cláusulas compromisorias, las cláusulas de mediación gozan de autonomía propia, esto es, constituyen un *contrato dentro de otro contrato*⁷⁰⁴. A pesar de los vínculos materiales existentes, -no se debe olvidar que la cláusula de mediación va referida a conflictos que surgen del propio contrato principal-, lo cierto es que aquéllas tienen un objeto y naturaleza jurídica diferente. Mediante las citadas cláusulas las partes se obligan a participar en un determinado método de arreglo de diferencias, mientras que a través del contrato principal, las partes se obligan a realizar otro tipo de prestaciones. En todo caso, la autonomía de aquéllas viene precisamente de su vinculación con el contrato principal, de lo contrario perderían su finalidad primordial con sólo impugnar la validez del contrato principal, quedando contagiadas por él⁷⁰⁵. Como consecuencia de todo lo expuesto, la ley aplicable a la cláusula de mediación podrá ser también diferente al Derecho que rija el contrato principal.

255. Respecto a las CGC, también puede ocurrir que el contrato principal donde se inserta la cláusula de mediación, aunque se haya celebrado entre iguales, es decir, sin consumidores de por medio, sea un contrato de adhesión. En otras palabras, que se haya impuesto unilateralmente por una de las partes a la otra, de manera que ésta se haya visto obligada a aceptarlo sin haberlo negociado y aceptado de forma individual. En este

del contrato principal, también pueden tener con objeto ciertos futuros conflictos concretos, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 173.

⁷⁰⁴ *Vid.* P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, pág. 67. El principio de la autonomía de las cláusulas compromisorias puede ser aplicado analógicamente a las cláusulas de mediación, tal y como ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia australiana, alemana, así como por el propio Tribunal Supremo de Francia. Incluso algunas cláusulas de mediación estandarizadas, como la cláusula *med-arb* de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), reconocen expresamente tal autonomía. Sin embargo, este principio no está tan claro cuando se trata de separar los diferentes métodos de solución de disputas dentro de una cláusula escalonada de resolución de conflictos, en tanto que se puede desvirtuar la voluntad de las partes a la hora de gestionar y enfrentarse a las controversias, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 188 a 190.

⁷⁰⁵ *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, págs. 92 a 96; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 77 a 79; G. PALAO MORENO, «Cross-border mediation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 645.

sentido, dicha cláusula sólo será válida si ha sido aceptada libre y voluntariamente⁷⁰⁶. En concreto, cuando el Derecho español sea la ley aplicable a esta situación, la cláusula será válida si se cumplen los requisitos de incorporación del art. 5 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC)⁷⁰⁷.

2. Naturaleza jurídica.

256. La naturaleza jurídica de las cláusulas de mediación y de los contratos para mediar es una cuestión muy controvertida⁷⁰⁸. De manera general, en los países del *common law*, a los contratos para mediar o cláusulas de mediación se les otorga una estricta naturaleza procesal, son tratados como meras condiciones previas al inicio del proceso judicial⁷⁰⁹. En cambio, en los Estados de tradición romano-germánica existe una mayor variedad de posiciones. Algunos autores alemanes, así como el propio Tribunal Supremo francés han defendido la naturaleza jurídica procesal⁷¹⁰. Mientras que otra parte de la doctrina alemana, así como la austriaca abogan por una naturaleza puramente material⁷¹¹. Esta última entiende que las cláusulas o contratos no tienen ningún impacto o influencia sobre el proceso, al considerar que la mediación es un método externo e independiente de aquel, en el que las partes, a pesar de existir un acuerdo de sometimiento a la misma, pueden cambiar de parecer y decidir no participar en ella. Finalmente, también existe la postura ecléctica, en virtud de la cual, se entiende

⁷⁰⁶ Vid. J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, págs. 159 y 160; V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil», *RDM*, núm. 283, 2012, págs. 243 y 244; V. PÉREZ DAUDÍ, «Aspectos procesales...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 392; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, n° 98, noviembre-diciembre 2012, pág. 4.

⁷⁰⁷ Vid. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

⁷⁰⁸ En este sentido, *vid.* C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 229; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit., op. cit.*, págs. 461 y 462; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 664.

⁷⁰⁹ Tanto en Australia como en EE.UU, Inglaterra y Canadá existe jurisprudencia que apoya tal idea, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 176 y 177; J. COBEN, P. THOMPSON, «Disputing irony: A systematic look at litigation about mediation», *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 11, Spring 2006, págs. 108 y 109.

⁷¹⁰ Vid. *Cour de Cassation (2 Chambre)*, 6 juillet 2000; *Cour de Cassation (1 Chambre)*, 6 mai 2003.

⁷¹¹ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 177 a 179.

que aunque los contratos y cláusulas tengan una naturaleza material, no se puede obviar sus efectos respecto del proceso judicial⁷¹².

257. En efecto, las cláusulas y los contratos para mediar, al igual que la propia mediación, tienen una naturaleza sustantiva. Es un procedimiento que pretende estar alejado y conservar su independencia respecto del proceso judicial lo máximo posible, para así conservar sus características y ventajas. Sin embargo, en tanto que es un método de resolución de conflictos, tiene ciertos efectos sobre el proceso. En este sentido, las cláusulas de mediación y los contratos para mediar implicarán la imposibilidad, -meramente temporal-, para las partes de acudir a los tribunales; la opción de la suspensión del proceso, en el caso de los contratos; la facultad para solicitar medidas cautelares; y por último, el mecanismo para hacer ejecutivo y poder ejecutar el eventual acuerdo de mediación⁷¹³. En todo caso, y debido a las características propias de la mediación, no se puede negar la dificultad para hacer efectivos los citados extremos: a) Dicha imposibilidad para acudir a los tribunales encuentra difícil acomodo si se tiene en cuenta la voluntariedad de la mediación; b) la solicitud de medidas cautelares parece, en cierto modo, contradictorio con la necesaria buena fe y lealtad de las partes si éstas quieren llegar a un acuerdo por sí mismas y; c) la suspensión del proceso o el acuerdo de mediación tampoco tienen porqué producirse si se piensa en el citado principio de voluntariedad⁷¹⁴. En definitiva, la relación con el proceso judicial es mucho más débil que la predicada respecto del arbitraje.

⁷¹² Tal postura ha sido defendida por la doctrina suiza sobre la base de los arts. 213 a 218 ZPO. Estas disposiciones regulan la mediación intrajudicial y entre otras cuestiones, tratan la suspensión del proceso judicial así como los efectos que la confidencialidad de la mediación tiene sobre el proceso. Dicha tesis también ha sido declarada por el Tribunal Federal Alemán en la sentencia, *BGH, Urt.v. 18.11.1998 – VIII ZR 344/97*, *vid. NJW*, 1999, nº 9, págs. 647 y 648; que, a su vez, confirma un pronunciamiento anterior, *BGH, Urt.v. 23.11.1983 – VIII ZR 197/82*, *vid. NJW*, 1984, nº 12, págs. 669 y 670. *Vid. N. ALEXANDER, International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 177 a 179; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, pág. 16; A. HUTNER, «Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung», *SchiedsVZ*, 2003, nº 5, págs. 226 a 232. En cuanto a la doctrina francesa, *vid. C. JARROSSON*, «Legal issues raised by ADR», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 113 y 123; C. JARROSSON, «Legal issues raised by ADR», en A.INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 159 y 170; X. LAGARDE, «L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation», *Rev. Arb.*, nº 3, 2000, págs. 377 a 401.

⁷¹³ La suspensión de los plazos de prescripción y caducidad se considera material, *vid. infra*, págs. 293 a 295.

⁷¹⁴ En cuanto al efecto negativo de la mediación y las críticas a su configuración en la Ley 5/2012, *vid. infra*, págs. 305 a 312.

Por todo ello, las figuras aquí analizadas deben ser consideradas contratos, presentados de forma independiente o insertos como cláusulas en un contrato principal, en virtud de los cuales, las partes contratantes se obligan a someter los conflictos surgidos, -contratos para mediar-, o que puedan surgir, -cláusulas de mediación-, a una mediación. Tal y como se desprende del art. 6.2 LM, dicha obligación es una obligación de hacer, solamente de medios y no de resultado, bastará con que las partes intenten la mediación de buena fe, sin que necesariamente se deba llegar a un acuerdo que solviente la controversia. Sin embargo, ello no es incompatible con el reconocimiento de ciertas repercusiones sobre el proceso judicial, que por otro lado, además de tímidas, no se producirán siempre y en todo caso⁷¹⁵.

258. Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, a continuación se procederá a determinar cuál es el contrato en el que la cláusula de mediación y el contrato para mediar pueden subsumirse. En este sentido, parece que el legislador establece para los contratos para mediar y las cláusulas de mediación respecto de los contratos de mediación, una relación similar a la que de antiguo se defendía entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: un precontrato o promesa de contrato⁷¹⁶.

⁷¹⁵ En efecto, y a diferencia de la mediación, el arbitraje excluye de la jurisdicción ordinaria el conocimiento del conflicto, obteniendo a través del laudo, una resolución con los mismos efectos que una sentencia firme: cosa juzgada y ejecutoriedad. Sin embargo, la mediación no siempre va a realizar dicha exclusión, porque puede terminar sin acuerdo, o con un acuerdo privado, pues el mismo no se convierte automáticamente en título ejecutivo.

⁷¹⁶ Tal postura se derivaba de la antigua regulación sobre arbitraje, *Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado*, vid. BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1953. Vid. M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje...*, op. cit., págs. 589 a 593; A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Art. 5», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, págs. 67 a 69; A.M. LORCA NAVARRETE, «Art. 5», en A.M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje con formularios y jurisprudencia*, Madrid, 1991, págs. 75 y 76. Aunque no sólo fue una tesis defendida en España, su origen histórico se encuentra en Francia, vid. R. DAVID, *L'arbitrage dans...*, op. cit., págs. 233 a 235.

Para profundizar sobre el precontrato y su relación con la cláusula compromisoria, vid. L. MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Madrid, 1991, págs. 33 a 46. En la actualidad, tal diferencia carece de sentido, los efectos son los mismos en ambos casos. Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral se engloban en el concepto de convenio arbitral, concepto acogido por la legislación vigente. Vid. A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, op. cit., págs. 55 y 56.

Es cierto que los contratos para mediar surgen posteriormente al conflicto, lo cual supone una mayor facilidad para que las partes pueden acordar en el mismo el nombramiento del mediador así como el objeto de la controversia. Por su parte, las cláusulas de mediación podrían salvar el obstáculo temporal mediante acuerdos complementarios posteriores, al igual que ocurre con la cláusula compromisoria del arbitraje. Sin embargo, la Ley 5/2012 ha distinguido claramente las cláusulas y los contratos para mediar de los contratos de mediación.

Es cierto que en la Ley 5/2012 se establece la obligación de celebrar el contrato de mediación para continuar con el procedimiento, contrato que es necesariamente posterior a la cláusula o contrato para mediar. Sin embargo, estos últimos no obligan, en absoluto, a la celebración del primero, de modo que no cabe hablar de la existencia de un precontrato⁷¹⁷. Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar obligan a poner en marcha el procedimiento, estando dentro de tal obligación la asistencia a la sesión constitutiva, que es donde se celebrará el contrato de mediación⁷¹⁸. Sin embargo, si la citada sesión acaba sin contrato, la mediación se habrá dado igualmente por intentada. En definitiva, las mencionadas figuras contractuales sólo obligan a *intentar* la celebración del contrato de mediación en tanto que meramente exigen asistir a la sesión constitutiva, siendo ésta parte del procedimiento de mediación propiamente dicho⁷¹⁹. Por todo ello, no deben considerarse como precontratos, sino que encajan mejor en otro tipo de categoría: los denominados acuerdos de intenciones o contratos rectores de la fase de negociación⁷²⁰.

259. En estos contratos, las partes bosquejan o establecen en sus líneas centrales el contrato que posteriormente pretenden celebrar. Pero sólo se obligan a negociarlo, esto es, no se obligan a su celebración, de manera que pueden finalizar la negociación antes de que tal momento llegue. En efecto, con las cláusulas de mediación y los contratos para mediar las partes se obligan a iniciar la mediación, o lo que es lo mismo, a acudir, al menos, a la sesión constitutiva donde se intentará celebrar el contrato de

⁷¹⁷ En cuanto al precontrato, *vid.* L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, 6ªed., Cizur Menor, 2007, págs. 394 a 409; R.M. ROCA SASTRE, J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado, Vol. I. Obligaciones y contratos*, Cizur Menor, 2009, págs. 389 a 419.

⁷¹⁸ Si alguna de las partes no asiste injustificadamente a la sesión informativa, la mediación se dará por desistida (art. 17 LM), pero no por intentada, por tanto, supondrá un incumplimiento de la obligación contraída en la cláusula de mediación o contrato para mediar. Además, la no asistencia de una de las partes a la citada sesión, podrá tener repercusiones negativas para ella, en aplicación del art. 395 LEC, *vid. supra*, pág. 224.

⁷¹⁹ En cambio, se ha defendido justamente la teoría contraria, que en definitiva, supondría la presencia de un precontrato, a pesar de la negativa del autor a considerarlo como tal: *Por medio de las cláusulas, «las partes se comprometen a, llegado el caso, es decir, surgido el conflicto, formalizar un contrato de mediación»*, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, «Artículo 6...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 106 y 107. En defensa del precontrato, aunque de forma laxa, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 174 y 175.

⁷²⁰ *Vid.* L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, págs. 325, 326, 392 y 399.

mediación⁷²¹. Por tanto, la celebración de los citados contratos no sólo obliga, sino que conlleva consecuentemente a la negociación del contrato de mediación⁷²². Si las partes se han sometido a mediación, tendrán que acordar los diferentes extremos configuradores del procedimiento. Negociación que las partes se han obligado a realizar de buena fe, y cumpliendo con el principio de confidencialidad, aspectos también propios de los citados acuerdos de intenciones o contratos rectores de la fase de negociación⁷²³.

3. Clases.

260. Los contratos para mediar y las cláusulas de mediación atienden generalmente a dos clasificaciones⁷²⁴:

A) *Los contratos o cláusulas “estrictamente” referidos a mediación y los contratos o cláusulas de resolución escalonada de los conflictos.* En los primeros, las partes acuerdan someterse sólo y exclusivamente a mediación, a ningún otro método de resolución de conflictos más. Sin embargo, con los segundos, los también denominados *multi-step dispute resolution clauses*, las partes, en caso de conflicto, acuerdan supeditarse a todo un sistema de resolución de conflictos. Esos sistemas son diseñados por las propias partes atendiendo a sus propios intereses y necesidades, si bien,

⁷²¹ En este mismo sentido y refiriéndose a «contracts to bargain», *vid.* A.J. SCHMITZ, «Confronting ADR agreements’ contract/no-contract conundrum with good faith», *DePaul L. Rev.*, vol. 56, 2006, págs. 62 y 63.

⁷²² Estos contratos rectores de la fase de negociación son, efectivamente, contratos. Por tanto, deben diferenciarse de los tratos preliminares, los cuales aunque no son irrelevantes para el Derecho, al generar la debida responsabilidad, tampoco puede decirse que creen una relación jurídica entre las partes como sí lo hacen aquéllos, de los cuales, por tanto, se derivará una responsabilidad contractual. El propio L. DÍEZ- PICAZO diferencia ambas, *vid.* L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, págs. 311 a 326. En cuanto a la calificación de las cláusulas como tratos preliminares, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pág. 315; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 40.

⁷²³ Tal y como se establece el art. 6.2 LM, las cláusulas, -y se entiende también los contratos de mediación-, deben constar por escrito. Ello no significa que sea un requisito formal *ad solemnitatem*, pues es un contrato consensual, sino *ad probationem*, especialmente en el caso de que una de las partes decida acudir a los tribunales antes de haber intentado la mediación, de ahí que su constancia se exija particularmente a las cláusulas. *Vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 75 a 77.

⁷²⁴ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 171 a 173.

generalmente se sigue el esquema negociación-mediación-arbitraje. De manera que si la mediación fracasa, el mismo contrato, obligará a las partes a someterse a arbitraje⁷²⁵.

B) *Los contratos o cláusulas ad hoc y los contratos o cláusulas estandarizados.* Los primeros se caracterizan porque son las partes y sus abogados quienes se encargan de elaborar su contenido de conformidad con sus intereses específicos. Mientras que en los contratos y cláusulas estandarizados, las partes se limitan a copiar una de las cláusulas previamente redactadas por alguna institución de mediación o de resolución de conflictos⁷²⁶. Estos últimos tienen numerosas ventajas: se simplifica la redacción de

⁷²⁵ Estos últimos suelen configurarse como cláusulas, sobre ellas y el diseño de sistemas de resolución de conflictos, *vid. supra*, págs. 217 a 220. En todo caso, su contenido es más complejo, de ahí que deba tenerse especial cuidado en su redacción, en orden a que pueda tener los efectos que las partes desearon en ese primer momento, *vid.* H.I. ABRAMSON, «Time to try...», *loc. cit.*, págs. 325 a 327; K.P. BERGER, «Law and practice...», *loc. cit.*, págs. 3 y 4; D. JONES, «Dealing with...», *loc. cit.*, págs. 188 y 189; L.C. KATZ, «Keep it simple: developing the legal lessons for more effective mediation enforcement», *Alternatives*, vol. 26, n° 11, December 2008, págs. 206 a 209; D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered...», *loc. cit.*, págs. 572 a 576; S. LEONARD, K. DHARMANANDA, «Peace talks before war: The enforcement of clauses for dispute resolution before arbitration», *J. Int'l. Arb.*, vol. 23, n° 4, 2006, págs. 313 a 315; J.T. McLAUGHLIN, K.M. SCANLON, «A master's checklist for drafting international agreements that use alternative dispute resolution», *Alternatives*, vol. 22, n° 4, October 2004, págs. 154 a 156; M. PRYLES, «Multi-Tiered dispute...», *loc. cit.*, págs. 172 a 176; K.M. SCANLON, H.K. MANN, «A guide to multistep dispute resolution clauses», *Alternatives*, n° 12, September 2002, págs. 1 y 2.

Todas las instituciones internacionales de referencia en esta materia tienen sus propias cláusulas-modelo de resolución escalonada de conflictos: CCI, CEDR, WIPO, LCIA, AAA, *vid.* D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered...», *loc. cit.*, págs. 556 a 560. No obstante, el ámbito donde más se han desarrollado estas cláusulas es el relativo a los contratos internacionales de construcción, en este sentido *vid.* C.R. SEPPÄLÄ, «The arbitration clause in FIDIC contracts for major works», *ICLR*, vol. 22, Part.1, January 2005, págs. 4 a 6.

En cuanto al tratamiento jurídico que debe otorgarse a este tipo de cláusulas, deberá de separarse la parte que se refiera a la mediación, de aquella que trate otros ADR y/o el arbitraje, porque cada una de ellas tiene un régimen distinto. La fijación en el sometimiento a mediación, a otro ADR o a arbitraje, dependerá de las pretensiones de las partes. En cualquier caso, sobre la base de la escasa jurisprudencia en torno a este extremo, no existe un criterio claro, *vid.* I. NURMELA, «Sanctity of dispute resolution clauses: strategic coherence of the brussels system», *J. Pr. I. L.*, vol. 1, n° 1, págs. 127 y 128.

⁷²⁶ En este sentido, se deben destacar las cláusulas ADR propuestas por la CCI. Tres de ellas se refieren, específicamente a los ADR, mientras que una realmente es una cláusula de resolución escalonada de conflictos, de modo que si no se alcanzara una solución a través de los ADR, se prevé el sometimiento a arbitraje: *En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de resolución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, dichas desavenencias serán definitivamente resueltas de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a dicho Reglamento de Arbitraje.*

En cuanto a las otras tres, todas ellas se diferencian según el grado de obligatoriedad que expresan. La primera sólo establece la posibilidad, pero no la obligación, para las partes de someter sus desavenencias a un ADR. Al no existir dicha obligación, tampoco hay efecto jurídico alguno si las partes, o cualquiera de ellas, deciden acudir directamente a los tribunales, o a arbitraje.: *Las partes podrán en todo momento,*

los contratos, y a su vez, las partes se someten a los servicios prestados por instituciones de reconocido prestigio, con normas probadas y utilizadas anteriormente de forma exitosa, y con un conjunto de acreditados mediadores a su disposición. Sin embargo, a pesar de la variedad de asociaciones, muchas de ellas especializadas en algunos sectores del comercio, las cláusulas y contratos que ofrecen siguen siendo estandarizados, de manera que si los conflictos que puedan tener las partes afectan a importantes y cruciales intereses para las empresas implicadas, siempre será mejor que sean ellas quienes se encarguen del contenido exacto de dichos contratos, aunque ello implique una mayor inversión de recursos tanto económicos como humanos⁷²⁷.

4. Contenido.

261. Aunque la Ley 5/2012 no dice nada respecto del contenido de las cláusulas de mediación, -tan sólo indica el sometimiento al procedimiento (art. 6.2 LM)-, sí que es más clara respecto de los contratos para mediar. Así, éstos incluirán la designación

sin perjuicio de cualquier otro proceso, intentar la solución de cualquier desavenencia que derive de este contrato o esté relacionada con él, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento ADR de la CCI. Por otra parte, la segunda sólo obliga a considerar dicho sometimiento. De modo que tampoco obliga a poner en marcha el ADR correspondiente, sino tan sólo a estudiar su viabilidad: En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a discutir y considerar, en primer lugar, el recurso al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. Por último, la tercera sí establece una auténtica obligación para las partes de acudir en caso de desavenencia, esto es, se configura como una verdadera cláusula de mediación -como la configurada en el art. 6.2 LM-: En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas al proceso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la CCI. A falta de resolución de las desavenencias según dicho Reglamento dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la demanda de ADR, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, éstas se considerarán liberadas de cualquier obligación derivada de esta cláusula.

En cuanto a estas cláusulas de ADR de la CCI, *vid. Guía del ADR...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34; K.P. BERGER, «Law and practice...», *loc. cit.*, págs. 4 a 6; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 116 a 119; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 163 a 163; D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Amicable means...», *loc. cit.*, págs. 93 y 94; D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Multi-tiered dispute resolution clauses in ICC arbitration», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 14, nº 1, Spring 2003, págs. 72 y 73; M. KALLIPETIS, S. RUTTLE, «Better Dispute Resolution-The Development and Practice of Mediation in the United Kingdom Between 1995 and 2005», en J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business...*, *op. cit.*, págs. 191 a 248; M. McILWRATH, J. SAVAGE, *International arbitration...*, *op. cit.*, págs. 85 a 87; P.M. WOLRICH, «ADR under...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 75 y 76; P.M. WOLRICH, «ADR under...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 237 y 238; B. WOLSKI, «Recent developments in international commercial dispute resolution: expanding the options», *Bond L. Rev.*, vol. 13, nº 2, 2001, págs. 14 y 15; B. WOLSKI, «New rules to facilitate the use of ADR in resolving international commercial disputes», *ADR Bull.*, vol. 5, nº 9, 2003, págs. 2 y 3.

⁷²⁷ *Vid. N. ALEXANDER, International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 171 y 172.

del mediador o la institución mediadora en la que se lleve a cabo la mediación, así como el lugar de su celebración y la lengua o lenguas de las actuaciones (art. 16.1.a) LM). En cualquier caso, tal y como se desprende de la propia Ley, la obligación principal y contenido esencial de ambas es la sumisión a la mediación, porque a excepción de lo dispuesto para los contratos para mediar, por otra parte reiterativo, los aspectos relativos a la organización del procedimiento se dejan para el contrato de mediación⁷²⁸. Derivada de tal obligación, y en tanto que las partes deberán participar al menos en la sesión constitutiva, también tienen la obligación de actuar entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10.2 LM)⁷²⁹.

262. A pesar de lo establecido en la Ley 5/2012, las cláusulas o los contratos para mediar pueden, y suelen, recoger más aspectos de los allí establecidos. Así, en cuanto a los conflictos objeto de mediación, aunque en el caso de los contratos para mediar sea obvia la posibilidad de concretizar la disputa exacta, también las cláusulas de mediación pueden dirigirse sólo a determinadas disputas de entre las que puedan surgir de una relación contractual. Además, las cláusulas de mediación, y en su caso los contratos para mediar, pueden incluir el modo y el tiempo en los que se desarrollará el procedimiento de mediación; los criterios para nombrar al mediador o mediadores y a otros participantes que pudieran intervenir en el procedimiento; el lugar de celebración, o al menos el procedimiento para determinarlo; el idioma a utilizar; la forma de concretar y repartir los costes; el derecho aplicable al procedimiento así como a la propia cláusula o contrato para mediar; y los tribunales del Estado que pueden conocer de los conflictos derivados de dichas relaciones contractuales. Sin olvidar que su

⁷²⁸ La obligación de participar en la mediación, -el efecto positivo-, al igual que ocurre con el arbitraje, debe ser considerada como la principal, es realmente el núcleo del contrato, mientras que la imposibilidad de acudir a los tribunales, -el efecto negativo- (art. 6.2 LM y art. 10.2 LM), que en este caso, además puede ser meramente temporal, se constituye como una mera consecuencia de la primera. Consecuencia de tal efecto negativo, es la regulación sobre la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad (art. 4 LM). Vid. A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, op. cit., págs. 87 y 88; P.A. LALIVE, «Problèmes relatifs a l'arbitrage international commercial», *RCADI*, vol. 120, 1967, págs. 589 y 590; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 94 y 95. En sentido contrario, S. AMRANI MEKKI, «La clause de conciliation», *ZZP Int.*, nº 14, 2009, pág. 85; S. AMRANI MEKKI, «La clause de conciliation», en AA.VV, *La médiation...*, op. cit., pág. 32.

⁷²⁹ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 225 a 233; M. BLANCO CARRASCO, «Artículo 10. Las partes en la mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 143 a 145.

contenido puede ser incorporado por referencia a una determinada institución dedicada a prestar tales servicios de administración de procedimientos de mediación⁷³⁰.

5. Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar: origen de las relaciones jurídicas entre las partes, el mediador y la institución.

263. Como se ha dicho anteriormente, las cláusulas de mediación y los contratos para mediar no obligan a la celebración del contrato de mediación, sino a intentar el citado método, esto es, a poner en marcha el procedimiento, al menos, hasta la sesión constitutiva, la cual puede finalizar perfectamente sin el citado contrato (art. 19.2 LM)⁷³¹. Sin embargo, para poder llegar a la sesión constitutiva, las partes han tenido que nombrar a un mediador, protagonista también de la misma, y en su caso, a una institución, la cual, a su vez, puede tener entre sus obligaciones la propia designación de un tercero. En definitiva, las cláusulas de mediación y los contratos para mediar implican una serie de relaciones jurídicas entre las partes, el mediador y la institución, que variarán dependiendo de si la mediación es *ad hoc* o institucional.

A) Mediación *ad hoc*.

264. Si la mediación es *ad hoc*, esto es, sin intervención institucional alguna, las partes deberán designar un mediador, para que el mismo realice, en su caso, la sesión informativa, y la consiguiente sesión constitutiva. Así se recoge expresamente en el caso de los contratos para mediar en el art. 16.1.a) LM. Una vez que el mediador acepta, lo habitual es que se firme una hoja de encargo profesional. En este sentido, la misma suele ser previa, o incluso simultánea a la sesión constitutiva. Si bien, el acta, o lo que es lo mismo, el propio contrato de mediación, hace perfecta prueba del arrendamiento de servicios contratado⁷³². En todo caso, lo más adecuado será su celebración con anterioridad a la propia sesión constitutiva, especialmente, si se tiene en cuenta los

⁷³⁰ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 173, 174 y 200; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 17 a 21.

⁷³¹ Vid. *supra*, pág. 227.

⁷³² Vid. E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Art. 19. Sesión constitutiva», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 229 y 230.

servicios prestados ya en la sesión informativa y la efectiva designación del tercero ya durante la sesión constitutiva.

B) Mediación institucional.

265. A pesar del supuesto descrito, la mediación más habitual, especialmente en el comercio internacional, será la institucional. Partiendo de esta base, puede ocurrir que, igualmente, las partes designen libremente al mediador, de manera que sólo encarguen a la institución labores de administración del procedimiento. En este caso, las partes contratan con ambos, de manera separada, un arrendamiento de servicios⁷³³. Sin embargo, lo más común es que la institución se encargue tanto de la designación del mediador como de los servicios de administración de la mediación. En este sentido, la relación jurídica entre las partes y la institución se constituye en un contrato mixto, conformado por el arrendamiento de los servicios de administración del procedimiento y por el contrato de mandato que supone la designación del tercero⁷³⁴. Así, una vez que el mediador acepte su designación, se procederá a la firma de la hoja de encargo entre él y las partes de la misma manera que el supuesto anterior, o en cualquier caso, del acta constitutiva.

⁷³³ Los servicios prestados por el tercero serán los propios del mediador, esto es, los dirigidos a informar sobre la mediación, y ya dentro del procedimiento propiamente dicho, a asistir a las partes para que éstas logren llegar a una solución para su conflicto. Por su parte, los servicios prestados por la institución serán sólo los de índole administrativa, principalmente, acreditar la recepción de la solicitud y custodiar los documentos que genere el procedimiento. En cuanto a esta estructura, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 234 y 235.

⁷³⁴ En este supuesto, a las labores meramente administrativas antes descritas, se suma la de designación del mediador. Esta última se constituye en un contrato de mandato, la institución se obliga a la labor de designación del mediador por cuenta o encargo de las partes. Prestación que, por tanto, consistirá en el desarrollo de una actividad jurídicamente relevante, que incidirá en los mandantes. *Vid.* L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, ..., *op. cit.*, págs. 420 y 421. Ambos, se fusionan en un contrato mixto al asumir diversas prestaciones pertenecientes a dos figuras contractuales, el arrendamiento de servicios y el mandato, todas ellas adquieren su sentido en una misma causa. A través de este contrato, la institución presta unos servicios a cambio de dinero, si bien, una de esas prestaciones, la designación del mediador, incidirá en la esfera jurídica de las partes. Además, dicha prestación se encarga a la institución, siendo propia de las partes, mientras que el resto de labores administrativas son propias de la institución (o del mediador en caso de mediación *ad hoc*), pero no de las partes. De forma similar a esta estructura, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 235 y 236.

En cuanto a los contratos mixtos, *vid.* L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, págs. 489 a 491; J.B. JORDANO BAREA, «Contratos mixtos y unión de contratos (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950)», *ADC*, 1951, págs. 327 a 339.

266. Esta configuración contractual debe ponerse en relación con el régimen de responsabilidad recogido en el art. 14 LM. En virtud de tal precepto, el mediador incurrirá en responsabilidad por los daños y perjuicios causados durante el cumplimiento de su encargo como consecuencia del contrato con las partes⁷³⁵. Asimismo, la institución incurrirá en responsabilidad contractual debido al incumplimiento de sus obligaciones, y además, las partes tendrán acción directa, no sólo contra el mediador, sino también contra la institución que designara a éste como consecuencia de los daños y perjuicios causados por él, y con independencia de las acciones de reembolso que la asistan contra el mismo⁷³⁶.

C) Unidad contractual versus pluralidad de contratos.

267. Como se puede observar, en tanto que las cláusulas de mediación y los contratos para mediar obligan a poner en marcha una mediación, los mismos implican la celebración de una serie de contratos posteriores, ya sea en su modalidad *ad hoc* o institucional⁷³⁷. Ante esta situación, la primera cuestión que surge es si se está ante una unidad contractual o ante una pluralidad de contratos, si bien, vinculados unos con otros. En otras palabras, si puede considerarse la existencia de una causa única, o un conjunto de causas, aunque conectadas entre sí⁷³⁸. En este sentido, lo cierto es que

⁷³⁵ En el art. 14 LM, a diferencia del Real Decreto-Ley anterior, no se recoge la referencia a la «mala fe, temeridad o dolo», de manera que se puede pensar en una responsabilidad que resulte sólo de la culpa del mediador, o incluso, en una responsabilidad objetiva que prescinda de ella o la suponga, *vid.* C. ROGEL VIDE, «Artículo 14. Responsabilidad de los mediadores», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 182 a 184.

En cuanto al art. 14 del Real Decreto-Ley sobre responsabilidad de los mediadores y las instituciones de mediación, *vid.* F. BENITO OSMA, «Reflexiones sobre el RD-Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en el seguro», *RES*, nº 149, 2012, pág. 107; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 146 a 149.

⁷³⁶ Es una acción de reembolso, no de resarcimiento, porque no se debe a los daños sufridos, sino al perjuicio patrimonial que le provoca dicha acción directa recogida en el art. 14 LM, la cual no se deriva de una responsabilidad solidaria de la institución por hechos propios, -culpa *in eligendo* o *in vigilando*-, sino que es una responsabilidad *in solidum* por hechos ajenos, los del mediador. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 314; C. ROGEL VIDE, «Artículo 14...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 184 a 188.

⁷³⁷ *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 374 y 375.

⁷³⁸ Aunque se han expuesto diversos criterios delimitadores de la pluralidad y la unidad contractual, y a pesar de la complejidad de la cuestión, la postura mayoritaria entiende que, en general, existe un único contrato si la causa es única, y una pluralidad, si concurren varias causas distintas y autónomas.

aunque todos persigan una mismo objetivo final que los une, como es poner en marcha el procedimiento de mediación, esto es, llegar al menos a la sesión constitutiva, cada una de las relaciones contractuales no pierde su propósito individual. Con la cláusula de mediación o contrato para mediar, las partes tienen como objetivo acudir a tal método para resolver sus conflictos, mientras que la finalidad de la relación contractual con la institución y con el mediador consiste en la de prestación de unos servicios a cambio de un precio.

268. Esta pluralidad se configura en el momento de la ejecución de las cláusulas o contratos para mediar. Nace a partir de ellos, porque sólo a partir de su existencia se celebra la relación con el mediador, o la relación con la institución y después con el mediador. Todas ellas conservan su autonomía, se distinguen unas de otras, pero a su vez, no pueden separarse de las demás. Tal y como se estructura la fase de pre-mediación, las cláusulas o contratos para mediar llevan a dichas relaciones contractuales con el mediador, y en su caso, con la institución, de modo que la existencia de ambas son consecuencia de la necesaria celebración de una cláusula de mediación o contrato para mediar. En este sentido, puede decirse que se constituyen en un grupo de contratos dependiente, donde los contratos con el mediador y con la institución no pueden existir sin una cláusula de mediación o contrato para mediar donde las partes expresen su voluntad de someterse a este procedimiento⁷³⁹.

En cuanto a la doctrina española, *vid.* M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil II. Derecho de las obligaciones*, 12ª ed., Madrid, 2004, págs. 419 a 429; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, pág. 209; J.B. JORDANO, «Contratos mixtos...», *loc. cit.*, págs. 334 a 339; A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág. 280.

En relación a la italiana, *vid.* N. GASPERONI, «Collegamento e connessione tra negozi», *RDCDGO*, nº 1, 1955, pág. 361; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, págs. 48 a 50; P. SENOFONTE, «In tema di negozi collegati», *Dir. Giur.*, 1960, pág. 276; A. VENDITTI, «Appunti in tema de negozi giuridici collegati», *Giust. Civ.*, nº 1, 1954, pág. 261.

Y la doctrina francesa, *vid.* B. TEYSSIÉ, *Les groupes des contrats*, Paris, 1975, págs. 33 y 36.

⁷³⁹ *A sensu contrario*, si la cláusula de mediación resultara nula, tampoco tendría razón de ser las relaciones contractuales con el mediador y la institución, porque las partes ya no estarían obligadas a iniciar el procedimiento de mediación. En este sentido, es necesario aclarar que aquella mediación institucional donde se le encargue a la institución la designación del mediador implicará otra relación contractual, entre las partes y el mediador, que también se incluye dentro de este grupo de contratos. De esta manera, también se entiende la acción directa otorgada en el art. 14 LM a las partes respecto de la institución por hechos ajenos, los realizados por el mediador. En cuanto a las diferentes clasificaciones de los grupos de contratos en las diversas doctrinas, *vid.* G.I. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, Madrid, 2009, págs. 227 a 307.

6. Competencia judicial internacional.

269. Los tribunales españoles pueden conocer casos relativos a estos contratos tanto por vía principal como incidental. En cuanto a la primera modalidad, lo más común es que las partes impugnen la validez o nulidad de una cláusula de mediación o contrato para mediar, o bien, reclamen indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de un incumplimiento contractual. En cualquier caso, la vía incidental también será muy habitual cuando una de las partes acuda a los órganos jurisdiccionales para resolver un conflicto, existiendo previo sometimiento de tal controversia a una cláusula de mediación. Ésta cláusula se dará a conocer por la parte contraria, que la hará valer a través de la declinatoria⁷⁴⁰.

A continuación se analizará aquellas cuestiones relativas a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en relación con las cláusulas de mediación y los contratos para mediar⁷⁴¹. Para ello, y en virtud del sistema de prelación de fuentes (arts. 96.1 CE y 21.1 LOPJ), se estudiará en primer lugar el Reglamento 44/2001, y finalmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁷⁴⁰ *Vid. infra*, págs. 305 a 312. Por otra parte, y a diferencia del arbitraje, no es necesario realizar un control judicial incidental de la validez de estos contratos con ocasión del *exequatur* del acuerdo de mediación, pues los mismos no obligan a llegar a dicho acuerdo. Aunque fueran nulos, las partes han consentido libremente en continuar el procedimiento de mediación hasta el final, y tal consentimiento no se deriva de los mismos, éstos sólo obligan a llegar a la sesión constitutiva. Lo mismo ocurre con la acción de nulidad del acuerdo de mediación (art. 23.4 LM). Dicha acción es sobre el citado acuerdo, pero no se controla incidentalmente las cláusulas de mediación o contratos para mediar, porque éstos no obligaban a la solución del conflicto. Por tanto, la nulidad derivará del propio acuerdo final. En cuanto a la irrelevancia de las cláusulas de mediación y contratos para mediar en referencia a este aspecto, *vid. B.L. STEELE*, «Enforcing international commercial mediation agreements as arbitral awards under The New York Convention», *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, pág. 1399.

⁷⁴¹ Como se ha visto en el epígrafe anterior, las cláusulas de mediación y contratos para mediar implican un grupo de contratos. En tanto que estos mantienen su individualidad, este apartado referido a la competencia judicial internacional sólo se centrará en las dos citadas relaciones contractuales, para el resto, se aplicará lo propio según la calificación dada a cada una de ellas. En cuanto al arrendamiento de servicios y el contrato de mandato, servirá lo dicho para el contrato de mediación, porque todos ellos deben calificarse como prestación de servicios. *vid. infra*, págs. 280 y 281. En cualquier caso, en tanto que mantienen una relación entre sí, se ha argumentado la posibilidad de utilizar, en el ámbito del art. 5.1 RBI, la regla de la accesoriedad, o el *locus solutionis* para concentrar aquellos litigios relativos a todos estos contratos, *vid. P. FRANZINA*, *La giurisdizione in materia contrattuale (l'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padova, 2006, págs. 365 a 370. En el supuesto que aquí se trata, el criterio de la accesoriedad será de difícil aplicación, porque son contratos con distintos sujetos cada uno de ellos, además de poder elaborarse en documentos y momentos diferentes. Sin embargo, y a pesar de que deberá estarse a cada caso concreto, todos ellos pueden llegar a tener un lugar común, que cumple con el principio de proximidad y previsibilidad, como es el lugar de la mediación, donde debe cumplirse la obligación de sometimiento de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, así como la prestación característica del mediador, y en su caso, de la institución.

A) Reglamento 44/2001.

270. A pesar de que el arbitraje es una materia excluida del Reglamento 44/2001, ello no implica que la mediación corra la misma suerte. Es cierto que el art. 6.4 DM, relativo a la validez extraterritorial de los acuerdos de mediación, no se refiere expresamente al Reglamento 44/2001, si bien, a este respecto, este instrumento es citado en el considerando 20 DM. Por otra parte, la exclusión del arbitraje es una excepción al ámbito de aplicación material del citado instrumento internacional (art. 1.2.d) RBI), y por tanto, sujeta a una interpretación restrictiva⁷⁴². Además, no se debe olvidar que su razón de ser se encuentra en la previa regulación del arbitraje privado internacional por diferentes convenios internacionales, aspecto del que carece la mediación internacional⁷⁴³.

Asimismo, si se tiene en cuenta la actual situación de la citada excepción de arbitraje, no tiene sentido que la mediación se considere igualmente excluida. En el citado ADR, no caben extremos que, respecto del arbitraje, se discuten, como la posibilidad de designación judicial de mediadores, o la asistencia judicial para la práctica de la prueba. Por otra parte, en aspectos que sí interesan a la mediación, los tribunales de los Estados miembros tienen competencia, incluso respecto del arbitraje, en virtud del propio Reglamento 44/2001. En efecto, los órganos jurisdiccionales pueden adoptar medidas provisionales o cautelares aunque el fondo de la controversia lo

⁷⁴² Aunque es una excepción al ámbito material, en un primer momento, se realizó una interpretación amplia de la misma. La STJCE, de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, C-190/89, *Rec.* 1991 – I, págs. 3894 a 3904 estableció que toda la materia de arbitraje, incluida la intervención de los tribunales en auxilio de la misma, estaba excluida. Por su parte, el art. 1.2.d) RBI bis sigue manteniendo la citada exclusión.

⁷⁴³ Cuando se elaboraba el Convenio de Bruselas, antecedente directo del Reglamento 44/2001, se entendió que el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros estaba ya cubierto satisfactoriamente con el Convenio de Nueva York. Además, se estaba preparando otro Convenio europeo relativo al arbitraje, el cual, también cubriría tal aspecto. A pesar de que el mismo no tuvo éxito, -entre otras razones porque sólo fue ratificado por Bélgica-, en 1978, cuando el Reino Unido e Irlanda se adhirieron al Convenio de Bruselas, se mantuvo tal exclusión, argumentada ya tan sólo en el Convenio de Nueva York, cuya existencia se consideraba suficiente. *Vid.* B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) N° 44/2001*, München, 2008, pág. 31; H. VAN HOUTTE, «Why not include arbitration in the Brussels jurisdiction Regulation?», *Arbitration Int'l*, vol. 21, n° 4, 2005, págs. 510 a 512.

conozca un tribunal arbitral⁷⁴⁴; y también pueden conocer de la validez del convenio arbitral en vía incidental como consecuencia de una declinatoria⁷⁴⁵.

En este sentido, quedarían por tratar otros dos puntos fundamentales. Por un lado, la impugnación por vía principal de las cláusulas de mediación o contratos para mediar, cuestión que tiene todo su sentido incluirla en el Reglamento 44/2001, en tanto que en la mediación no existe el principio *Kompetenz-Kompetenz*⁷⁴⁶. Y por otro, la propia impugnación del acuerdo de mediación y su validez extraterritorial, en cuanto al primero, es un mero contrato, objeto propio del Reglamento Roma I, que nada tiene que ver con los efectos y características del laudo arbitral; en cuanto al segundo, como se ha dicho anteriormente, no existen convenios internacionales como en el caso del arbitraje.

Por todo ello, y a pesar de que las primeras reacciones han sido considerar la inclusión de la mediación al Reglamento 44/2001 como poco recomendable por prematura, e incluso optar por un tratamiento completamente separado, se entiende que la misma debe recogerse dentro de su ámbito de aplicación material⁷⁴⁷. Por tanto, los tribunales españoles tendrán competencia judicial internacional para conocer de las cláusulas de mediación y contratos para mediar no sólo en vía incidental sino también principal.

271. El sistema de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001 se basa en: un foro general, el domicilio del demandado (art. 2 RBI); unos foros

⁷⁴⁴ Vid. STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, *Rec.* 1998 – I, págs. 7122 a 7140.

⁷⁴⁵ Vid. STJCE, de 10 de febrero de 2009, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, C-185/07, *Rec.* 2009 – I, págs. 686 a 700. En este sentido, el considerando 12 RBI bis clarifica la citada situación.

Para profundizar sobre dicha exclusión, *vid.* B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, págs. 31 a 40; P. ROGERSON, «Chapter I. Scope», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., Munich, 2012, págs. 68 a 72; H. VAN HOUTTE, «Why not include...», *loc. cit.*, págs. 509 a 521.

⁷⁴⁶ En cuanto al arbitraje, también puede existir control arbitral de la misma forma incidental, -*vid. infra*, págs. 312 a 316-, sin embargo, no en vía principal. El principio *Kompetenz-Kompetenz* significa que los árbitros tienen competencia para controlar su propia competencia, de ahí que puedan controlar la validez de una cláusula *med-arb* en tanto que excepción a su propia competencia, sin embargo, un tribunal arbitral nada tiene que decir respecto de la validez de tal cláusula en cuanto a la mediación se refiere, sino es para activar su propia competencia.

⁷⁴⁷ En cuanto a dichas reacciones, *vid.* B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, págs. 40 y 41; R. MORSE, «The substantive scope of application of Brussels I and Rome I: Jurisdiction clauses, arbitration clauses and ADR agreements», en J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of international contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, Oxford, New York, 2004, págs. 206 a 209.

especiales por razón de la materia (arts. 5 a 21 RBI); unos foros previstos para las materias objeto de competencias exclusivas (art. 22 RBI) y; un foro de sumisión expresa o tácita de las partes al tribunal (art. 23 y art. 24 RBI). Estos foros están jerarquizados, de modo que el foro general y los foros especiales ceden ante los foros exclusivos y los foros de sumisión expresa o tácita. Por otra parte, el foro de la sumisión cede ante los exclusivos⁷⁴⁸.

a) Foros exclusivos.

272. El art. 22 RBI recoge una lista de foros exclusivos sobre unas materias concretas, caracterizadas por su estrecha vinculación con la soberanía del Estado, por necesitar de una especial seguridad dentro del tráfico jurídico, así como por la conveniencia de hacer coincidir el *forum* y el *ius*. Sin embargo, ninguna de ellas se corresponde con las controversias que puedan surgir de una cláusula de mediación o contrato para mediar⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ El sistema de competencia judicial internacional en el nuevo Reglamento 1215/2012 no ha variado mucho, *vid. Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012. No se aprecian modificaciones particularmente significativas en las competencias exclusivas (art. 24 RBI bis). En cuanto a la sumisión expresa, ya no es necesario que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro, el art. 25 RBI bis se aplicará incluso si ninguna lo está. Además establece que la validez material de los acuerdos se regirá por la ley del Estado miembro designado, y declara la independencia de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato. El art. 5 RBI, ahora art. 7 RBI bis no sufre modificaciones en materia de contratos, tan sólo se suprime el apartado referido a alimentos, y se incluye un foro especial a favor del lugar de situación de los bienes culturales definidos en la *Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro*, *vid.* DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993. Para saber más, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La Ley*, nº 8013, 31 enero 2013, págs. 3 a 6.

⁷⁴⁹ Para profundizar sobre los foros exclusivos, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 196 a 207; M. CEDEÑO HERNÁN, «Los fueros exclusivos de competencia internacional (artículo 22 RB)», en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil europeo, vol. I*, Cizur Menor, 2011, págs. 185 a 212; L. DE LIMA PINHEIRO, «Section 6. Exclusive Jurisdiction», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries...*, *op. cit.*, págs. 413 a 435; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, 2008, págs. 299 a 302; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, 2011, págs. 70 a 72; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe*, Paris, 2010, págs. 91 a 113; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, págs. 89 a 91; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, págs. 255 a 272.

*b) Sumisión.**a') Sumisión expresa.*

273. Aunque nada se dice al respecto en el articulado de la Ley 5/2012, es altamente recomendable que las cláusulas de mediación y los contratos para mediar contengan, a su vez, cláusulas de sumisión a los tribunales de un Estado miembro para aquellas disputas derivadas de dichas relaciones contractuales. Las citadas cláusulas de sumisión pueden designar a los tribunales de un Estado distinto de los elegidos para las controversias derivadas del contrato principal. En todo caso, el aspecto más importante que las partes deben tener en cuenta es la elección de un Estado proclive a la mediación y en especial a estos contratos, en tanto que este ADR, y especialmente, las cuestiones jurídicas en torno a él, han sido recientemente recogidas por las distintas legislaciones y aplicadas por la jurisprudencia⁷⁵⁰.

274. La sumisión es un acuerdo por el que las partes designan el tribunal que va a dirimir las disputas surgidas de su relación jurídica de carácter internacional y contencioso, -en este caso concreto, las controversias derivadas de una cláusula de mediación o un contrato para mediar-. Asimismo, al menos una de las partes debe estar domiciliada en «territorio 44» y la elección ha debido ir dirigida a los tribunales de un Estado miembro (art. 23.1 RBI)⁷⁵¹.

275. El pacto de sumisión debe cumplir una serie de requisitos formales y de validez sustancial conforme al Reglamento 44/2001. En cuanto a los primeros, requisitos de forma *ad solemnitatem*, el art. 23.1 RBI establece que el pacto de sumisión debe haberse hecho por escrito, o verbalmente con confirmación escrita; o haberse celebrado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; o en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que fueran ampliamente conocidos y regularmente

⁷⁵⁰ Vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 449 y 450; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 27 a 30 y 88 a 96.

⁷⁵¹ En cuanto a la sumisión expresa, con el nuevo Reglamento 1215/2012, ya no es necesario que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado miembro, el art. 25 RBI bis se aplicará incluso si ninguna lo está.

observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. En cuanto a las exigencias de validez material, como se ha dicho, debe designar a un tribunal de un Estado miembro; no es necesario que exista un vínculo entre el litigio y el órgano jurisdiccional designado. Además, será nulo el acuerdo de sumisión relativo a litigios sobre materias objeto de foros exclusivos (art. 22 y art. 23.5 RBI); como también lo es el acuerdo que no concreta las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica de las partes, esto es, aquel acuerdo de sumisión global que no se circunscribe a ninguna relación jurídica concreta⁷⁵².

276. En cuanto a los efectos de estos pactos de sumisión, más allá de la *prorogatio y derogatorio fori* así como de los obligatorios en tanto que contrato, debe resaltarse que dichos acuerdos de elección de foro afectan exclusivamente a la relación jurídica de base, -efectos objetivos-, esto es, a las cláusulas de mediación y contratos para mediar, así como a las partes que lo suscribieron, -efectos *inter partes*-. En otras palabras, no afectarán a las consiguientes relaciones contractuales, ni a las partes de las mismas. Como ya se ha puesto de manifiesto, el grupo de los contratos que se inicia con las cláusulas de mediación y contratos para mediar, conservan su individualidad. Además, en ningún caso, se está ante un supuesto de contratos a favor de terceros, o tercero subrogado en la posición jurídica de una de las partes según la ley aplicable a dicha relación, supuestos éstos últimos donde se ha admitido la extensión de los pactos de sumisión⁷⁵³.

⁷⁵² Vid. STJCE, de 10 marzo 1992, *Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit*, C-214/89, Rec. 1992 -I, págs. 1769 a 1780.

⁷⁵³ En cuanto al alcance de las cláusulas de sumisión, vid. STJCE, de 14 julio 1983, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, C-20/82, Rec. 1983-I, págs. 617 a 625; STJCE, de 19 junio 1984, *Partenreederei ms. Tilly Russ y otro c. NV Haven & Vervoerbedrijf Nova y otro*, C-71/83, Rec. 1984-I, págs. 579 a 588; STJCE, de 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, C-387/98, Rec. 2000-I, págs. 9362 a 9378.

En relación al foro de sumisión expresa en general, vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 207 a 221; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, op. cit., págs. 303 a 312; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., págs. 72 a 77; F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, 2008; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, op. cit., págs. 116 a 151; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, op. cit., págs. 91 a 97; U. MAGNUS, «Section 7. Prorogation of Jurisdiction» en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries...*, op. cit., págs. 436 a 514; J.A. TOMÉ GARCÍA, P. GARCÍA-LUBÉN BARTHE, «La prórroga de la competencia internacional (artículos 23 y 24 RB)», en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil...*, op. cit., págs. 213 a 237; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994; M. VIRGÓS

b') Sumisión tácita.

277. También es posible que los tribunales españoles tengan competencia judicial internacional sobre un conflicto derivado de una cláusula de mediación o contrato para mediar en virtud del foro de sumisión tácita. Éste se producirá cuando el demandante interponga la demanda y el demandado conteste a la misma sin objetar la competencia del órgano jurisdiccional (art. 24 RBI). Su ámbito material es el mismo que para la sumisión expresa, pero no su ámbito personal, al no ser necesario que alguna de las partes esté domiciliada en un Estado miembro. Por el contrario, esta sumisión no existirá si el demandado comparece para impugnar la competencia del tribunal, que en el caso del Derecho español, se realizará a través de declinatoria⁷⁵⁴.

c) *Foro del domicilio del demandado.*

278. Este foro general permite interponer la demanda ante los tribunales del Estado donde el demandado tiene su domicilio (art. 2 RBI). Para ello el demandado debe estar domiciliado en un Estado miembro en el momento de la presentación de la demanda. El art. 59 RBI y el art. 60 RBI establecen los criterios para determinar el domicilio. Según la primera disposición, referida a las personas físicas, se aplicará la ley del Estado ante cuyos tribunales se haya interpuesto la demanda. En cuanto al segundo precepto, relativo a las personas jurídicas, se entenderán domiciliadas en el Estado

SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 280 a 301.

⁷⁵⁴ En relación a la sumisión tácita, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 224 a 227; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Section 7. Prorogation of Jurisdiction» en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries...*, op. cit., págs. 514 a 527; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, op. cit., págs. 312 a 314; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., págs. 77 a 79; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, op. cit., págs. 152 a 157; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, op. cit., págs. 97 y 98; J.A. TOMÉ GARCÍA, P. GARCÍA-LUBÉN BARTHE, «La prórroga...», *loc. cit.*, op. cit., págs. 237 a 242; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 304 a 307.

donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal⁷⁵⁵.

d) Foro especial en materia de contratos.

279. El foro especial en materia contractual (art. 5.1 RBI) constituye un foro de ataque, porque en defecto de sumisión expresa o tácita, otorga al demandante la facultad de accionar contra el demandado ante tribunales de un Estado distinto al de su domicilio. Este foro, como todos los especiales, se basa en el principio de proximidad, esto es, atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales del Estado con el que la controversia presenta un vínculo relevante. Además, no sólo determina el Estado cuyos órganos jurisdiccionales son competentes, sino también el concreto tribunal que territorialmente tiene competencia dentro del país correspondiente⁷⁵⁶.

280. En este caso, el art. 5.1 RBI designa como tribunal competente, en materia contractual, el del lugar donde deba ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. No obstante, establece dos presunciones que, salvo pacto en contrario de las partes, fijan el lugar de ejecución de las obligaciones: para los contratos de compraventa de mercaderías, el lugar donde según el contrato han sido o deban ser entregadas las mercancías y; para los contratos que impliquen una prestación de servicios, el lugar donde según el contrato hayan sido o deban ser prestados los servicios⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ En lo relativo a la aplicación del art. 59 y art. 60 RBI, *vid. supra*, nota nº 630.

En cuanto al foro del domicilio del demandado, *vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ, B. SÁNCHEZ LÓPEZ, «Fuero general de la competencia internacional: El domicilio del demandado (artículos 2, 3 y 4 RB)», en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, págs. 77 a 98; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 227 a 236; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, *op. cit.*, págs. 314 a 318; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, págs. 79 y 80; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 79 a 84; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, págs. 50 a 52; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 121 a 129; P. VLAS, «Section I General Provisions», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries...*, *op. cit.*, págs. 76 a 82.

⁷⁵⁶ En cuanto a los foros especiales por razón de la materia de forma general, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 236 y 237; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, *op. cit.*, pág. 327; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, págs. 80 y 81; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 131 a 134.

⁷⁵⁷ En cuanto al foro en material contractual, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 550 a 565; I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, M.

281. El concepto «materia contractual» es una noción autónoma y propia del Reglamento 44/2001, común para todos los Estados miembros y elaborada a través de la jurisprudencia del TJUE, y no por la remisión a Derechos nacionales. En este sentido, según los múltiples pronunciamientos del TJUE, se entiende que la «materia contractual» comprende los litigios derivados de un «compromiso libremente asumido por una parte frente a otra», entendiendo dicho compromiso en un sentido amplio⁷⁵⁸.

En este sentido, las cláusulas de mediación y los contratos para mediar se constituyen en relaciones contractuales donde las partes se han obligado libremente a poner en marcha el procedimiento de mediación, cuando nazca o surja el conflicto, actuando conforme a los principios de buena fe, lealtad y cooperación⁷⁵⁹. Lo

GARCÍA CASAS, «Fueros especiales de competencia internacional (I). Los fueros en materia contractual y extracontractual (artículos 5.1 y 5.3 RB)», en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil...*, op. cit., págs. 99 a 109; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., págs. 499 a 506; A. FONT I SEGURA, «La competencia de los tribunales españoles en material de contratos internacionales», *RJC*, nº 2, 2006, págs. 102 a 112; P. FRANZINA, *La giurisdizione...*, op. cit.; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, op. cit., págs. 162 a 209; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, op. cit., págs. 53 a 59; P. MANKOWSKI, «Section II Special Jurisdiction», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries...*, op. cit., págs. 88 a 211; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 141 a 157.

⁷⁵⁸ Vid. STJCE, de 22 de marzo de 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, Rec. 1983, págs. 265 a 271; STJCE, de 8 de marzo de 1988, *SPRL Arcado c. SA Haviland*, C-9/87, Rec. 1988, págs. 1551 a 1556; STJCE, de 27 de septiembre de 1988, *Athanasios Kalfelis c. Schröder y otros*, C-189/87, Rec. 1988, págs. 5579 a 5587; STJCE, de 17 de junio de 1992, *Jacob Handte et Cie GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992-I, págs. 3990 a 3996; STJCE, de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y otros*, C-51/97, Rec. 1998-I, págs. 6534 a 6551; STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Fonderie Oficien Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, C-334/00, Rec. 2002-I, págs. 7383 a 7396; STJCE, de 1 de octubre de 2002, *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel*, C-167/00, Rec. 2002-I, págs. 8126 a 8145; STJCE, de 5 de febrero de 2004, *Frau Hil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, Rec. 2004-I, págs. 1546 a 1557; STJCE, de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005-I, págs. 499 a 522. En especial, vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada 2009, págs. 167 a 175; P. FRANZINA, *La giurisdizione...* op. cit., págs. 177 a 231; J.I. PAREDES PÉREZ, «Algunas consideraciones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario», *REDI*, vol. LVIII, 2006, nº 1, págs. 319 a 324.

⁷⁵⁹ En este sentido, el art. 5.1 RBI también se aplicará a las relaciones contractuales entre las partes y la institución, y la de aquéllas con el mediador. Sin embargo, la acción directa que las partes pueden entablar contra la institución por actos ajenos a la misma y que sólo corresponden al mediador se tendrá que regir por el art. 5.3 RBI. La acción directa de un contratante contra un tercero está excluida del art. 5.1 RBI al no nacer de una relación contractual libremente asumida, sino que es *ex lege*. En este sentido, vid. STJCE, de 17 de junio de 1992, *Jacob Handte et Cie GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA (TMCS)*, C-26/91, Rec. 1992-I, págs. 3990 a 3996; STJCE, de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y otros*, C-51/97, Rec. 1998-I, págs. 6534 a 6551; STJCE, de 1 de octubre de 2002, *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel*, C-167/00, Rec. 2002-I, págs. 8126 a 8145; STJCE, de 5 febrero de 2004, *Frau Hil SA c. Assitalia SpA*, C-

fundamental no es la celebración propiamente dicha del contrato, sino la identificación de una obligación jurídica libremente consentida por las partes, ya que la competencia del tribunal se determina conforme al lugar de su cumplimiento. En este orden de ideas, es importante recalcar que las citadas relaciones contractuales no son meros tratos preliminares con el fin de celebrar el contrato de mediación, sino que realmente se constituyen en contratos donde las partes sí están obligadas a poner en marcha el procedimiento de mediación, de modo que la responsabilidad por su incumplimiento será contractual⁷⁶⁰.

282. En tanto que las cláusulas de mediación y contratos para mediar no pueden subsumirse en los contratos de compraventa de mercaderías ni en los de prestaciones de servicios, les será de aplicación el art. 5.1.a) RBI, en virtud de lo establecido por el art. 5.1.c) RBI⁷⁶¹. Según el citado apartado a) del art. 5.1 RBI, la obligación relevante es aquella que sirve de base a la demanda, por tanto, resulta necesario individualizar la obligación litigiosa y considerar por separado cada obligación⁷⁶². Dentro de las acciones comprendidas en el mismo, en cuanto a las cláusulas de mediación y contratos para mediar se refiere, las más habituales serán la acción de reclamación de daños y

265/02, *Rec.* 2004-I, págs. 1546 a 1557. Si bien, tal postura del TJCE en relación a la acción directa ha sido criticada, *vid.* J.I. PAREDES PÉREZ, «Algunas consideraciones...», *loc. cit.*, págs. 327 y 328.

En todos aquellos supuestos que no entran en el ámbito del art. 5.1 RBI, se aplicará el art. 5.3 RBI, *vid.* STJCE, de 22 de marzo de 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, *Rec.* 1983, págs. 265 a 271; STJCE, de 11 de julio de 2002, *Rudolf Gabriel*, C- 96/00, *Rec.*, 2002-I, págs. 6384 a 6406; STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Fonderie Oficien Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, C-334/00, *Rec.* 2002-I, págs. 7383 a 7396; STJCE, de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, *Rec.* 2005-I, págs. 499 a 522.

⁷⁶⁰ Aunque se incluyan las demandas basadas en precontratos o documentos contractuales concluidos con el objetivo de celebrar futuros contratos, la ruptura de meras negociaciones en orden a celebrar un contrato, -los tratos preliminares-, no se considera incluida. Se entiende que las partes no llegan a asumir ningún compromiso, de manera que dicha ruptura sólo genera responsabilidad extracontractual. *Vid.* STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, *Rec.* 2005-I, págs. 499 a 522. En este sentido, se ejemplifica que dentro del ámbito de aplicación del art. 5.1. a) RBI, se regulan los denominados *agreements to negotiate*, P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 194 y 195.

⁷⁶¹ En cuanto al apartado c) del art. 5.1 RBI, *vid.* P. FRANZINA, *La giurisdizione...*, *op. cit.*, págs. 331 a 334; P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 205 y 206.

⁷⁶² *Vid.* STJCE, de 6 de octubre de 1976, *A. De Bloss SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, C-14/76, *Rec.* 1976, págs. 519 a 525. En cuanto a esta importante sentencia y su posterior evolución, *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, *op. cit.*, págs. 181 a 183; G.A.L. DROZ, «Delendum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», *R. Dalloz*, vol. 41, 1997, chronique, págs. 351 a 356; I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *REDE*, nº 9, 2004, págs. 58 y 59; P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 196 y 197

perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación contractual, así como las acciones declarativas de validez, nulidad o inexistencia del contrato⁷⁶³.

En cuanto a la primera, normalmente la obligación incumplida será la relativa a acudir a mediación, si bien, también se puede impugnar la falta de buena fe, lealtad o cooperación que una de las partes haya tenido a la hora de iniciar el procedimiento. En este último caso, se entiende que efectivamente la mediación ya se ha iniciado, por tanto, ambas obligaciones difícilmente se impugnarán al mismo tiempo.

Por otro lado, en cuanto a los litigios donde se cuestione la propia existencia, validez o nulidad del contrato, debe tratarse, en primer lugar, un debate en torno a la propia aplicación del art. 5.1 RBI, porque si el contrato fuera nulo, inexistente o no vinculara a las partes, no se podría fundamentar la competencia en el mismo. En este sentido, debe distinguirse si tal pretensión se realiza en vía principal, o a título incidental.

En este último supuesto, el TJUE se ha pronunciado entendiendo que tal cuestión debe ser resuelta conforme a la ley aplicable que determine, en este caso, el RRI⁷⁶⁴. Otros autores, en cambio, defienden que el art. 5.1 RBI sólo exige la presencia de un contrato, pero no necesariamente válido, por tanto, si éste aparentemente existe, se estará ante «materia contractual». No debe realizarse un análisis sobre el fondo, de ello se encargará posteriormente la ley aplicable al supuesto. Por tanto, para las normas de competencia judicial internacional, bastará con una existencia *prima facie* del contrato, ya que las mismas sólo se encargan de canalizar la pretensión procesal del actor.

Por otro lado, si tal cuestión se planteara a título principal, también existe la misma discusión doctrinal, entre aquellos que defienden extender el pronunciamiento del TJUE a este supuesto, y los que entienden que debe ser considerada «materia

⁷⁶³ Vid. STJCE, de 4 de marzo de 1982, *Effer SpA c. Hans-Joachim Kantner*, C- 38/81, Rec. 1982, págs. 186 a 191; STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Fonderie Oficien Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, C-334/00, Rec. 2002-I, págs. 7383 a 7396; STJCE, de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005-I, págs. 499 a 522.

⁷⁶⁴ Vid. STJCE, de 4 de marzo de 1982, *Effer SpA c. Hans-Joachim Kantner*, C- 38/81, Rec. 1982, págs. 186 a 191; STJCE, de 17 de junio de 1992, *Jacob Handte et Cie GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992-I, págs. 3990 a 3996; STJCE, de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005-I, págs. 499 a 522.

contractual» sin mayores comprobaciones⁷⁶⁵. En caso de que resultara aplicable el citado precepto, se tendrá en cuenta la obligación de cuyo cumplimiento se quiere exonerar el actor, o la obligación de la que se quiere afirmar que el demandado está obligado a cumplir⁷⁶⁶. Para las cláusulas de mediación y contratos para mediar, cuando se cuestione su validez, existencia o nulidad, en la práctica totalidad de las ocasiones irá referida a la obligación relativa al inicio y sometimiento a un procedimiento de mediación.

283. Una vez individualizada la obligación que sirve de base a la demanda, deberá determinarse el lugar en el que hubiere sido o debiera ser cumplida la misma. Dicho lugar será el fijado conforme a la *Lex contractus*, la cual se concretará, en el caso de los tribunales españoles, así como del resto de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, salvo Dinamarca, conforme al RRI⁷⁶⁷.

284. El lugar donde se cumplirá las obligaciones antes mencionadas, esto es, el sometimiento a mediación y la actuación con lealtad y ánimo colaborador, será el lugar de la mediación. Atendiendo al protagonismo de la autonomía privada de las partes en la mediación, así como a la flexibilidad que caracteriza su procedimiento, debe tenerse en cuenta que los diferentes ordenamientos jurídicos otorgan plena libertad a las partes para designar el lugar de la mediación⁷⁶⁸. De modo que difícilmente dicho lugar estará

⁷⁶⁵ En cuanto a esta controversia, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, pág. 553.

⁷⁶⁶ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, pág. 146. Aunque la doctrina ha aportado diversas soluciones, ésta parece la más consistente, si bien, tampoco se salva de críticas. Se ha argumentado que la identificación de la obligación relevante implica el empleo de un criterio subjetivo, en efecto, el demandante tiene la posibilidad de mostrar dicha obligación en su demanda, a pesar de que reclame su validez o nulidad, sin embargo, dicha intención del actor puede ser difícil de materializar o probar, *vid.* P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 199 y 200.

⁷⁶⁷ En cuanto a la aplicación de la *Lex contractus*, *vid.* STJCE, de 6 de octubre de 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, C- 12/76, *Rec.* 1976, págs. 497 a 504; respecto de esta importante sentencia, *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, *op. cit.*, págs. 187 a 192; G.A.L. DROZ, «Delendum est forum...», *loc. cit.*, págs. 351 a 356; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 190 a 202; I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual...», *loc. cit.*, pág. 60; P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 200 a 203. Si bien, cabe la posibilidad, siempre que así lo permita el Derecho internacional privado del foro, de que las partes elijan otra ley aplicable a este extremo distinto de la ley aplicable al contrato, *vid.* P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 209. En cuanto a la ley aplicable a las cláusulas de mediación y contratos para mediar, *vid. infra*, págs. 262 a 274.

⁷⁶⁸ En cuanto a la previsión contractual expresa, se entiende que si dicho lugar se hubiera fijado fraudulentamente en relación con la elección del foro pero sin ningún vínculo efectivo con la realidad del contrato, el tribunal no será competente en virtud del art. 5.1 RBI, sino por sumisión expresa, y por tanto, cumpliendo sus requisitos (art. 23 RBI). *Vid.* STJCE, de 17 enero 1980, *Siegrfried Zelger c. Sebastiano*

fijado directamente por ley, al ser un extremo que, antes o una vez surgido el conflicto, las partes deben acordar. Conforme a la Ley española, uno de los contenidos mínimos de los contratos para mediar es el lugar de la mediación (art. 16.1 a) LM). Por su parte, nada se dice, respecto de este extremo en las cláusulas de mediación, si bien, ello no impide que las partes hagan lo propio. En todo caso, si se tiene en cuenta que normalmente son estandarizadas, existe la posibilidad de que el reglamento de la institución a la que se someten las partes tenga fijado un lugar, -aunque también puede darse el caso opuesto-.

285. Con este telón de fondo, cabe la posibilidad de no haberse fijado el lugar de la mediación en el contrato, de modo que si ni siquiera se puso en marcha el procedimiento, el citado lugar será completamente indeterminado, al depender por completo del acuerdo de voluntades de las partes. En definitiva, si el lugar de la mediación no estuviera fijado expresamente o por referencia en el contrato, en el caso de que la acción se refiriera al incumplimiento de la obligación por falta de sometimiento a mediación, no podrá aplicarse este foro en materia contractual. Por ello, sólo quedará aplicar el foro del domicilio del demandado (art. 2 RBI). En cambio, si las partes hubieran fijado el lugar de la mediación, indirectamente estarían precisando el tribunal competente conforme el art. 5.1 a) RBI. Ello no significa que se asimilen a las cláusulas de sumisión expresa (art. 23 RBI), son diferentes. De ahí que si ambas coexistieran en el contrato, prevalecería el foro de sumisión expresa sobre el foro en materia contractual⁷⁶⁹.

286. Por otro lado, en cuanto a la obligación consistente en una actuación leal y de cooperación por las partes, en tanto que el procedimiento de mediación ya se ha puesto en marcha, el lugar ha tenido que ser acordado por los contratantes. Los ordenamientos jurídicos estatales, en un correcto entendimiento de la figura de la

Salinitri, C-56/79, *Rec.*1980, págs. 65 a 69; STJCE, de 20 de febrero de 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG c. Les Gravières Rhénanes SARL*, C-106/95, *Rec.* 1997-I, págs. 932 a 946. En relación a esta última sentencia citada, *vid.* P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 208; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Algunas consideraciones respecto de los artículos 5.1 y 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-145, tomo 3, págs. 1 a 9.

⁷⁶⁹ *Vid.* STJCE, de 17 de enero de 1980, *Siegrfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*, C-56/79, *Rec.* 1980, págs. 65 a 69; STJCE, 20 de febrero de 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG c. Les Gravières Rhénanes SARL*, C-106/95, *Rec.* 1997-I, págs. 932 a 946. En cuanto a esta cuestión, *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, *op. cit.*, págs. 184 a 186; P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 207; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Algunas consideraciones...», *loc. cit.*, págs. 1 a 9.

mediación, normalmente considerarán, como lo hace la Ley española, que las partes elaboran la estructura de todo el procedimiento, porque son ellas las que quieren solucionar el conflicto por sí mismas. Todo ello comienza no sólo en una actitud de entendimiento durante la mediación propiamente dicha, sino también en su fase preparatoria. Por esta razón, tal y como se desprende de la Ley 5/2012, el acuerdo sobre el lugar de la mediación debe existir si las partes iniciaron el procedimiento, dentro del cual, se alega la falta de cumplimiento de la obligación de lealtad, cooperación y buena fe por alguna de las partes⁷⁷⁰.

B) Ley Orgánica del Poder Judicial.

287. Conforme al sistema de prelación de fuentes (art. 96.1 CE y art. 21 LOPJ), si no fuera aplicable ningún instrumento internacional, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se determina conforme al art. 22 LOPJ⁷⁷¹. La Ley Orgánica del Poder Judicial está inspirada en el Convenio de Bruselas, antecedente directo del Reglamento 44/2001, de ahí que los foros sean similares⁷⁷². La citada Ley se limita a indicar si los órganos jurisdiccionales españoles son competentes, esto es, tiene un carácter unilateral y atributivo, no distributivo como el Reglamento 44/2001. Por ello, la estructura jerárquica copiada no es tal, sino que los tribunales españoles podrán ser competentes por cualquiera de los foros contenidos en ella. En el supuesto aquí

⁷⁷⁰ Si se aplicara la Ley 5/2012, se entiende que dicha obligación se referirá a la sesión constitutiva, pues posteriormente el procedimiento se ordena conforme al contrato de mediación (art. 19 LM). Sin embargo, normalmente la obligación de actuación conforme a la buena fe es propia del procedimiento propiamente dicho.

⁷⁷¹ La Ley Orgánica del Poder Judicial será aplicable: cuando exista sumisión expresa y ninguna de las partes se encuentre domiciliada en un Estado miembro, o parte del Convenio de Lugano; cuando el domicilio del demandado se encuentre fuera del «territorio 44» o de un Estado parte del Convenio de Lugano, en cuanto al foro del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia. *Vid. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, vid. DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007.*

⁷⁷² Se ha criticado que la citada inspiración es más bien una copia del Convenio de Bruselas, de modo que tal técnica legisladora ha provocado una serie de defectos en la propia LOPJ: a) la copia por exceso: al hacer aplicables al ámbito del Derecho de la persona, familia y sucesiones, reglas diseñadas para casos patrimoniales, y por tanto, poco adecuadas para este tipo de situaciones; b) la copia defectuosa: el legislador no olvidó copiar ciertas normas de aplicación que resuelven delicados problemas derivados del funcionamiento de los foros y; c) la copia imposible: al intentar trasladar la estructura jerárquica de los foros del citado Convenio. *Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional vol. I..., op. cit., págs. 271 y 272.*

analizado podrán ser competentes por: sumisión, expresa o tácita, de las partes (art. 22.2 LOPJ); el foro del domicilio del demandado (art. 22.2 LOPJ); el foro especial en materia contractual (art. 22.3 LOPJ)⁷⁷³.

288. El art. 22.3 LOPJ tiene una única diferencia respecto del art. 5.1 RBI, en tanto que establece la competencia de los tribunales españoles cuando la obligación contractual incumplida haya nacido en España o cuando deba ser cumplida en este país. Por tanto, atribuye un mayor volumen de competencia que el art. 5.1 RBI. En cuanto al primer extremo, en los contratos entre ausentes se entenderá, salvo pacto en contrario, que el lugar de celebración es donde se hizo la oferta (art. 1262 Cc). En cuanto al segundo punto, este debe ser interpretado de la misma forma que el art. 5.1 a) RBI, porque, en definitiva, ambos proceden del mismo instrumento internacional, el Convenio de Bruselas⁷⁷⁴.

7. Ley aplicable: Reglamento Roma I.

289. La cuestión relativa al Derecho aplicable a las cláusulas y los contratos para mediar es de gran importancia práctica. No sólo para resolver litigios cuyo objeto principal sean dichas relaciones contractuales, sino especialmente cuando los tribunales quieran conocer sobre su validez como consecuencia de una declinatoria interpuesta por una de las partes, contra aquella que inició el proceso judicial en relación a un conflicto derivado de la relación contractual principal⁷⁷⁵.

⁷⁷³ Al igual que ocurría en el Reglamento 44/2001, en la Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco son de aplicación los foros exclusivos (art. 22.1 LOPJ) en relación con las cláusulas de mediación y contratos para mediar. En cuanto a la determinación del lugar de la mediación, *vid. supra*, nota nº 645.

⁷⁷⁴ En cuanto a los foros de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en especial, el art. 22.3 LOPJ, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 565 y 566; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, *op. cit.*, págs. 671 y 672; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, págs. 506 y 507; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

⁷⁷⁵ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 174 y 175. Aunque la eficacia de la declinatoria es discutida, se podrá exigir la responsabilidad contractual pertinentemente, *vid. infra*, pág. 312. Se habla principalmente de cláusulas, por ser los casos más habituales. No parece probable que las partes, una vez surgido el conflicto, pacten el sometimiento a mediación e inmediatamente después, una de ellas decida acudir a los tribunales. En cambio es más normal, que una de las partes, tras el nacimiento de la disputa, haya cambiado de idea respecto de la mediación a la que con anterioridad a la misma se había sometido.

290. La ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina con arreglo al Reglamento Roma I (art. 28 RRI y art. 29 RRI)⁷⁷⁶. Este Reglamento se constituye, por tanto, en el instrumento central dentro del ámbito contractual europeo. Obliga y se aplica a todos los Estados miembros, salvo Dinamarca⁷⁷⁷.

Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar, siempre y cuando impliquen un conflicto de leyes, se encuentran dentro del ámbito material del RRI (art.1)⁷⁷⁸. El RRI es aplicable a las «obligaciones contractuales», pero no señala la ley

⁷⁷⁶ Vid. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), vid. DOUE L 177, de 4 de julio de 2008. En cuanto al origen del Reglamento Roma I y su relación con su antecesor, el Convenio de Roma (CR) – Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980, vid BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993 –, vid. T. BALLARINO, «Il regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», CDT, 2009, vol. I, nº 1, págs. 5 a 18; P. FRANZINA, «Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», CDT, 2009, vol. I, nº 1, págs. 92 a 101; P. LAGARDE, «Introduction. Considérations de méthode», en N. BOSCHIERO (dir.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, págs. 3 a 12; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private international Law of obligations*, 3ª ed., London, 2009, págs. 3 a 46; L.G. RADICATI DI BROZOLO, F. SALERNO, «Verso un nuovo diritto internazionale private dei contratti in Europa», en P. FRANZINA (dir.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento Roma I*, Padova, 2006, págs. 1 a 8.

⁷⁷⁷ El Reglamento es de aplicación universal o efecto *erga omnes* (art. 2 RRI), esto es, los tribunales españoles, salvo para los contratos que no entren dentro de su ámbito de aplicación material, lo aplicarán siempre y en todo caso, desplazando por tanto al art. 10.5 Cc. Tampoco se aplica dicho instrumento para aquellos contratos que susciten cuestiones de Derecho interregional. Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., págs. 582 y 583; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Madrid, 2009, págs. 66 a 68; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., págs. 1 a 22, 37 a 51 y 145 a 161; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, op. cit., págs. 674 y 675; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., pág. 507; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, nº 6957, 30 mayo 2008, pág. 6; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *ELF*, vol. 2, 2008, pág. 62; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, op. cit., págs. 98 y 99; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, págs. 56 y 57.

⁷⁷⁸ Vid. G. PALAO MORENO, «Cross-border mediation...», loc. cit., op. cit., pág. 645. Se entiende que un contrato «implica conflicto de leyes» (art. 1.1 RRI) cuando existe al menos un elemento extranjero, - tesis del elemento extranjero-. No obstante, cabe la posibilidad de que las partes, en un contrato completamente interno, elijan una ley extranjera. En ese caso, el RRI se aplica, porque dicha elección ya es un elemento extranjero, si bien, para evitar el fraude de ley internacional, el art. 3.3 RRI establece que, en todo caso, no se impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas, o leyes de policía (art. 9 RRI) del Estado con el que el contrato está objetivamente vinculado. Solución similar se recoge en el art. 3.4 RRI para aquellos contratos objetivamente vinculados con la UE, cuya elección vaya dirigida a la ley de un tercer Estado Vid. N. BOSCHIERO, «I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla "conflicto involution" europea in materia contrattuale», en N. BOSCHIERO (dir.), *La nuova disciplina...*, op. cit., págs. 91 a 117; A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», CDT, vol. 1, nº 2, 2009, págs 77 a 79; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho*

aplicable a cada obligación contractual por separado, sino la ley aplicable a cada «contrato». La noción de contrato también es un concepto propio y autónomo. Se entiende por contrato, el «acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas». Por tanto, del contrato deben nacer obligaciones que vinculan a todas las partes entre sí, existiendo, a su vez, correspondencia entre las prestaciones debidas⁷⁷⁹. En efecto, tal y como se ha puesto anteriormente de relieve, las cláusulas de mediación y contratos para mediar son auténticas relaciones contractuales que generan obligaciones de la misma naturaleza, la obligación de ambas partes de someterse a mediación para resolver el conflicto surgido⁷⁸⁰. Por otra parte, es cierto que los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente están excluidos del RRI (art. 1.2.e)), sin embargo, éstos no se asemejan a las cláusulas de mediación ni a los contratos para mediar⁷⁸¹. Ni los convenios arbitrales, ni los acuerdos de elección de foro

Internacional vol. II..., op. cit., págs. 595 y 596, 615 a 618; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 107 a 112, 149 a 153; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., págs. 27 a 37 y 98 a 107; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., págs. 513 y 514; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», loc. cit., págs. 9 y 10; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», loc. cit., págs. 64 y 65; H. HEISS, «Party Autonomy», en F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law applicable to contractual obligations in Europe*, Munich, 2009, págs. 4 a 8; O. LANDO, P.A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CML Rev.*, vol. 45, n° 6, 2008, págs. 12 y 13; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, op. cit., págs. 159 a 166; S.C. SYMEONIDES, «Party autonomy in Rome I and II from a comparative perspective», en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and divergence in private international Law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Zürich, 2010, págs. 526 y 527; R. WAGNER, «Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)», *Iprax*, vol. 28, n° 5, 2008, pág. 380.

⁷⁷⁹ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., pág. 597; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 114 y 115; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., pág. 56.

⁷⁸⁰ No se consideran meros tratos preliminares (art.1.2 i) RRI), sino auténticos contratos, *vid. supra*, págs. 256 y 257. De ahí que se aplique este Reglamento, de lo contrario se consideraría extracontractual, aplicándose el Reglamento Roma II. En cuanto a la citada exclusión, *vid.* P. BERTOLI, «La definizione dell'ambito di applicazione del Regolamento Roma I: criteri generali e responsabilità precontrattuali», en N. BOSCHIERO (dir.), *La nuova disciplina...*, op. cit., págs. 235 a 246; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., pág. 592; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 102 a 104; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., pág. 26; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., pág. 510; S. FRANCO, «Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI Clunet*, 2009, pág. 46; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», loc. cit., pág. 5; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», loc. cit., pág. 64; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, op. cit., págs. 125 y 126; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I...*, op. cit., págs. 54 y 55.

tienen los mismos efectos que las cláusulas de mediación y los contratos para mediar. No se asemejan a ellos, y por tanto, no les son aplicables la misma normativa. La mediación no tiene la naturaleza mixta del arbitraje, es un método completamente privado, donde prima en todo momento la autonomía privada de las partes, de tal modo que son ellas las que logran llegar a un acuerdo por sí mismas, no es el tercero quien impone la resolución del conflicto⁷⁸². Además, ambos instrumentos de la UE, el Reglamento 44/2001 y el Reglamento Roma I, en sus ámbitos de aplicación, deben garantizar una coherencia mutua (considerando 7 RRI), de modo que la aplicación de uno, implica la del otro.

A) Ley aplicable al contrato.

291. La ley del contrato dota de fuerza vinculante al acuerdo de voluntades entre los contratantes y fija las condiciones para su existencia; señala qué pueden pactar válidamente las partes y qué no; proporciona su regulación a falta de previsión por las partes y; establece los criterios de interpretación del mismo⁷⁸³. En definitiva, la *Lex contractus* deberá determinarse y aplicarse, por ejemplo, cuando se plantean cuestiones en torno a los vicios del consentimiento y sus consecuencias; al lugar y momento de la celebración del contrato; la licitud de su objeto; su causa; sus efectos, su extinción etc⁷⁸⁴. En todo caso, existen determinados efectos que, por su relación con el contrato principal, -suspensión de los plazos de prescripción y caducidad-, así como por su

⁷⁸¹ En cuanto a la exclusión de los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, pág. 592; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 100 y 101; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, *op. cit.*, págs. 24 y 25; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pág. 508; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», *loc. cit.*, pág. 4; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», *loc. cit.*, pág. 64; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, *op. cit.*, págs. 111 a 116; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I...*, *op. cit.*, págs. 45 a 47.

⁷⁸² En este sentido, en relación a la exclusión del Derecho aplicable al convenio arbitral respecto de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 31 a 35.

⁷⁸³ *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, pág. 598.

⁷⁸⁴ En cuanto al alcance de la ley que rige el contrato, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 699 a 703; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 213 a 219; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, págs. 528 a 533.

conexión con el proceso, -imposibilidad de acudir a los tribunales, en su caso, suspensión del proceso judicial, y confidencialidad-, necesitan de un análisis más profundo y de ciertas precisiones en torno a esta cuestión de la ley aplicable⁷⁸⁵.

292. Las cláusulas para mediar o contratos de mediación se regirán por la ley elegida por las partes (art. 3 RRI). En defecto de dicha elección, se aplicará la ley del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos (art. 4.4 RRI), en tanto que estas relaciones contractuales no poseen prestación característica⁷⁸⁶.

a) Ley elegida por las partes.

293. La autonomía de la voluntad conflictual es el primer punto de conexión recogido en el RRI para determinar la ley aplicable al contrato⁷⁸⁷. De modo que la *Lex contractus* será, en primer lugar, la ley elegida por las partes. En virtud del art. 3 RRI, para que dicha elección sea válida, debe cumplir una serie de requisitos.

La elección, sea expresa o tácita, debe ser clara e inequívoca, cierta, y no presunta. En segundo lugar, la elección debe ir referida a una ley estatal, entendiendo por tal, una ley vigente en un Estado existente. Además, en tanto que la ley es elegida por acuerdo de las partes, el citado pacto de elección de ley debe ser válido⁷⁸⁸. Por lo

⁷⁸⁵ El citado análisis se realizará en el Capítulo V.

⁷⁸⁶ Vid. I. BACH, U.P. GRUBER, «Germany», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 167; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pág. 160; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 695 y 696.

⁷⁸⁷ Vid. S. LEIBLE, «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales», *CDT*, vol. 3, nº 1, 2011, págs. 214 a 233.

⁷⁸⁸ Las condiciones de validez del pacto de elección de ley se recogen en el propio RRI. En primer lugar, debe cumplir las condiciones de fondo establecidas en el art. 3 RRI, esto es, las condiciones en relación a la elección expresa o implícita de ley, la posible elección parcial, *-dépeçage-*, el posible cambio en el tiempo de la ley. A su vez, se exige que dicho pacto sea realizado entre las partes, de modo que la elección no puede ser realizada por un tercero. En segundo lugar, dicho pacto debe cumplir las condiciones de existencia y validez del consentimiento de las partes, esto es, no deben concurrir elementos como el error, dolo, violencia, intimidación; también deberán solventarse aquellos conflictos relativos a la existencia de propuestas y contrapropuestas que puedan haber afectado al consentimiento, así como el sometimiento o no a condiciones generales de contratación. Todas estas cuestiones se resolverán por la ley presuntamente elegida por las partes. También deberán cumplirse, a parte de las condiciones de forma del art. 3 RRI, aquellas otras recogidas, si existieran, en la ley designada por el art. 11 RRI. Finalmente, en cuanto a la capacidad de las partes, se aplicará, en el caso de los tribunales españoles, la ley nacional de cada parte (art. 9.1 Cc), sin perjuicio de la aplicación del art. 13 RRI. En cuanto a los citados tres requisitos relativos a la validez de la elección de ley, y el desarrollo de este último relativo al pacto de elección, *vid.* N. BOSCHIERO, «I limiti...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 67 a 73; A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», *loc. cit.*, págs. 52 a 75; A-L. CALVO

demás, los contratantes disponen de múltiples posibilidades a la hora de elegir la *Lex contractus*. En este sentido, pueden designar varias leyes aplicables a distintas partes del mismo contrato o elegir una ley aplicable sólo a una parte del contrato; elegir una ley estatal sin vinculación objetiva con el contrato o; realizar su elección antes, durante o posteriormente a la conclusión del mismo, e incluso, modificar la realizada con anterioridad⁷⁸⁹. En este sentido, la ley elegida por las partes puede establecerse en la propia cláusula de mediación, o recogerse en el contrato principal siempre y cuando se haga referencia a que dicha elección incluye en su ámbito a la citada cláusula⁷⁹⁰.

294. Distinta de la autonomía de la voluntad conflictual recogida en el art. 3 RRI, es la autonomía de la voluntad material, consistente en la referencia que realizan los contratos a determinadas normas. La llamada incorporación por referencia es muy habitual en la mediación institucional. A través de las cláusulas de mediación o contratos para mediar se incorporan las regulaciones que las instituciones realizan de su procedimiento de mediación. Tales reglamentaciones forman parte del contenido material de las citadas relaciones contractuales⁷⁹¹. En cualquier caso, a pesar del alto grado de estandarización en cuanto a su contenido debido a tales regulaciones, la determinación de la *Lex contractus* sigue siendo necesaria, especialmente, porque es ella quien establece los límites de la autonomía privada de las partes, y quien regula aquellos aspectos no recogidos por el propio contrato.

CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., págs. 602 a 615; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 125 a 147; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., págs. 59 a 72; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, op. cit., págs. 514 a 518; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», loc. cit., págs. 7 y 8; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», loc. cit., págs. 66 y 67; H. HEISS, «Party...», loc. cit., op. cit., págs. 1 a 4; F. MARELLA, «Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto», en N. BOSCHIERO (dir.), *La nuova disciplina...*, op. cit., págs. 15 a 32, 47 a 54, 60 a 65; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, op. cit., págs. 141 a 154; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I...*, op. cit., págs. 61 a 67; R. WAGNER, «Der Grundsatz...», loc. cit., págs. 378 a 380.

⁷⁸⁹ En cuanto a estos extremos, vid. A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I...», loc. cit., págs. 76 a 85; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., págs. 618 a 625; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 153 a 163; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., págs. 91 a 98 y 107 a 110; F. MARELLA, «Funzione ed oggetto...», loc. cit., op. cit., págs. 32 a 36, 57 y 58; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, op. cit., págs. 155 a 159.

⁷⁹⁰ Vid. H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, op. cit., págs. 450 y 451; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 123 y 124.

⁷⁹¹ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., págs. 625 a 627; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 164 a 167; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., págs. 72 a 91.

b) *Ley aplicable en defecto de elección.*

295. En tanto que el RRI emplea puntos de conexión en cascada o escalera, si las partes no hubieran realizado una elección de ley, o esta resultara inválida, el siguiente paso será acudir al art. 4 RRI, el cual contiene diferentes criterios para la determinación de la ley aplicable⁷⁹². En primer lugar, en el art. 4.1 RRI, se designa la *Lex contractus* en relación con ocho tipos de contratos, sin embargo, las cláusulas y los contratos para mediar no se pueden subsumir en ninguno de ellos⁷⁹³. Como no puede aplicarse tal criterio, habrá que acudir al art. 4.2 RRI, el cual exige la existencia de una prestación característica del contrato. Pues bien, las relaciones contractuales que aquí se estudian carecen de tal prestación. Ni consisten en el intercambio de una cosa o actividad por dinero; ni puede identificarse un «centro de gravedad» (considerando 19 RRI), esto es, no existe un contratante que deba realizar una prestación más compleja que otro, porque

⁷⁹² A pesar de la distinta formulación en la determinación de la ley aplicable en defecto de elección entre el art. 4 CR y el art. 4 RRI, debe llamarse la atención sobre la interpretación relativa al primero realizada por el TJCE, - STJCE, de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Interfrigo SC c. BalkenendeOosthuizen BV y otro*, C- 133/08, *Rec.*, 2009-I, págs. 9687 y ss.-, y su posible repercusión en la interpretación de éste último, en concreto, respecto de la pervivencia del principio de proximidad, y por tanto, de una diferencia entre ambos preceptos menor de la que, en un principio, parece. En este sentido, *vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I», *CDT*, 2011, vol. 3, n° 1, págs. 302 a 315; J. RE, «La Corte di giustizia e l'art. 4 della Convenzione di Roma: Il caso ICF», *RDIPP*, 2010, n° 2, págs. 407 a 436. En relación a la comparación entre el art. 4 CR y el art. 4 RRI, *vid.* F. FERRARI, «Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties 8art. 4 du règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 98, n° 3, 2009, págs. 459 a 482; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», *loc. cit.*, págs. 10 y 11; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», *loc. cit.*, pág. 67; H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigatio?», *JDI Clunet*, 2009, págs. 18 a 30; P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, vol. 95, n° 2, 2006, págs. 331 a 349; P. LAGARDE, A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 97, n° 4, 2008, págs. 738 a 742; O. LANDO, P.A. NIELSEN, «The Rome I...», *loc. cit.*, págs. 5 a 7; N. WILLEM VERNOOIJ, «Rome I: An update on the law applicable to contractual obligations in Europe», *Colum. J. Eur. L.*, vol. 15, 2009, págs. 73 a 75.

⁷⁹³ Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar no pueden incluirse dentro de los siguientes contratos (art. 4.1 RRI): a) contrato de compraventa de mercaderías; b) contrato de prestación de servicios; c) contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o arrendamiento de un inmueble; d) contrato de arrendamiento temporal para uso personal sobre un inmueble; e) contrato de franquicia; f) contrato de distribución; g) contrato de venta de bienes mediante subasta; h) contratos relativos a instrumentos financieros celebrados en mercados regulados.

en el caso de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, ambas partes tienen iguales obligaciones⁷⁹⁴.

296. Por todo ello, habrá que acudir al art. 4.4 RRI, el cual establece que, para aquellos contratos no subsumidos en los apartados 1 y 2, se aplicará la ley del país con el que la relación contractual presente los vínculos más estrechos, verificados a través del análisis de todas las circunstancias que rodeen el contrato. Teniendo en cuenta que en virtud de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, las partes acuerdan utilizar la mediación para resolver los conflictos surgidos de una relación jurídica principal, es probable que tales contratos presenten su vinculación más estrecha con el país cuya ley rige la citada relación principal⁷⁹⁵; y si ya se hubieran celebrado, también se podrá considerar la ley que rija el contrato de mediación, e incluso, el contrato con la institución de mediación, pues no se debe olvidar que todos ellos forman un grupo de contratos (considerando 21 RRI). En ese caso, el lugar de la mediación sería la conexión más lógica, si, además, ello se pone en relación con la aplicación del foro en materia contractual del Reglamento 44/2001⁷⁹⁶. Otra conexión a tener en cuenta, si la anterior no fuera útil, será la del Estado donde tengan su sede común los contratantes. En su

⁷⁹⁴ En cuanto al concepto de prestación característica, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 680 y 681; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 194 a 201; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, *op. cit.*, págs. 119 a 126; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, págs. 519 a 521; U. MAGNUS, «Article 4 Rome I Regulation», en F. FERRARI, S. LEIBLE, *Rome I Regulation...*, *op. cit.*, pág. 45; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...*, *op. cit.*, págs. 186 a 191. En relación a la inexistencia de prestación característica para estos contratos, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 138 y 139.

Este criterio ha sido criticado, entre otras razones, por no cubrir contratos como éstos, donde ninguna parte está obligada a pagar a la otra, y ambas tienen iguales obligaciones, *vid.* P. MANKOWSKI, «The principle of characteristic performance revisited yet again», en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and divergence...*, *op. cit.*, págs. 445 a 447.

⁷⁹⁵ En este sentido, *vid.* C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 113; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 159.

⁷⁹⁶ *Vid.* I. BACH, U.P. GRUBER, «Germany», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 167 y 168. Se entiende que la cláusula de mediación inserta en el contrato principal está más unida al mismo, en cambio, el contrato para mediar posterior al surgimiento del conflicto tiene una mayor relación con el contrato de mediación, pues pueden llegar a hacerse prácticamente de forma simultánea. En cualquier caso, y debido a la flexibilidad que caracteriza a la mediación, así como a su preparación, pueden darse muchas variantes, de modo que deberá analizarse cada caso. *Vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 138 a 151.

defecto, se podrán valorar otros datos como el país donde deba surtir efecto la mediación; o también el lugar de celebración del contrato⁷⁹⁷.

B) Otras cuestiones relativas a la Ley aplicable a las cláusulas de mediación y a los contratos para mediar.

a) Ley aplicable a los grupos de contratos.

297. Como se ha señalado anteriormente, junto con las cláusulas de mediación y contratos para mediar se unen una serie de relaciones contractuales, conformando todas ellas un grupo de contratos. En otras palabras, una pluralidad de relaciones contractuales que, a pesar de tener, en este caso, una relación de dependencia, siguen conservando su propia individualidad. Por esta razón, porque a pesar de sus vínculos, siguen conservando su propia causa, y porque cada uno de ellos puede tener diferentes contactos con diversos países, no es posible fijar una ley aplicable para todo el grupo. Por tanto, si las partes eligieran, de forma global, la ley aplicable al grupo de contratos, deberá considerarse que tal elección comprende tantas elecciones de Ley como contratos existan, en tanto que el RRI señala una ley aplicable para cada contrato. En cualquier caso, la vinculación entre los distintos contratos, como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, es un dato importante, porque puede, en compañía de otros elementos, hacer que, en defecto de elección, todos los contratos se sometan a una misma ley⁷⁹⁸.

b) Cláusulas de mediación y condiciones generales de la contratación.

298. En la contratación internacional actual es frecuente que aquellas empresas más fuertes celebren contratos-tipos imponiendo en ellos sus propias condiciones

⁷⁹⁷ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op. cit.*, pág. 160; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 695 y 696; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 138 y 139.

⁷⁹⁸ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 595, 704 y 705; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 114 y 221 a 223. Para el caso de los contratos de mediación, *vid. infra*, págs. 284 a 289.

generales de la contratación a la parte más débil. Dentro de las mismas puede recogerse, en efecto, una cláusula de mediación. Partiendo de que ambos contratantes son profesionales, esto es, que no se está en el ámbito del consumo, no se aplicará el art. 3 RDLCDGU⁷⁹⁹, sino la ley que rijan el contrato principal conforme al RRI. En definitiva, las condiciones generales de la contratación, y por ende, la cláusula de mediación, se aplicarán al contrato si éste se remite a las mismas, y siempre que no exista duda sobre el consentimiento de ambas partes sobre dichas condiciones conforme a la ley aplicable al contrato principal⁸⁰⁰.

c) Disponibilidad de la materia objeto de conflicto.

299. Por su parte, especial mención debe realizarse en lo referido a la ley aplicable a la materia objeto del conflicto sometido a mediación, la cual debe ser disponible por las partes. Al igual que se ha producido en el arbitraje, podrían surgir ciertas posturas discrepantes respecto de esta cuestión. Sobre la base de los Convenios internacionales, se ha defendido la aplicación de la ley del lugar del arbitraje; también se puede partir de la idea consistente en entender que el objeto de la mediación es una condición de validez de la cláusula de mediación o del contrato para mediar, de manera que se tendría en cuenta la ley aplicable al fondo de la cláusula de mediación o contrato para mediar. O incluso, se ha admitido que la citada cuestión de la disponibilidad o no de la materia objeto de conflicto es una restricción a la capacidad legal derivada de la propia naturaleza del litigio, de modo que debiera aplicarse la ley relativa al fondo del litigio⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ Vid. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, vid. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁸⁰⁰ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., pág. 705; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 223 a 225; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, op. cit., pág. 688.

⁸⁰¹ En cuanto a este debate respecto del arbitraje, vid. E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, págs. 181 a 192; A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, op. cit., págs. 747 y 748; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio...*, op. cit., págs. 1778 a 1781; C. ESPLUGUES MOTA, «Art. 9. Forma y contenido del convenio arbitral», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., págs. 408 a 411; M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, op. cit., pág. 64; M. REQUEJO ISIDRO, «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», *RCEA*, 1995, págs. 57 a 59.

300. En cuanto a las cláusulas de mediación y contratos para mediar se refiere, es indiscutible que la disponibilidad o no de la materia objeto del conflicto es una condición de validez de los mismos, y por tanto, debe regirse por la ley aplicable a dichas relaciones contractuales. Debe ser la citada ley la que decida si el conflicto puede ser objeto de mediación, pues dicho objeto, así como el propio inicio del procedimiento, dependen y son efecto de las cláusulas de mediación y contratos para mediar. Dicha postura, también ha sido la elegida por el art. 9.6 LA, si bien, la misma favorece su validez al incluir puntos de conexión alternativos relativos a la ley elegida por las partes para regular el convenio arbitral, la ley aplicable al fondo de la controversia, o el Derecho español. Por tanto, aunque la mediación siga el mismo criterio, éste es más restrictivo, lo que dificulta su validez por razón de la disponibilidad de la controversia.

301. En cualquier caso, la regulación de este extremo en sede contractual, no debe confundirse con lo dispuesto por la Ley 5/2012. Las cláusulas de mediación y contratos para mediar, así como la disponibilidad o no de la materia objeto de controversia, se regulan por la ley que determine el RRI. Extremo que es distinto a la ley aplicable al procedimiento de mediación.

Así, si la ley aplicable al procedimiento de mediación es la Ley 5/2012, la disponibilidad del conflicto volverá a ser analizado. Para que esta ley rijan el procedimiento de mediación, la materia objeto del conflicto debe ser disponible, esto es, es uno de los extremos que conforman su ámbito de aplicación material. Para comprobar tal aspecto, el art. 2.1 LM, siguiendo el art. 1.2 y el considerando 10 DM, opta por la aplicación de la ley reguladora del fondo de la controversia⁸⁰². Por tanto, criterio diferente al utilizado para la validez de las cláusulas de mediación y contratos para mediar.

302. En conclusión, si se parte de la situación descrita, puede ocurrir que la cuestión de la disponibilidad de la controversia deba pasar diferentes *filtros*, esto es, considerarse disponible conforme a distintas leyes, porque los criterios antes descritos no son alternativos, -como en el art. 9.6 LA-, sino cumulativos. Todo ello puede dificultar la operatividad de la mediación. Por tal razón, dicha cuestión debiera adoptar, al menos, la misma estructura que la recogida en el citado precepto, el cual plasma implícitamente lo que realmente ocurre en la práctica arbitral, es decir, la toma en

⁸⁰² Vid. *supra*, págs. 197 y 198.

consideración de los diferentes intereses de las partes y ordenamientos en juego⁸⁰³. En este sentido, si la ley reguladora de la cláusula de mediación o contrato para mediar entendiera que dichas figuras contractuales no son válidas debido a la indisponibilidad de la materia objeto de conflicto, y en cambio, la ley que rige el fondo de la controversia les concediera eficacia, parece más conveniente optar por aceptar dicha validez, y por tanto, el carácter disponible de la materia conforme a la ley aplicable al fondo. Al fin y al cabo, ésta es la ley empleada en relación al procedimiento de mediación (art. 2.1.I LM); al otorgamiento del carácter ejecutivo del acuerdo de mediación (art. 25.2 LM); así como también es el criterio seguido en relación a la propia ley aplicable a los acuerdos de mediación⁸⁰⁴.

C) Ley aplicable a la forma.

303. La ley aplicable a la forma de las cláusulas de mediación y contratos para mediar queda regulada en el art. 11 RRI⁸⁰⁵. Según esta disposición, un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentran en un mismo país en el momento de su celebración será formalmente válido si reúne las condiciones de forma previstas, bien en la ley que rige el fondo del contrato conforme al propio RRI, bien en la ley del Estado en cuyo territorio se ha celebrado (art. 11.1 RRI). Dicho precepto, con estas dos conexiones alternativas, se inspira claramente en el principio *favor negotii*.

304. Inspirado en el mismo principio, el art. 11.2 RRI establece que el contrato celebrado entre personas o representantes que se encuentren en distintos países en el momento de su celebración será válido en relación a la forma si reúne los requisitos formales recogidos, bien en la ley que rige el fondo en virtud del RRI, bien en la ley de cualquiera de los países en que se encuentren cualquiera de las partes o sus representantes en el momento de la celebración; bien en la ley del país en que

⁸⁰³ Vid. M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, op. cit., pág. 64. Práctica permitida a su vez, si se aplica el *Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961*, vid. BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975, en adelante CG. Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio...*, op. cit., pág. 1780.

⁸⁰⁴ Vid. *infra*, págs. 360 y 361.

⁸⁰⁵ Vid. A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 151 y 152.

cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento, conexión especialmente diseñada para los contratos electrónicos⁸⁰⁶.

D) Ley aplicable a la capacidad de las partes.

305. La capacidad de las partes para concluir un contrato es una cuestión excluida del ámbito material de aplicación del RRI, tanto para las personas físicas (art. 1.2 a)), como para las personas jurídicas (art. 1.2 f)). Por ello, se deberá acudir a las normas de producción interna para determinar su ley aplicable (art. 96. 1 CE). En este sentido, según el art. 9.1 Cc la ley que rige la capacidad contractual de la persona física es su ley nacional, igual solución se otorga para las personas jurídicas conforme al art. 9.11.I Cc.

306. Esta regla general tiene una excepción, la denominada «excepción del interés nacional», recogida en el art. 13 RRI. Según esta disposición, en el caso de contratos entre sujetos que se encuentran en el mismo país, una persona física que sería capaz para contratar según la ley del Estado donde se encuentra, sólo puede invocar su incapacidad derivada de la ley extranjera que regula su capacidad, si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte, persona física o jurídica, hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ En cuanto a la ley aplicable a la forma en el RRI, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 719 a 722; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 245 a 248; J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental...*, *op. cit.*, pág. 688; O. LANDO, P.A. NIELSEN, «The Rome I...», *loc. cit.*, pág. 12; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I...*, *op. cit.*, págs. 103 a 105.

⁸⁰⁷ En los casos no contemplados por el art. 13 RRI, rige el art. 10.8 Cc, el cual recoge la misma excepción aunque con unos presupuestos diferentes. Declara que serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviere reconocida en la legislación española. Exceptuándose de su aplicación, los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero.

En cuanto a la ley aplicable a la capacidad contractual, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 722 a 726; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 248 a 253; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I...*, *op. cit.*, págs. 101 y 102.

En relación a la «excepción del interés nacional», *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, «La técnica normativa de la doctrina del interés nacional», *REDI*, 1978-1979, vol. XXXI, págs. 111 a 137; A-L. CALVO CARAVACA, «La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación», *ADC*, 1981, vol. XXXIV, págs. 85 a 107; A-L. CALVO CARAVACA, «La excepción del interés nacional», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, vol. II, 5ª ed. revisada, Madrid, 1993, págs. 94 a 99 y 137; A-L. CALVO CARAVACA, «Artículo 10.8», en M.

IV. LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN.

307. Los contratos de mediación también son fundamentales para el procedimiento de mediación. Por ello, este epígrafe se encarga de estudiar todos aquellos aspectos que configuran la citada figura contractual, especialmente, aquellos relativos a su dimensión transfronteriza.

1. Concepto.

308. Los contratos de mediación se encargan de fijar los derechos y obligaciones de las partes y del mediador o mediadores durante el procedimiento de la mediación. En virtud de los contratos de mediación, el tercero o terceros se obligan a prestar los servicios de información, orientación y asistencia en orden a producir el acercamiento de las partes, premisa para que las mismas lleguen a un acuerdo, a cambio, éstas se obligan a retribuir tales servicios. Por tanto, los contratos de mediación tienen una función diferente a la establecida para las cláusulas y contratos para mediar, su finalidad principal es regular el procedimiento de mediación en tanto que marco donde va a prestar el servicio el mediador, esto es, donde se definen las relaciones entre éste y las partes⁸⁰⁸.

2. Naturaleza jurídica.

309. El contrato de mediación se define a través de una serie de características⁸⁰⁹. Así, en primer lugar, se entiende que es un contrato típico en tanto que

ALBALADEJO, S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 2, Artículos 8 a 16 del Código civil, Madrid, 1995, págs. 710 a 728.

⁸⁰⁸ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 209 y 210; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, pág. 159; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pág. 160. Normalmente suele realizar una hoja de encargo profesional previa donde constan los términos de contratación de los arrendamientos de servicios, si bien, no es imprescindible porque el acta hace perfecta prueba del mismo, *vid.* E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Art. 19...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 229 y 230.

⁸⁰⁹ En general, sobre las mismas, *vid.* M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación empresarial», *RDP*, diciembre 2000, pág. 972; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 163 a 169; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como

se identifica con el acta de la sesión constitutiva regulada en el art. 19 LM. Además, debe considerarse un contrato consensual, por perfeccionarse con el simple acuerdo de voluntades entre las partes. Por otra parte, aunque se hable de contrato bilateral, en tanto que produce obligaciones recíprocas entre el mediador, de un lado, y las partes, de otro, la doctrina también ha añadido la posibilidad de calificar el contrato como plurilateral, al existir prestaciones que no sólo vinculan a las partes con el mediador, sino también a las partes entre sí, y al mediador con cada una de ellas, como es el caso de la obligación de confidencialidad. Es un contrato oneroso donde las partes pagan los honorarios del mediador a cambio de que éste preste sus servicios⁸¹⁰. También se ha dicho que es personalísimo, en tanto que las partes y el mediador deben asistir personalmente a todas las sesiones que componen la mediación.

310. Asimismo, se exige su constancia por escrito cuando el art. 19.2 LM establece que el acta *será firmada tanto por las partes como por el mediador*, si bien, tal requisito no significa que se configure como elemento esencial del contrato, esto es, como requisito *ad solemnitatem*⁸¹¹. En otras palabras, el contrato de mediación debe considerarse consensual en tanto que se perfecciona por el mero consentimiento, sin que el requisito formal afecte a su validez. Si bien, ello no obsta para que dicha exigencia suponga un presupuesto para su eficacia, de manera que las partes *podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma* (art. 1279 Cc). En cuanto a la citada eficacia, ésta no se refiere a las prestaciones propias del contrato, porque si el contrato es válido, cualquiera que sea la forma, las partes están obligadas a llevar a cabo tales prestaciones,

alternativa...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 39 y 40; F. DE LA TORRE OLID, «El contrato de mediación familiar. Aspectos relevantes desde su positivización por la Ley Balear 18/2006», *Diario La Ley*, nº 6765, 25 julio 2007, págs. 3 a 17; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 463 a 472; G. PALAO, «La mediación familiar...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 80 y 81; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Art. 19...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 230 y 231.

⁸¹⁰ En la mediación comercial internacional, tales costes serán asumidos por las partes, si bien, en otros ámbitos, el precio por los servicios del tercero pueden ser asumidos por el Estado o por otras organizaciones o asociaciones. En cuanto a la diferencia entre mediación privada y pública, *vid. supra*, pág. 192.

⁸¹¹ De forma general se entiende que la exigencia de un elemento formal sólo se constituye como presupuesto de validez en algunos negocios jurídicos pertenecientes al Derecho de familia, y en el ámbito de las obligaciones contractuales, aquellos de carácter gratuito, *vid.* L.F. REGLERO CAMPOS, «Artículos 1278 y 1279», en M. ALBALADEJO, S. DIAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Tomo XVII, Vol. 1-B, Artículos 1261 a 1280 del Código civil*, Madrid, 1993, págs. 690 a 730.

sino que se refiere a sus efectos⁸¹². En el caso del contrato de mediación, sirve para acreditar que el procedimiento de mediación está en marcha, de manera que si una de las partes acude a los tribunales, la contraria puede, con el contrato escrito, obtener la protección de la declinatoria. También sirve para solicitar la formalización del acuerdo final como título ejecutivo. Del mismo modo, y en cuanto a su esfera negativa se refiere, su no plasmación en un documento, supone reanudar el cómputo de los plazos de caducidad y prescripción⁸¹³.

3. Contenido.

311. El art. 19.1 LM recoge minuciosamente el contenido mínimo de los contratos de mediación, sin perjuicio de que muchos de ellos pudieron haber sido acordados en la cláusula o en el contrato para mediar previo⁸¹⁴. En este sentido, aunque no se diga expresamente, también pueden recoger otros puntos, como las modalidades de comunicación, o la regulación en torno a aquellas personas que pueden participar en la mediación, que no sean el propio tercero y las partes⁸¹⁵.

En virtud de este contrato, el mediador o mediadores se obligan a prestar los servicios de información, orientación y asistencia en orden a producir el acercamiento de las partes, premisa para que las mismas lleguen a un acuerdo (art. 13.1 LM y art. 13.2

⁸¹² Vid. L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, vol. II,...*, op. cit., págs. 47 y 48; L.F. REGLERO CAMPOS, «Artículos...», loc. cit., op. cit., págs. 730 a 740. En cuanto al convenio arbitral, con el que guarda cierta similitud, vid. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor, 2010, págs. 40 a 48.

⁸¹³ Si bien, también se produciría tal efecto si se recogiera en el acta que la mediación se ha intentado sin efecto (art. 19.2 LM). En cuanto al valor positivo y negativo del acta constitutivo de mediación, vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 409 y 410.

⁸¹⁴ Los aspectos que debe recoger el contrato de mediación según el art. 19.1 LM son: a) identificación de las partes, -en el caso de personas jurídicas, se tratará de identificar las personas físicas que las representan-; b) designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación; c) el objeto del conflicto; d) el programa de actuaciones y la duración máxima del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; e) coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; f) declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de las obligaciones derivadas de ella y; g) lugar y lengua del procedimiento. Sobre los citados puntos que conforman el contenido del contrato de mediación, tal y como los enumera el art. 19.1 LM, vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 403 a 409.

⁸¹⁵ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 212 y 213; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, op. cit., págs. 293 a 298.

LM)⁸¹⁶. Tal servicio deberá ser prestado por un profesional (art. 11 LM) conforme a una serie de principios de obligado cumplimiento⁸¹⁷. En este sentido, el tercero debe mantener el equilibrio y la igualdad entre las partes (art. 7 LM); debe ser neutral (art. 8 LM); imparcial (art. 7 LM, art. 13.4 LM y art.13.5 LM); y debe cumplir con su obligación de confidencialidad (art. 9 LM)⁸¹⁸. De lo contrario, podrá exigírsele la debida responsabilidad (art. 14 LM)⁸¹⁹. Por otra parte, el mediador o mediadores tendrán el derecho de renunciar a desarrollar la mediación (art. 13.3 LM)⁸²⁰; de dar por terminada la mediación cuando exista justificación (art. 22.1 LM)⁸²¹; y también de solicitar la provisión de fondos correspondiente, de manera que si las partes no la realizaran en plazo, podrán dar la mediación por concluida, así como de percibir los honorarios que correspondan (art. 15.1 y art. 15.2 LM)⁸²².

312. Por otro lado, las partes, al igual que en las cláusulas de mediación y los contratos para mediar, siguen teniendo la obligación de actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo entre sí (art. 10.2 LM); así como de asistir personalmente a las sesiones y colaborar con el propio mediador en orden a que puedan llegar a un acuerdo (art. 10.3 LM)⁸²³. Además, también estarán obligados a cumplir el principio de confidencialidad (art. 9 LM)⁸²⁴; a realizar la provisión de fondos

⁸¹⁶ En relación a esta disposición, *vid.* C. ROGEL VIDE, «Artículo 13...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 173 a 178. La Ley 5/2012, en tanto que describe las orientaciones básicas del procedimiento, recoge numerosas manifestaciones de tal obligación: en la sesión informativa (art. 17 LM); en la constitutiva (art. 19 LM); durante el desarrollo de las actuaciones (art. 21 LM); terminación del procedimiento (art. 22 LM). Esta última obligación relativa a la terminación de la mediación se recoge en numerosas regulaciones, entre ellas, en el art. 11 LMCCI, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 224. La obligación de información y asistencia del mediador se recoge también en los arts. 6, 7 y 8 LMCCI. En cuanto a la misma, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 191 a 199.

⁸¹⁷ En cuanto a las cuestiones relativas a la profesión de mediador, *vid. supra*, nota nº 592.

⁸¹⁸ *Vid. supra*, págs. 187 y 188.

⁸¹⁹ En cuanto al art. 14 LM, *vid. supra*, págs. 245 y 246.

⁸²⁰ *Vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 152 a 154; C. ROGEL VIDE, «Artículo 13...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 175.

⁸²¹ *Vid.* S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 266 a 268. La Ley Modelo recoge esta modalidad de terminación en el art. 11 b).

⁸²² En cuanto al coste de la mediación, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 322 a 336; I. ESPÍN ALBA, «Artículo 15. Coste de la mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 189 a 199; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 62 a 68 y 154 a 160.

⁸²³ *Vid. supra*, págs. 188 y 189.

⁸²⁴ *Vid. supra*, págs. 187 y 188.

correspondiente, y a pagar el coste de la mediación cuando ésta haya finalizado (art. 15.1 LM y art. 15.2 LM)⁸²⁵. Asimismo, tienen derecho a elegir a un mediador o mediadores que actúen conforme a los principios citados (art. 16 LM y art. 19 LM) así como a rechazarlo (art. 22.1 LM)⁸²⁶; a acceder a determinada documentación (art. 21.3 LM)⁸²⁷; a desistir del procedimiento cuando lo deseen (art. 22.1 LM)⁸²⁸; conocer con carácter previo al inicio del procedimiento propiamente dicho, el coste del mismo (art. 19 LM)⁸²⁹.

4. Competencia judicial internacional.

313. Los contratos de mediación se encargan de ordenar el procedimiento de mediación propiamente dicho, marco donde se prestarán los servicios del mediador a cambio de los cuales, las partes se comprometen a pagar un precio. Por tanto, no son estos contratos los que obligan a iniciar una mediación, ni tampoco afectarán al acuerdo final, o al *exequatur* que se pueda solicitar del mismo, porque tanto las partes como el mediador pueden abandonar el procedimiento en cualquier momento, de modo que tal acuerdo no es producto de una obligación impuesta por el citado contrato. Por todo ello, generalmente los tribunales españoles conocerán de los litigios derivados de estos contratos en vía principal.

⁸²⁵ Vid. *supra*, nota nº 822. En cuanto a este deber de las partes, vid. A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 199 a 202.

⁸²⁶ Vid. A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 152 a 154; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», loc. cit., op. cit., págs. 268 y 269.

⁸²⁷ Vid. E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 21. Desarrollo de las actuaciones de mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 257 a 260.

⁸²⁸ Vid. S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», loc. cit., op. cit., págs. 262 a 265.

⁸²⁹ En cuanto al contenido del contrato en general, vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, op. cit., págs. 161 a 163; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., págs. 472 a 478.

A) Reglamento 44/2001.

314. Al igual que ocurre con las cláusulas de mediación y contratos para mediar, los contratos de mediación deben considerarse comprendidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001.

a) Consideraciones en torno a los foros exclusivos, la sumisión expresa, la sumisión tácita y el foro del domicilio del demandado.

315. El tratamiento de los contratos de mediación en relación con los foros exclusivos (art. 22 RBI), la sumisión expresa y tácita (art. 23 RBI y art. 24 RBI), y el foro del domicilio del demandado (art. 2 RBI) es similar al indicado respecto de las cláusulas de mediación y contratos para mediar. Estos contratos no pueden subsumirse en ninguna de las materias que conforman los foros exclusivos. Por su parte, en cuanto a la sumisión expresa, también resulta conveniente incluir dentro de estos contratos una cláusula de sumisión de los tribunales de un Estado, especialmente de un país que favorezca la mediación⁸³⁰. Finalmente, la sumisión tácita y el foro del domicilio del demandado también podrán ser de aplicación conforme a las indicaciones dadas para las cláusulas de mediación y contratos para mediar⁸³¹.

b) Foro especial en materia de contratos.

316. Los contratos de mediación también se subsumen en el art. 5.1 RBI⁸³². Éstos entran dentro del concepto «materia contractual», porque a través de ellos las partes se obligan libremente a pagar un precio por los servicios que el mediador también se obliga libremente a prestar⁸³³.

⁸³⁰ Vid. A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 202 y 203.

⁸³¹ En cuanto a los citados foros de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001 para las cláusulas de mediación y contratos para mediar, *vid. supra*, págs. 251 a 255.

⁸³² En cuanto a los foros especiales por razón de la materia de forma general, *vid. supra*, nota nº 756.

⁸³³ En cuanto al concepto de «materia contractual», *vid. supra*, págs. 256 y 257.

317. El contrato de mediación en Derecho español, a pesar de sus similitudes con el de arrendamiento de servicios, no es una especie dentro del último, sino que es un contrato típico⁸³⁴. Sin embargo, dicha calificación no es la misma en Derecho internacional privado, y más en concreto en el Reglamento 44/2001. El art. 5.1. b) II RBI utiliza el concepto de «contrato de prestación de servicios», una noción también autónoma y propia del Reglamento, caracterizada, asimismo, por su amplitud⁸³⁵. Los contratos de mediación en tanto que tienen como objetivo principal la actividad llevada a cabo por el mediador, en concreto, una obligación de hacer, normalmente, a título oneroso, queda subsumido dentro de tal concepto⁸³⁶.

318. En este sentido, en virtud del art. 5.1. b) II RBI, la competencia se determina conforme al lugar donde deba cumplirse la prestación característica del contrato, aun cuando ésta no sea la obligación incumplida. En otras palabras, los tribunales españoles serán competentes para conocer de los litigios derivados del

⁸³⁴ Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., pág. 472. En cuanto a la naturaleza jurídica otorgada por otros países europeos, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 210 a 212.

⁸³⁵ Su fundamento se encuentra en la propia estructura del art. 5.1 RBI, cuyo objetivo es evitar, en la mayor medida de lo posible, que el lugar de ejecución de la obligación deba determinarse por el art. 5.1c) RBI, inciso más complicado, y lograr así la precisión del lugar de ejecución del modo más automático posible, esto es, sin tener que acudir a la *Lex contractus*. En este sentido incluye contratos con obligaciones de medios; de resultado; de dar; de hacer; de no hacer; a título oneroso, gratuito o lucrativo; también los que comportan la obligación de poner a disposición una cosa, como el préstamo, pero no aquellos que consisten en la transmisión de la propiedad de la cosa. En todo caso, no podrá entenderse que prestación de servicios es todo aquello que no puede subsumirse en el concepto de compraventa de mercancías, ello no tendría sentido si se tiene en cuenta la existencia del art. 5.1 c) RBI.

En cuanto al concepto y definición de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001, vid. P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I», *JDI Clunet*, 2008, págs. 682 a 717; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., pág. 560; M.P. CANEDO ARRILLAGA, «Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim: Asunto C-381/08): Los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001», *CDT*, vol. 3, n° 1, 2011, págs. 263 a 269; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., págs. 206 a 209; I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, M. GARCÍA CASAS, «Fueros especiales...», loc. cit., op. cit., pág. 108; P. FRANZINA, *La giurisprudizione...*, op. cit., págs. 301 a 321; P. FRANZINA, «Struttura e funzionamento del foro europeo Della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Word Floor della Corte di Giustizia», *RDIPP*, n° 3, 2010, págs. 655 a 665; I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual...», loc. cit., pág. 70; J.-M. JACQUET, «Note a Sents. Cour Cass. France, 23 janvier 2007, 27 mars 2007, 14 novembre 2007, 5 mars 2008», *JDI Clunet*, 2008, págs. 525 a 528; P. MANKOWSKI, «Section II Special...», loc. cit., op. cit., págs. 153 a 159; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 153 y 154.

⁸³⁶ Como se ha dicho más arriba, el contrato de mediación suele definirse como plurilateral, porque genera obligaciones entre las partes y el mediador, pero también entre ellas mismas. En este sentido, debe procederse a una calificación según la finalidad del propio contrato, la cual es la prestación del servicio por parte del mediador. En este sentido, vid. G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», loc. cit., op. cit., pág. 664.

contrato de mediación, si el lugar donde el mediador presta sus servicios, esto es, si el lugar de la mediación se encuentra en España. El lugar de la prestación es un dato fáctico, no jurídico. En otras palabras, será el acordado por las partes, no el determinado por la *Lex contractus*⁸³⁷. Asimismo, si las partes hubieran pactado el lugar, pero la

⁸³⁷ Si las partes no hubieran acordado el lugar, se entiende que de las circunstancias que rodean el contrato, el mismo podrá ser determinado. Aunque se ha discutido sobre la posibilidad de utilizar, de forma excepcional y subsidiaria, -si el anterior criterio no diera una solución-, el derecho uniforme, o incluso las normas de conflicto, lo cierto es que no parece lo más adecuado, ello supondría romper con la propia finalidad del apartado b), para retornar al a), desfigurando aquel por completo. Por tanto, sólo cabrá inferir el citado lugar de las circunstancias del contrato, criterio ya utilizado por el TJUE en un caso referido a compraventa de mercancías, *vid. STJUE*, de 25 de febrero de 2010, *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl*, C-381/08, *Rec.* 2010-I, págs. 1255 y ss., y criticado por la doctrina, *vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional vol. II..., op. cit.*, págs. 562 y 563.

En cuanto a esta cuestión, *vid. M.P. CANEDO ARRILLAGA*, «Notas breves...», *loc. cit.*, págs. 263 a 269; *P. FRANZINA*, «Struttura e funzionamento...», *loc. cit.*, págs. 665 a 670; *I. HEREDIA CERVANTES*, «El nuevo foro contractual...», *loc. cit.*, págs. 77 a 79; *J.-M. JACQUET*, «Note a Sents...», *loc. cit.*, págs. 529 y 530; *P. MANKOWSKI*, «Section II Special...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 159 a 167; *M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho procesal civil internacional..., op. cit.*, pág. 155.

Por otro lado, si las partes hubieran acordado distintos lugares para llevar a cabo la mediación, el primer criterio a aplicar es localizar aquel lugar de la prestación del servicio considerado como principal. Este es el utilizado por el propio TJUE, *vid. STJCE*, de 3 de mayo de 2007, *Color Drack GMBH c. Lexx International Vertriebs GMBH*, C-386/05, *Rec.*, 2007-I, págs. 3227 a 3740; *STJCE*, de 9 de julio de 2009, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, C-204/08, *Rec.*, 2009-I, págs. 6073 y ss.; *STJUE*, de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silvia Trade SA*, C-19/09, *Rec.*, 2010-I, págs. 2161 a 2176; *P. MANKOWSKI*, «Section II Special...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 181 a 184.

Sin embargo, también puede darse la imposibilidad de señalar un lugar de prestación del servicio principal. En este caso, se han propuesto diversas soluciones, *vid. P. FRANZINA*, «Struttura e funzionamento...», *loc. cit.*, págs. 670 a 676; *P. MANKOWSKI*, «Section II Special...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 184 a 189: a) si la prestación ya se produjo, será dicho lugar de cumplimiento efectivo de la prestación, segundo criterio utilizado por el TJUE, en la *STJUE*, de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silvia Trade SA*, C-19/09, *Rec.*, 2010-I, págs. 2161 a 2176; b) dejar que cualquier lugar donde se haya prestado uno de los servicios sea suficiente para aplicar el art. 5.1. b) II y dar competencia al tribunal para cualquier litigio que surja del contrato, *vid. I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, M. GARCÍA CASAS*, «Fueros especiales...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 108 y 109; *M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho procesal civil internacional..., op. cit.*, págs. 155 y 156; criterio seguido por el TJCE para el caso de compraventa de mercancías, *vid. STJCE*, de 3 de mayo de 2007, *Color Drack GMBH c. Lexx International Vertriebs GMBH*, C-386/05, *Rec.*, 2007-I, págs. 3227 a 3740; para el caso de transporte aéreo de personas de un Estado miembro a otro Estado miembro, *vid. STJCE*, de 9 de julio de 2009, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, C-204/08, *Rec.*, 2009-I, págs. 6073 y ss.; c) presumir que ese lugar será el del centro de actividad principal del prestador, y si fuera persona física, el de su residencia habitual, tercer criterio utilizado por el TJUE en el caso de un contrato de agencia, en *STJUE*, de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silvia Trade SA*, C-19/09, *Rec.*, 2010-I, págs. 2161 a 2176; d) volver al art. 5.1 a) en aplicación del art. 5.1 b); e) entender que, aunque el art. 5.1 b) II RBI fuera aplicable, como no puede determinar ningún tribunal como competente, al existir una pluralidad, no sólo queda desactivado el citado precepto, sino también el art. 5.1 a) RBI en relación con el art. 5.1 c) RBI, *vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional vol. II..., op. cit.*, págs. 561 y 563; así lo declaró el TJCE para el caso de obligaciones de no hacer, *vid. STJCE*, de 19 de febrero de 2002, *Besix S.A. c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG*, C-256/2000, *Rec.*, 2002-I, págs. 1718 a

prestación de servicios se hubiera llevado a cabo en otro sitio, éste deberá prevalecer sobre el primero⁸³⁸.

319. Sin embargo, hay supuestos donde no va a ser posible la aplicación del art. 5.1 b) II RBI, de manera que se acudirá a la solución de la ley aplicable al contrato recogida en el art. 5.1 a) RBI. En concreto, si no se fija el lugar de la mediación en el contrato; si han acordado la no aplicación del citado precepto para que les sea aplicable el lugar de la obligación concreta incumplida⁸³⁹; si el lugar de la mediación pactado se localizara fuera del «territorio 44»⁸⁴⁰.

Es difícil que se produzca el primero de los supuestos en el contrato de mediación. En general, el lugar donde la misma se va a celebrar es uno de los contenidos preceptivos del contrato, las partes, en primer término, necesitan ponerse de acuerdo acerca del lugar de la mediación, sitio donde el mediador también esté dispuesto a prestar sus servicios, de lo contrario, seguramente ni el propio contrato se celebre, ni el procedimiento de mediación propiamente dicho pueda llegar a desarrollarse. En efecto, esto es lo que se deduce de la Ley española, en concreto del art. 19 LM. Sin embargo, también se ha expuesto ya el carácter reiterativo y formal de esta disposición, de modo que es perfectamente normal que las partes y el mediador hayan podido firmar con anterioridad dicho contrato.

320. En todo caso, si tuviera que aplicarse el art. 5.1.a) RBI, y la acción se refiriera a la obligación de prestar el servicio por el mediador, como normalmente los ordenamientos jurídicos nacionales dejan total libertad a las partes para determinar el lugar de la mediación, sin fijar nada más al respecto, ocurrirá lo mismo que con las cláusulas de mediación y contratos para mediar. Por otra parte, si las causas de la no aplicación del art. 5.1.b) RBI fueran por fijar el lugar de la mediación fuera del «territorio 44», o simplemente por la no determinación por las partes de dicho lugar teniendo en cuenta que la misma no se ha producido, se llegará a la no aplicación del art. 5.1 RBI, quedando sólo la posibilidad del foro del domicilio del demandado (art. 2

1735; en contra P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 185 y 186; f) otorgar a cada tribunal competencia, si es el del lugar de la obligación en cuestión.

⁸³⁸ Vid. P. MANKOWSKI, «Section II Special...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 167 y 168.

⁸³⁹ En cuanto a este supuesto, *vid.* I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual...», *loc. cit.*, págs. 72 a 77.

⁸⁴⁰ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 562 y 563.

RBI). El supuesto será diferente si la obligación a la que se refiere la demanda fuera la de pago, en ese caso, la *Lex contractus* suele concretar la misma.

B) Ley Orgánica del Poder Judicial.

321. Tal y como se indicó para las cláusulas de mediación y contratos para mediar, la Ley Orgánica del Poder Judicial se aplicará en defecto de instrumento internacional (art. 96.1 CE y art. 21 LOPJ). Asimismo, los tribunales españoles podrán tener competencia judicial internacional en virtud de cualquiera de estos foros: sumisión expresa o tácita de las partes (art. 22.2 LOPJ); domicilio del demandado (art. 22.2 LOPJ) y; foro especial en materia contractual (art. 22.3 LOPJ)⁸⁴¹.

5. Ley aplicable: Reglamento Roma I.

322. Como ya se apuntó en relación con las cláusulas de mediación y contratos para mediar, la ley aplicable a los contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 se determina con arreglo al Reglamento Roma I (art. 28 y art. 29 RRI). En este sentido, los contratos de mediación, siempre y cuando impliquen un conflicto de leyes, se encuentran dentro del ámbito material del RRI (art.1)⁸⁴². En efecto, tal y como se ha indicado, son auténticas relaciones contractuales que generan obligaciones de la misma naturaleza. En general, la obligación para el mediador de prestar sus servicios, y a cambio, la obligación de pago de las partes.

⁸⁴¹ Al igual que ocurría en el Reglamento 44/2001, en la Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco son de aplicación los foros exclusivos en relación con las cláusulas de mediación y contratos para mediar. En cuanto a la citada Ley, y en especial el art. 22.3 LOPJ, *vid. supra*, págs. 261 y 262.

⁸⁴² En cuanto al aspecto internacional de los contratos en el RRI, *vid. supra*, nota nº 778. En especial para los contratos de mediación, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «The law applicable to international mediation contracts», *InDret*, nº 1, 2011, pág. 6; G. PALAO MORENO, «Cross-border mediation...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 645.

A) Ley aplicable al contrato.

323. Al igual que ocurre en las cláusulas de mediación y contratos para mediar, en los contratos de mediación la estandarización de su contenido, debido a las regulaciones de las instituciones, está muy extendida. Ello no obsta para que la determinación de la *Lex contractus* siga siendo necesaria, concretamente, porque es ella quien establece los límites de la autonomía privada de las partes, y quien regula aquellos aspectos no recogidos por el propio contrato⁸⁴³.

Teniendo en cuenta tal contexto, en primer lugar, el contrato de mediación se registrará por la ley elegida por las partes en virtud del art. 3 RRI. Y en su defecto, se aplicará la ley del país de la residencia habitual del mediador, por ser el prestador de servicios (art. 4.1 b) RRI). En cuanto a la ley aplicable a la forma, y a la capacidad de las partes, se reitera lo dicho en el caso de las cláusulas de mediación y contratos para mediar⁸⁴⁴.

a) Ley elegida por las partes.

324. El contrato de mediación se registrará, en primer lugar, por la ley elegida por las partes (art. 3 RRI). Tal elección deberá cumplir las mismas condiciones y requisitos de validez analizados anteriormente para las cláusulas de mediación y contratos para mediar⁸⁴⁵. Sin duda, la ley elegida por las partes, será «la mejor Ley» y la que conlleve unos costes conflictuales menores. En este sentido, es frecuente la elección de la ley que regula el fondo del conflicto, si bien también puede ser cualquier otra⁸⁴⁶. En todo caso, también cabe la posibilidad de que las partes no realizaran tal elección⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Por ejemplo, si la obligación de pago de las partes al mediador es mancomunada o solidaria, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «The law applicable...», *loc. cit.*, pág. 5.

⁸⁴⁴ *Vid. supra*, págs. 273 y 274. En cuanto a la ley aplicable a este contrato, cuando estaba en vigor el Convenio de Roma, *vid.* G. PALAO, «La mediación familiar...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 80 a 84; y respecto del Reglamento Roma I, *vid.* G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 666 y 667.

⁸⁴⁵ *Vid. supra*, págs. 266 y 267.

⁸⁴⁶ *Vid.* G. LIGHTMAN, «International commercial mediation», www.gemme.eu

⁸⁴⁷ En cuanto a la elección de ley para los contratos de mediación, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 215 a 217.

b) Ley aplicable en defecto de elección.

325. Teniendo en cuenta que el RRI recoge una serie de puntos de conexión en cascada o escalera, cuando el contrato carezca de una cláusula de elección de ley aplicable, o dicho pacto fuera inválido conforme al art. 3 RRI, se deberá acudir, en primer término, al art. 4.1 RRI. Este precepto determina la ley aplicable a ocho tipos diferentes de contratos, entre los que se encuentra el contrato de prestación de servicios (art. 4.1.b) RRI).

326. El concepto de contrato de prestación de servicios del Reglamento Roma I es el mismo que el del Reglamento 44/2001, así lo establece el propio considerando 17 del RRI. Por tanto, es una noción amplia, de perfil económico, y en la cual se engloba, igualmente y por las mismas razones que en el Reglamento 44/2001, el contrato de mediación⁸⁴⁸. Por todo ello, el contrato de mediación debe subsumirse en el art. 4.1.b) RRI, y en consecuencia, la ley aplicable será la del país donde tenga su residencia habitual el prestador del servicio, esto es, el mediador⁸⁴⁹. Éste es necesariamente persona física, de modo que se considerará residencia habitual el lugar del establecimiento principal de dicha persona (art. 19.1.II RRI).

327. En principio, la ley de la residencia habitual del prestador del servicio será una ley previsible para las partes, efectivamente vinculada con el litigio. Sin embargo, puede haber casos donde dicha conexión sea meramente aparente. El propio

⁸⁴⁸ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., pág. 643; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, op. cit., págs. 181 a 183; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, op. cit., pág. 130; J.M. FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal*, Madrid, 2010, págs. 72 a 82; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», loc. cit., pág. 11; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», loc. cit., pág. 68; U. MAGNUS, «Article 4...», loc. cit., op. cit., págs. 37 y 38; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I...*, op. cit., págs. 77 y 78; U. VILLANI, «La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti», en N. BOSCHIERO (dir.), *La nuova disciplina...*, op. cit., págs. 167 a 169; R. WAGNER, «Der Grundsatz...», loc. cit., pág. 383. En cuanto al concepto de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001, válido por tanto para el RRI, vid. STJUE, de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, Rec., 2009-I, págs. 3327 y ss.

⁸⁴⁹ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 160; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, op. cit., pág. 696; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 217 a 219; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «The law applicable...», loc. cit., pág. 8.

Reglamento Roma I recoge una solución para estos casos. En este sentido, si el contrato de mediación presentara vínculos manifiestamente más estrechos con un Estado distinto cuya ley es designada por el art. 4.1.b) RRI, se aplicará la ley de ese otro país (art. 4.3 RRI). En cualquier caso, esta cláusula de excepción debe aplicarse sólo cuando la vinculación de la ley del Estado designada, en este caso, por el art. 4.1.b) RRI sea una conexión puramente formal, de modo que la conexión con ese otro país presente vínculos «manifiestamente más estrechos». Además, dicha vinculación debe ser clara, esto es, perceptible por cualquier persona, sin mayores indagaciones. En definitiva, partiendo de su naturaleza excepcional, se busca que si finalmente se decide su aplicación, la misma no resulte sorpresiva para las partes, sino todo lo contrario⁸⁵⁰.

328. En el caso del contrato de mediación, pudiera ocurrir que el lugar donde el mediador tiene su establecimiento principal sea meramente circunstancial, sin una vinculación real con el contrato. Y en cambio, exista otro país con el que dicha relación contractual tenga unos vínculos manifiestamente más estrechos, una vinculación clara. En efecto, si las partes diseñan una mediación *ad hoc*, lo normal es que la prestación del servicio se realice en el lugar donde el mediador tiene su establecimiento principal, además suelen ser ellas quienes van en busca de dicho tercero.

Sin embargo, en la mediación institucional, por otra parte, mucho más habitual en el ámbito del comercio internacional, dichas circunstancias cambian. En este caso, el lugar de la mediación, donde el tercero presta su servicio, suele ser el lugar donde se encuentra la institución. El mediador puede tener su establecimiento principal en otro Estado, y a su vez, formar parte de la bolsa de mediadores de una institución localizada en otro país, a través de la cual, puede prestar sus servicios ocasionalmente. De modo que dicho establecimiento principal es circunstancial respecto del supuesto, en tanto que

⁸⁵⁰ En cuanto a la cláusula de excepción del art. 4.3 RRI, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, págs. 681 a 689; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, págs. 201 a 210; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I»...*, *op. cit.*, págs. 130 a 136; S. FRANQU, «Le règlement Rome I...», *loc. cit.*, pág. 59; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I...», *loc. cit.*, pág. 13; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation...», *loc. cit.*, pág. 70; U. MAGNUS, «Article 4...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 48 y 49; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private...op. cit.*, págs. 196 a 201; U. VILLANI, «La legge applicabile...», *loc. cit.*, págs. 171 y 172. Para el caso de los contratos de mediación, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «The law applicable...», *loc. cit.*, pág. 8.

actúa como mediador en relación con una institución, no autónomamente⁸⁵¹. En todo caso, que la prestación del servicio se haga en un lugar distinto al de la residencia habitual del prestador, no significa que se aplique automáticamente el art. 4.3 RRI, pues no debe olvidarse su carácter excepcional. Sin embargo, las circunstancias antes citadas, no sólo llevan a entender que el litigio está más vinculado con el otro Estado, distinto del correspondiente al lugar de la residencia habitual del mediador, porque es donde se produce la prestación del servicio del mediador, sino también, y aún más importante, porque es donde presta sus servicios la institución, de modo que su contrato, salvo que las partes hayan elegido otra ley, se regirá, a su vez, por la ley de dicho Estado en aplicación del mismo art. 4.1.b) RBI (considerando 20 RRI)⁸⁵².

Sin duda, son dos elementos con potencial localizador fuerte, sobre todo el último citado, si bien, y en todo caso, habrá que analizar la situación contractual en su conjunto para poder decidir si se aplica el art. 4.1.b) RRI, o el art. 4.3 RRI, aunque no se debe olvidar que este último tiene un carácter excepcional.

B) Ley aplicable a la co-mediación.

329. Otro supuesto importante, es el caso de la co-mediación. Esta tiene lugar cuando las partes firman el contrato de mediación con varios mediadores, para que sean ellos quienes, en equipo, actúen y asistan a las mismas, en orden a que sean ellas las que lleguen a una solución del conflicto. En este caso, en defecto de elección de ley, el criterio utilizado por el art. 4.1.b) RRI no es válido, porque podría llevar a varias leyes aplicables, si cada uno de los mediadores tiene su establecimiento principal en un

⁸⁵¹ Aunque el propio art. 19.1.II RRI contemple la posibilidad de aplicar el apartado 2, relativo a la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, también a las personas físicas, la labor que realiza el mediador al amparo de la institución no puede considerarse subsumido en dicho precepto. Porque el tercero pertenezca a la bolsa de mediadores de una institución, o simplemente haya sido designada por ella de forma externa, no significa que, siempre y en todo caso, éste tenga su establecimiento en dicho lugar.

⁸⁵² Aunque el contrato entre las partes y la institución pueda ser un contrato mixto, que implique a su vez arrendamiento de servicios y contrato de mandato, ambos se consideran prestación de servicios a los efectos del RRI, por tanto, la finalidad del contrato es, en efecto, la prestación del servicio, de ahí que se aplique el art. 4.1 b) RRI. En cuanto al contrato de mandato, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, pág. 644; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, pág. 370.

Estado diferente. El art. 4.2 RRI tampoco serviría pues todos ellos se encargan a la vez de llevar a cabo la prestación característica, esto es, los servicios de mediación⁸⁵³.

Por ello, ante tal tesitura, deberá acudir-se a la cláusula de cierre del art. 4.4 RRI, el cual indica que el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Aunque, dicha vinculación, por la propia función del precepto, no debe ser tan evidente como la propuesta en el art. 4.3 RRI⁸⁵⁴, también se deberá tener en cuenta la ley del Estado que rijan otros contratos relacionados con el mismo, especialmente, las cláusulas de mediación o contratos para mediar, y en su caso, el contrato que las partes lleven a cabo con la institución (considerando 21 RRI). Si este criterio no fuera útil, se tendrá en cuenta la ley del país donde se lleve a cabo la mediación; también puede ser importante el lugar donde la mediación deba surtir efecto, y en su defecto, la ley del lugar de celebración del contrato⁸⁵⁵.

⁸⁵³ En cuanto a la falta de utilidad del criterio de la prestación característica (art. 4.2 RRI) para este tipo de casos en los contratos de prestación de servicios, *Vid.* C. REITHMAN, D. MARTINY (dirs.), *Internationales Vertragsrecht*, Köln, 2010, pág. 582.

⁸⁵⁴ *Vid.* U. MAGNUS, «Article 4...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 49 y 50.

⁸⁵⁵ En este sentido, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 217 a 219; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «The law aplicable...», *loc. cit.*, pág. 13.

CAPÍTULO V

MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL, PROCESO JUDICIAL Y ARBITRAJE

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

330. Como se ha puesto de relieve en el anterior capítulo, la mediación comercial internacional apenas tiene relevancia en su modalidad intrajudicial. Sin embargo, ello no significa que la mediación eminentemente desarrollada en este ámbito, esto es, la extrajudicial, en tanto que método alternativo de resolución de conflictos, también posea una inevitable relación con el proceso judicial y el arbitraje. Por tanto, las cuestiones a tratar en las siguientes líneas se encontrarán entre el ámbito procesal y el sustantivo.

En este sentido, la conexión mediación-proceso judicial y mediación-arbitraje se refleja en diversas manifestaciones: la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad (art. 4 LM); la imposibilidad de ejercitar acción judicial o extrajudicial alguna (art. 10.2 LM); la suspensión del proceso judicial (art. 16.3 LM), y la incidencia del *arb-med*, en concreto la mediación intrarbitral o *mediation window* en el procedimiento de arbitraje; la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes (art. 10.2 LM); y el principio de confidencialidad (art. 9 LM)⁸⁵⁶.

En el presente capítulo se analizarán todas las cuestiones citadas, haciendo especial hincapié en la perspectiva que otorga el Derecho internacional privado, y especialmente, el Derecho procesal civil internacional, así como en los efectos de la mediación sobre el arbitraje, aspecto que, aunque no sea tan relevante para la Ley 5/2012 como lo es el proceso judicial, sigue detentando un gran protagonismo dentro del comercio internacional.

⁸⁵⁶ El acuerdo de mediación también se relaciona con el proceso judicial y el arbitraje en tanto que puede ser homologado ante órgano jurisdiccional o como laudo arbitral; puede ser impugnado en los tribunales; u objeto de solicitud de *exequatur* ante los mismos. En este sentido, todo lo que atañe al acuerdo de mediación se estudiará en el Capítulo VI.

II. LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD COMO CONSECUENCIA DEL INICIO DE LA MEDIACIÓN.

1. Regulación legal y finalidad de la norma.

331. El art. 4.1 LM establece que el inicio de la mediación, en concreto desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud al mediador o el depósito ante una institución de mediación, suspende los plazos de prescripción y caducidad de las acciones. Esta disposición es fruto de la obligada transposición del art. 8 DM. Este precepto exige a los Estados miembros garantizar que el uso de la mediación no impida posteriormente a las partes iniciar un proceso judicial o arbitraje, como consecuencia del vencimiento de los plazos de caducidad o prescripción. A la vez que se evita el empleo de la mediación con el único fin de que dichos plazos expiren⁸⁵⁷.

⁸⁵⁷ Vid. C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 232; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 35; H. EIDENMÜLLER, «Establishing a legal...», *loc. cit.*, págs. 124 a 127; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 486 a 488, 491 y 492; O. SANDROCK, «The choice between...», *loc. cit.*, págs. 31 a 32; E. SERRANO GÓMEZ, «Artículo 4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 63 y 64. Esta previsión también se recoge en el BGB, *vid.* K.P. BERGER, «Law and practice...», *loc. cit.*, pág. 6.

Tal garantía se hace necesaria, cuando las partes están obligadas a acudir a mediación para así cumplir con la cláusula que acordaron previamente. De tal modo se pronunció el Tribunal de Casación francés, a modo de *obiter dictum*, en la importante sentencia *Poiré c/ Tripier*, de 14 de febrero de 2003, *vid.* P.ANCEL, M. COTTIN, «L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation», *R. Dalloz*, 2003, n° 21, pág. 1390; G. BLOCK, «La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire», en AA.VV., *Liber Amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruxelles, 2004, págs. 83 y 84; M. BOURRY D'ANTIN, S. BENSIMON, G. PLUYETTE, *Art et techniques...*, *op. cit.*, págs. 133 a 135; L. CADIET, «L'effet processuel des clauses de médiation», *Rev. C.*, 2003, pág. 189; C. JARROSSON, «Cour de Cassation (Chambre mixte), 14 février 2003, *Poiré c/ Tripier*, Cour d'appel de Paris, 23 mai 2001, *SCM Port-Royal c/ Pebay et Samper*», *Rev. Arb.*, 2003, n° 2, págs. 413 y 414; C. JARROSSON, «Observations on *Poiré v. Tripier*», *Arbitration Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, pág. 366; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 123 y 124; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 170 y 171; X. LAGARDE, «Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation», *Rev. C.*, 2003, págs. 193 y 194.

Por su parte, durante la elaboración de la Ley Modelo se desencadenó un interesante debate sobre la conveniencia de introducir una norma que regulara esta cuestión. Tal discusión desembocó en una disposición recogida en una nota al pie del art. 4 LMCCI. Dicho precepto simplemente fija la suspensión cuando se inicie el procedimiento de mediación; y establece su reanudación cuando éste concluya sin acuerdo. En cuanto a su comienzo, el propio art. 4 LMCCI dispone que se producirá el día en que las partes acuerden efectivamente iniciarlo; mientras que el art. 11 LMCCI establece los modos y momentos de terminación del citado procedimiento sin acuerdo: a) la fecha en que el conciliador haga declaración, previa consulta con las partes, consistente en afirmar que ya no hay razones para seguir intentando un acuerdo; b) la fecha de la declaración donde las partes den por terminado el procedimiento; c) la fecha de la declaración de una de las partes en la que se entienda la terminación del mismo. *Vid. Guía para la*

332. Tal y como se establece literalmente en el citado precepto, los plazos de prescripción no se interrumpen, como es norma general, sino que se suspenden, al igual que los de caducidad. Dicha excepción, recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, tiene como finalidad eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados⁸⁵⁸. En otras palabras, con la citada disposición, a la vez que se garantiza el derecho de acción judicial o extrajudicial, fomentando, por tanto, el empleo de la mediación, también se quiere evitar un uso de este método con una mera finalidad dilatoria, en tanto que los plazos de prescripción no se volverán a reiniciar tras una mediación fallida⁸⁵⁹.

incorporación..., *op. cit.*, págs. 31 a 33; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 170.

En cuanto a las diferentes formas de terminación recogidas en la Ley 5/2012, la Directiva y la Ley Modelo, *vid. infra*, págs. 345 a 348.

La previsión de la suspensión de la prescripción por acudir a mediación también se encuentra recogida expresamente en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), art. III-7:302 (4), *vid. Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). *Outline edition*, Munich, 2009, pág. 272. Un precepto similar también se recoge en el art. 14:302 de los *Principles of European Contract Law* (PECL), si bien, limitados a los procedimientos extrajudiciales con los que se obtenga un título ejecutivo de valor equivalente a una sentencia judicial. De manera que dependiendo de la configuración dada a la mediación, ésta podrá subsumirse en tal disposición o no, *vid.* O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague, 2003, págs. 179 a 184. Y asimismo, también se establece en el art. 10.7 de los *Principios Unidroit*, el cual se inspira en la Ley Modelo para definir el término de «solución alternativa de controversias», *vid. Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Madrid, 2012, págs. 425 a 427.

⁸⁵⁸ *Vid.* Exposición de Motivos, III, *in fine*. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 150 y 151; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 164 y 165; J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, «Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles», AC, nº 21-22 diciembre 2012, pág. 5. En este mismo sentido, *vid. Guía para la incorporación...**op. cit.*, pág. 32.

Esta es la primera vez que se recoge la suspensión legal de la prescripción. El Código civil español no conocía dicha figura, aunque se ha admitido por parte de la jurisprudencia y la doctrina la posibilidad de que pueda ser acordada por las partes, STS de 16 de diciembre de 1957. *Vid.* L. Díez-PICAZO, *La prescripción extintiva. En el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, págs. 142 a 144; L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, ..., *op. cit.*, págs. 447; F. GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad (con apuntes sobre acciones civiles)*, Madrid, 2008, págs. 328 a 332; J. PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona 1988, págs. 70 a 76; E. SERRANO GÓMEZ, «Artículo 4...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 65 a 70.

⁸⁵⁹ *Vid.* L. COSTAS RODAL, «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Aranzadi Civ.-Merc.*, núm. 7/2012, pág. 3; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 3; V. MAGRO SERVET, «Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial», *Diario La Ley*, nº 7892, 2 julio 2012, pág. 4. La suspensión también ha sido acogida por Alemania, Francia y por Austria, cuya Ley de mediación, tal y como ha puesto de relieve la doctrina, destaca por su gran calidad, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 296 a 298. En cualquier caso, existen países como Hungría o Polonia donde se ha optado por la interrupción, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 295; E. NIEDZWIEDZKA, «Mediation in Polen», K.

333. Siguiendo con este mismo objetivo, y para asegurar que la suspensión no se alargue *sine die*, se establece que la reanudación del cómputo de los plazos se producirá si en quince días naturales, desde la recepción de la solicitud de inicio, no se firma el acta constitutiva (art. 4.2 LM)⁸⁶⁰. Asimismo, dicha suspensión sólo se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo final de mediación, y en su defecto, la firma del acta final (art. 4.3 LM)⁸⁶¹. Esta última se producirá (art. 22 LM): a) cuando todas o alguna de las partes decidan dar por terminado el procedimiento; b) porque haya transcurrido el plazo máximo acordado para su duración; c) cuando el mediador entienda que las posiciones de las partes son irreconciliables o existe alguna otra causa que determine su conclusión y; d). en el caso de que el mediador renuncie a continuar el procedimiento, o exista un rechazo de las partes a su mediador. Si bien, en este último supuesto, la citada terminación sólo se producirá cuando no se nombre a otro mediador en su lugar⁸⁶².

2. La suspensión de la prescripción y la caducidad de las acciones en Derecho internacional privado.

A) Calificación de la prescripción y la caducidad.

334. La calificación de la prescripción y caducidad ha sido, desde antiguo, una cuestión controvertida⁸⁶³. Mientras que en los sistemas anglosajones generalmente se

HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation...*, *op. cit.*, págs. 788 a 790; C. JESSEL-HOLST, «Mediation in Ungarn», en K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation...*, *op. cit.*, págs. 905 a 908.

⁸⁶⁰ En este supuesto, también cabría la posibilidad de incluir el día en que el acta constitutiva establezca que la mediación se ha intentado sin efecto (art. 19.2 LM). Por otra parte, en cuanto al desistimiento de la mediación solicitada, producido por la no asistencia a la sesión informativa (art. 17.1 LM), difícilmente afectará a este extremo, porque es una situación pensada principalmente para la mediación intrajudicial. Sin embargo, si dicho desistimiento se produjera en el marco de una mediación extrajudicial, en tanto que tal conducta provoca el fin de la mediación, sin perjuicio de las consecuencias económicas que pueda acarrear, ello deberá provocar la debida reanudación de los plazos en suspenso.

⁸⁶¹ Por tal razón, en caso de que no existiera acuerdo, el art. 22.3 II LM recoge que si algunas de las partes no quisiera firmar el acta final, el mediador lo hará constar en la misma, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen. De ese modo, se evita alargar indefinidamente la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, *vid.* S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 276.

⁸⁶² *Vid.* E. SERRANO GÓMEZ, «Artículo 4...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 70 y 71. *Vid. infra*, págs. 345 a 348.

⁸⁶³ Aunque la prescripción es la institución más común y general en nuestro ordenamiento, la caducidad, de construcción doctrinal y jurisprudencial posterior, también tiene acogida en nuestras normas. Para un estudio profundo de la caducidad, *vid.* A. CAÑIZARES LASO, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001; B. GÓMEZ CORRALIZA, *La Caducidad*, Madrid, 1990; E. RUBIO TORRANO, «La

considera de naturaleza procesal o causa extintiva de la *acción*, en los sistemas europeo-continenciales, como el español, posee una naturaleza sustantiva o límite temporal para el ejercicio del *derecho subjetivo* que se pretende hacer valer⁸⁶⁴. Tal dicotomía, se ha visto incluso reflejada en la regulación que los PECL y el DCFR realizan de la prescripción. Mientras que el art. 14:101 PECL utiliza el término *claim*, optando, de esta manera, por una connotación procesal; en el art. III-7:101 DCFR se emplea la expresión *rights*, esto es, reflejando su carácter sustantivo. Si bien, dicha diferenciación es simplemente terminológica, porque el citado artículo de los PECL afirma que lo sujeto a prescripción es el «*derecho a exigir el cumplimiento de una obligación*»⁸⁶⁵.

335. En cualquier caso, en la actualidad, dentro del ámbito del Derecho internacional privado, la prescripción y la caducidad son calificadas como instituciones sustantivas⁸⁶⁶. En efecto, según la calificación *lege fori* (art. 12.1Cc), es la Ley española

caducidad en el Derecho civil español», *Cuadernos de Derecho judicial. Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, Madrid, 1995, págs. 51 a 85.

En resumen, se entiende que la prescripción afecta a derechos que sólo pueden quedar extinguidos por su inactividad durante un plazo de tiempo. Si bien, este resultado sólo se producirá en virtud de la excepción que la ley concede a la parte obligada. En cambio, con la caducidad, los derechos se extinguen por el mero transcurso del tiempo fijado. Ello es así porque la prescripción protege un interés estrictamente individual, -el del sujeto pasivo de un derecho en oponerse a un ejercicio tardío del mismo-, mientras que la caducidad salvaguarda un interés general: la certidumbre de las situaciones jurídicas. En cualquier caso, en cuanto al Derecho internacional privado se refiere, ambas son tratadas por igual. Se debe tener en cuenta que, además de la misma naturaleza sustantiva, persiguen la misma finalidad: *la no permanencia indefinidamente incierta de los derechos, fundándose en una común presunción de abandono* (STS de 30 de abril de 1940). Lo cual no obsta para que también existan diferencias entre ambas. En este sentido, la caducidad puede ser acogida de oficio por el juez, mientras que la prescripción, al ser renunciable, sólo se apreciará cuando sea alegada; en la prescripción, la autonomía de la voluntad tiene un cierto margen de actuación, pero no así la caducidad; los plazos de prescripción pueden ser interrumpidos, pero los de caducidad no. *Vid.* L. DÍEZ-PICAZO, *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, págs. 66 a 84; L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, vol. I...*, *op. cit.*, págs. 455 a 457; F. GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión...*, *op. cit.*, págs. 353 a 366; J. PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva...*, *op. cit.*, págs. 26 a 39; E. RUBIO TORRANO, «La caducidad en...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 45 a 51; E. SERRANO GÓMEZ, «Artículo 4...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 65.

⁸⁶⁴ *Vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, 2ª ed., Pamplona, 1997, pág. 117; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pág. 663; L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, vol. I...*, *op. cit.*, págs. 443 y 444; L. DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, A-L. CALVO CARAVACA, «Artículo 8 apartado 2», en M. ALBALADEJO, S. DIAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, pág. 129; F. KALLMANN, «L'effet sur la prescription liberatoire des actes judiciaires intervenis en pays étranger», *RCDIP*, 1948, págs. 1 y 2.

⁸⁶⁵ *Vid.* A. DOMÍNGUEZ LUELMO, H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret*, 3/2009, págs. 7 y 8. Lo mismo ocurre en la propia Ley 5/2012, la cual utiliza la expresión «la prescripción o la caducidad de las acciones».

⁸⁶⁶ *Vid.* R. ZIMMERMAN, «“Extinctive” prescription Under the Avant-projet», *ERPL*, nº 6, 2007, pág. 812. La calificación de la prescripción y caducidad como sustantivas favorece la armonía internacional de

quien determina la naturaleza jurídica de dichas instituciones, siendo ésta sustantiva. Pero también los instrumentos internacionales la han calificado de la misma manera, fiel ejemplo de tal afirmación es el art. 12.1.d) RRI; o el art. 15.h) del Reglamento Roma II (RRII)⁸⁶⁷. Incluso los países del *common law* han admitido, en gran parte, su carácter sustantivo para los supuestos de Derecho internacional privado⁸⁶⁸, solventándose de esta manera, muchos de los problemas suscitados en el pasado⁸⁶⁹.

soluciones, la seguridad jurídica, y evita el fraccionamiento de leyes aplicables a la relación jurídica. Vid. P. COURBE, «La prescription en droit international privé», en P. COURBE, *Les désordres de la prescription*, Rouen, 2000, págs. 68 a 73; B. FAUVARQUE-COSSON, «La prescription en droit international privé», *TCFDIP, Années 2002-2004*, Paris, 2005, págs. 240 a 242.

⁸⁶⁷ Con independencia de la existencia de otros instrumentos internacionales, se analizan ambos Reglamentos por abarcar la mayor parte de los conflictos en el comercio internacional, especialmente el RRI. En este sentido, otros instrumentos internacionales mantienen la misma calificación sustantiva, *vid. ad. ex.*, Convenio sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971 (art. 8.8); Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (art. 8.9); Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (art. 11.e)). Si bien, también hay otros que realizan una regulación material de la prescripción y caducidad, pero para otros extremos, como las causas de interrupción y suspensión, establecen la aplicación de la *lex fori*, *vid. ad. ex.* Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, (art. 35.2); Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, 12 de octubre de 1929 (art. 29.2); Convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) (art. 32.3); el Convenio de Berna de 9 de mayo de 1980, relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) y su Apéndice A (CIV) (art. 60.6); Apéndice B (CIM) (art. 48.5); Apéndice E (CUI) (art. 25.6); Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974, relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar (art. 16.3).

⁸⁶⁸ En Inglaterra y Gales había una Ley sobre prescripción para aquellos pleitos planteados en sus órganos jurisdiccionales, -*Limitations Act 1980*-; y años después, se aprobó otra diseñada para ser aplicada en los supuestos de Derecho internacional privado, -*Foreign Limitation Periods Act 1984*-. Se entendía que la distinción procesal-sustantiva aunque tuviera su sentido en el ámbito interno, no lo tenía en el internacional, sin olvidar, además, la delgada línea entre ambas calificaciones: *right and remedy are indissolubly connected and correlated* (*Chase Manhattan Bank NA v. Israel British Bank London Ltd.*, [1981] Ch. 105 at 124). De tal modo que, la calificación sustantiva no sólo se impone en Derecho internacional privado, sino que comienza a adquirir también fuerza en el ámbito interno. *Vid. L. COLLINS, Dicey and Morris on the conflict of laws*, vol. I, 13ª ed., London, 2000, págs. 172 a 176; B. FAUVARQUE-COSSON, «La prescription...», *loc. cit.*, págs. 242 y 243; J. O'BRIEN, *Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Sydney, 1999, pág. 118.

También en Australia o EE.UU se tomó la misma dirección. En el primero, tras el *Australian Law Reform Commission Report* N° 58 *Choice of Law*, at. para. 10.33, que recogía esta cuestión, los Estados australianos han seguido dicha directriz para los casos internacionales. En cambio en EE.UU, con la *Uniform Conflict of Laws Limitations Act*, *vid.* 1982 NCCUSL, sólo algunos de los Estados han adoptado tal opción, -Arkansas, Colorado, North Dakota, Oregon, y Washington-, el resto continúan considerando, a todos los efectos, la naturaleza procesal. Sin embargo, para este último grupo, también pueden existir excepciones a tal regla general, porque el *Second Restatement*, a pesar de considerar la naturaleza procesal de la prescripción en sus inicios, -*vid. B. HANOTIAU, Le droit international privé américain*, Paris, Bruxelles, 1979, págs. 288 a 297-, posteriormente, en 1988, introdujo ciertos matices en su art. 142. Así, si la *lex fori* es la que contiene un plazo más breve, ésta no se aplicará cuando existan circunstancias excepcionales que así lo aconsejen; si contiene un plazo más largo, éste tampoco será de aplicación cuando la ley extranjera esté más vinculada al supuesto de manera que no afecte a los intereses del foro. También existe jurisprudencia en esta dirección, pues la calificación como procesal invita al *forum*

B) Ley aplicable a la suspensión de la prescripción y la caducidad de las acciones.

336. Aunque el problema de la calificación esté resuelto, al considerar, en todo caso, la naturaleza sustantiva de la prescripción y caducidad, y por ende, de su

shopping, -el demandante elegirá demandar ante el tribunal que favorezca sus pretensiones, en el caso de la prescripción extintiva, aquella que tenga un plazo más largo, *vid.* P. COURBE, «La prescription en droit...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 71-. En cualquier caso, el Tribunal Supremo estadounidense no ha continuado tal tendencia. Por tanto, aunque puede haber casos en los que se siga aplicando la *lex fori*, la calificación sustantiva de la prescripción ha ido ganando terreno. *Vid.* B. FAUVARQUE-COSSON, «La prescription...», *loc. cit.*, págs. 244 a 247; P. HAY, *Conflict of Laws*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1994, págs. 150 y 151; A.F. LOWENFELD, *Conflict of laws*, 2ª ed., New York, 1998, págs. 87 a 91; S.C. SYMEONIDES (ed.), *Private International Law at the end of the 20th century: Progress or regress?*, London, Boston, The Hague, 2000, págs. 439 y 440; S.C. SYMEONIDES, W. COLLINS PERDUE, A.T. VON MEHREN, *Conflict of Laws: American, comparative international*, St. Paul, Minnesota, 1998, págs. 374 a 377; S.C. SYMEONIDES, «Party autonomy...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 537 y 538.

⁸⁶⁹ Cuando la norma de conflicto de un Estado, -que considera la prescripción sustantiva-, remitía a aquellos ordenamientos cuya opción era otorgar a la prescripción y caducidad carácter procesal, se producía un grave obstáculo: dicha ley era procesal y limitaba su ámbito de aplicación al territorio del Estado del que emanaba, no admitiendo su extraterritorialidad. Tal situación fue objeto de diversos pronunciamientos del Tribunal Federal alemán, si bien, ninguno de ellos satisfactorios. Así, en los años 1880, 1882 y 1934 (I 8. Mai 1880 Bd. 2, 13; RG I 4. Jan. 1882 Bd. 7, 21; RGZ 6. Jul. 1934 Bd. 145, 121), basándose siempre en la calificación *lege fori*, el citado órgano jurisdiccional llegó a soluciones opuestas. En el primer y tercer caso, acabó aplicando la ley procesal estadounidense correspondiente, -si bien, en el último justificó su decisión por la similitud en la función y efectos entre ambas regulaciones de la prescripción, a pesar de su distinta naturaleza-; mientras que en el segundo, apreciando dicha naturaleza procesal, optó por la solución contraria, su no aplicación, y por ende, declaró la imprescriptibilidad de la cuestión planteada. Para profundizar sobre estos pronunciamientos, *vid.* E. FRANKENSTEIN, *Internationales privatrecht (Grenzrecht)*, Berlin-Grunewald, 1926, págs. 273 a 289; A. NUSSBAUM, *Grundzüge des internationalen privatrechts*, Manchen, Berlin, 1952, págs. 76 a 98; M. PHILONENKO, (traducción M. Luban), «Prescripción extintiva en Derecho internacional privado», *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, pág. 53 a 95.

Ante la imposibilidad de salvar la prohibición de su aplicación extraterritorial, la doctrina abogó por la aplicación del reenvío. Según este razonamiento, dicha herramienta jurídica serviría para poder calificar la prescripción conforme a la *lex causae*, y al bilateralizar la misma, los tribunales podrían aplicar la *ley del lugar donde el litigio se ha entablado*, esto es, su propia *lex fori*. En definitiva, se proporcionaba una solución ante la imposibilidad de aplicar extraterritorialmente la norma procesal extranjera. Si los propios tribunales, en un principio, calificaron la prescripción como sustantiva, admitiendo por tanto la extraterritorialidad de su Derecho material, nada impedía la aplicación territorial del mismo *Vid.* E. FRANKENSTEIN, *Internationales privatrecht...*, *op. cit.*, pág. 277; M. PHILONENKO, (traducción M. Luban), «Prescripción extintiva...», *loc. cit.*, págs. 64, 67 a 69, 72 a 74 y 90 a 95.

Este reenvío de calificaciones, hoy en día, no sería una solución válida para el supuesto estudiado en estas páginas. En primer lugar, y como ocurrirá habitualmente en el comercio internacional, porque la ley aplicable es elegida por las partes, y en los casos de elección de ley, se entiende que las partes eligen su Derecho material, de manera que el empleo del reenvío iría en contra de su propia voluntad. Por otra parte, instrumentos internacionales como el RRI o el RRII, no admiten el reenvío. Además, habría que tener en cuenta que la admisión de la prescripción y caducidad como sustantivas, impediría el reenvío en orden a evitar el fraccionamiento o *depeçage*. *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 405, 410 y 411; P. COURBE, «La prescription en droit...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 81.

suspensión. Aún debe resolverse la determinación de la ley aplicable a la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción como consecuencia del inicio de la mediación. El planteamiento de la cuestión es el siguiente: la citada suspensión es un efecto de la cláusula de mediación y el contrato para mediar, luego siguiendo tal afirmación, se tendría que aplicar la ley que rige tales relaciones contractuales. Sin embargo, dicha suspensión se refiere al plazo de caducidad o prescripción de la acción correspondiente al conflicto, de modo que conforme a esta postura, se aplicaría a la misma la ley que rige el fondo del litigio.

337. Para tratar esta cuestión, se debe abordar, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la ley que rige la prescripción o caducidad, y en segundo lugar, si la misma podría ser objeto de fraccionamiento.

338. En cuanto al primer aspecto, si se quisiera aplicar la ley que rige la cláusula de mediación y el contrato para mediar, ello significaría que la ley aplicable a la suspensión podría ser distinta de la ley aplicable a la propia prescripción. Esta posibilidad no debe ser aceptada. La ley que regule la prescripción o caducidad debe ser la misma para su suspensión e interrupción, esto es, debe regir la institución en su conjunto, son extremos claramente vinculados entre sí, donde el fraccionamiento no es posible. En este sentido se ha manifestado doctrina y jurisprudencia⁸⁷⁰, así como el propio art. 15. h) RRII, relativo a la *prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de sus plazos*. Es cierto que el RRI (art.12.1.d)), al igual que su precedente, el Convenio de Roma (CR), se refiere, de forma general a la *prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo*, sin realizar ninguna otra concreción al respecto. Sin embargo, ello no debe interpretarse en sentido contrario, sino como una formulación general que debe ser coherente con el propio RRII, tal y como establece el considerando 7 RRI⁸⁷¹. En definitiva, la ley aplicable a la prescripción y caducidad, también será la misma para la suspensión.

⁸⁷⁰ En base a la jurisprudencia, en especial la francesa, *vid.* P. COURBE, «La prescription en droit...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 82; B. FAUVARQUE-COSSON, «La prescription...», *loc. cit.*, págs. 251 a 253; F. HAGE-CHAHINE, «La prescription extinctive...», *loc. cit.*, págs. 304 y 325. Y aplicación de la *lex contractus* a la interrupción de la prescripción, *vid.* Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, núm. 506/2007 de 31 de octubre. En el F.J. 2º de esta sentencia, se determina la ley aplicable, -la Ley portuguesa-, a un contrato de transporte conforme al art. 4 CR, y a su vez, en virtud del art. 10.1 d) CR, el Derecho portugués se extiende a la prescripción y la interrupción de la misma.

⁸⁷¹ De lo contrario, se llegaría a soluciones opuestas dependiendo de la naturaleza contractual o extracontractual del conflicto objeto de mediación. En cualquier caso, tal y como establece el

339. Teniendo en cuenta esta afirmación, se entiende que el efecto de la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción por parte de la cláusula de mediación y contrato para mediar, no se regulará por su ley, sino por la que rija el fondo del asunto. Sin embargo, también cabe otra opción, el posible *depeçage* o fraccionamiento de la ley que regula el fondo del asunto, respecto de la prescripción y caducidad. Dicha posibilidad debe ser desechada, el propio Informe Gualiano/Lagarde respecto del art. 10.1 d) CR, antecedente directo del art. 12.1 d) RRI, ya se refería a la toma en consideración de la *limitada admisión de la subdivisión que se opera en los artículos 3 y 4*⁸⁷², esto es, de constituir el propio precepto una consecuencia directa de la permisibilidad limitada del *depeçage*⁸⁷³. En conclusión, la ley aplicable al efecto de la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción derivados de las cláusulas de mediación y contratos para mediar será necesariamente la que rija el fondo del litigio⁸⁷⁴.

340. Como se ha avanzado, en virtud del art. 8 DM, los Estados miembros deben recoger la suspensión o interrupción de los plazos de caducidad y prescripción. Sin embargo, puede ocurrir que la ley del Estado que rige el fondo del conflicto no regule tal posibilidad, de modo que las partes, por haber acudido a mediación, pierdan su derecho de acceso a los tribunales al haber prescrito o caducado la acción. En este caso, y teniendo en cuenta que se está en el ámbito comercial internacional, se deberá acudir al art. 9.1 RRI⁸⁷⁵. Esta cuestión afecta directamente al derecho de acceso a la justicia, y como bien dice la Directiva, en relación con la mediación todos los Estados miembros

considerando 24 DM en relación con su art. 8.2 DM, dicha regulación no prejuzga ni afecta a los dispuesto sobre esta materia en tratados internacionales, refiriéndose, especialmente, a los del ámbito del transporte, los cuales sí permiten una ley aplicable diferente a la suspensión. *Vid. supra*, nota nº 867.

⁸⁷² *Vid. Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales por Mario Giuliano profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde profesor de la Universidad de París I, (Informe Guliano-Lagarde). Vid. DOCE C 327, 11 de diciembre de 1992, pág. 30.*

⁸⁷³ En este sentido respecto del RRI, *vid. J.A. BELOHLAVEK, Rome Convention-Rome Regulation. Commentary new EU conflict-of-law rules for contractual obligations, vol. II, New York, 2010, págs. 1675 y 1676.*

⁸⁷⁴ En cuanto a esta cuestión, *vid. A. HUTNER, Das internationale Privat..., op. cit., págs. 52 a 55.*

⁸⁷⁵ Normalmente en el comercio internacional, el fondo del litigio se regulará conforme a la ley determinada por el RRI. En todo caso, si fuera materia extracontractual, el art. 16 RRII también se refiere a la aplicación de las leyes de policía del foro. En cuanto al art. 9.1 y 2 RRI y art. 16 RRII, *vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional..., op. cit., págs. 709 a 714 y 856.*

deben garantizar el citado derecho⁸⁷⁶. Por ello, si tras un procedimiento de mediación fallido, cualquiera de las partes interpusiera demanda ante los tribunales españoles, de modo que la ley aplicable al fondo no hubiera previsto la citada suspensión, y la acción hubiera prescrito o caducado debido a la celebración de la mediación, deberá aplicarse la *lex fori*, esto es, el art. 4 LM para así, hacer efectiva dicha suspensión, y en consecuencia, permitir a las partes su derecho de acceso a la justicia.

341. También puede plantearse otro problema entre la ley que rige la prescripción y caducidad, y por ende, su suspensión o interrupción, y la propia ley reguladora del procedimiento. En general, todas las normativas sobre mediación entienden que la suspensión comienza al inicio del procedimiento mediador, y finaliza a su término. El problema se encuentra en que algunas no concretan que debe entenderse por inicio y fin a estos efectos, y no todas las legislaciones consideran dicho inicio y fin en el mismo momento, sin olvidar que algunas pueden contener más formas de terminar un procedimiento de mediación que otras. Esto puede provocar ciertos desajustes⁸⁷⁷. En tal contexto, si la ley aplicable a la obligación contractual o extracontractual no encajara con la ley que regula el procedimiento de mediación, lo más adecuado será realizar una interpretación flexible de la norma aplicable en orden a que encuentre un encaje apropiado en el procedimiento de mediación seguido, de manera que la mediación fallida llevada a cabo no impida el derecho de acceso a la justicia⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ La reciente Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva reitera esta idea. En su punto 3 califica el art. 8 como «una disposición fundamental», *vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI))*, *vid. DOUE C 51*, de 22 de febrero de 2013.

⁸⁷⁷ Por ejemplo, a los efectos de la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción, la Ley española considera que el procedimiento se inicia en el momento en que se realiza la solicitud de inicio. En cambio, la Ley austriaca entiende que se inicia cuando las partes acuerdan acudir a mediación, -se entiende una vez surgido el conflicto-, no en la solicitud que una de las partes realiza a la otra, *vid. C. FUCHSHUBER, Mediation in Zivilrecht: Neue Wege der Konfliktlösung*, Wien, 2004, págs. 8 y 9. Por otro lado, en Alemania y Francia, el inicio y el fin del procedimiento, en relación a esta cuestión de la suspensión, no están del todo claros, *vid. N. ALEXANDER, International and comparative..., op. cit.*, págs. 296 a 298. Tampoco lo dispuesto en el considerando 15 DM es de gran ayuda, al establecer que «a falta de acuerdo escrito, debe considerarse que las partes convienen en recurrir a la mediación en la fecha en que toman medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación», sin embargo, no se concretan cuáles son esas «medidas».

⁸⁷⁸ En este sentido, aunque la doctrina mantiene la aplicación de la ley que rige el fondo, también aboga por una cierta flexibilización de su aplicación en orden a prestar una mayor atención a los propios intereses del foro, -en este caso, poder acceder a los tribunales-, porque, aunque se haya determinado claramente su naturaleza sustantiva, tampoco se puede negar su indudable influencia sobre la acción, *vid.*

3. La suspensión de la caducidad del convenio arbitral internacional.

A) Planteamiento del problema.

342. Aunque este es un contenido facultativo del convenio arbitral, las partes pueden someter al mismo a un tiempo de vigencia mediante el concreto señalamiento de un término final, o bien a través de la fijación de un plazo de duración a contar de un día, determinado o determinable, como fecha de comienzo del cómputo. De manera que si el convenio caducara, el árbitro podría declarar su falta de competencia⁸⁷⁹. A pesar de que el art. 4 LM no dice nada al respecto, puede ocurrir que el desarrollo de una mediación previa afecte a tal caducidad. Por ello, la citada disposición, de conformidad con lo establecido por el art. 8.1 DM, -éste sí cita expresamente al arbitraje-, deberá ser interpretada de modo que el inicio de la mediación también implique la suspensión del citado plazo.

B) Ley aplicable a la suspensión del convenio arbitral.

343. En este caso, si las partes deciden incluir un plazo de caducidad en el convenio arbitral, todo lo relativo a la misma, incluida su suspensión, se regulará

P. COURBE, «La prescription en droit...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 81 y 82; B. FAUVARQUE-COSSON, «La prescription...», *loc. cit.*, págs. 256 y 257.

En cuanto a dicha relación sustantivo-procesal, *vid.* A. DOMÍNGUEZ LUELMO, H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La prescripción en los PECL...», *loc. cit.*, pág. 8; M. PHILONENKO, (traducción M. Luban), «Prescripción extintiva...», *loc. cit.*, págs. 53 a 63, 79 a 84.

⁸⁷⁹ Así lo declara el propio art. V CG. Y también debe entenderse incluido en el art. 22 LA. En todo caso, este supuesto no se está refiriendo al laudo dictado fuera de plazo (art. 37.2 LA), sino al procedimiento arbitral iniciado en tales circunstancias. *Vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, pág. 155; L. CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997, págs. 137 y 138; J.M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, págs. 270 y 271; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Art. 23», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 398; V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, pág. 818; A.M. LORCA NAVARRETE, «Art. 23», en A.M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 178.

conforme a la ley aplicable al convenio arbitral⁸⁸⁰. Aunque en el arbitraje interno sólo se considere la Ley 60/2003, en el arbitraje comercial internacional deben tenerse en cuenta, en primer lugar, dos instrumentos internacionales, el Convenio de Nueva York (CNY) y el Convenio de Ginebra (CG), si bien, el más importante es el primero por poseer una aplicación *erga omnes*, mientras que el segundo es sólo *inter partes*.

A pesar de que, según su rúbrica, el CNY se limite al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, éste también establece el régimen básico en cuanto a la impugnación de los convenios arbitrales ante los árbitros con anterioridad a que se haya dictado el laudo arbitral⁸⁸¹. El art. II CNY recoge una serie de normas uniformes, en cambio, en los extremos no regulados directamente por el mismo, entre los que se encuentra la caducidad, el régimen jurídico se obtiene por remisión a un Derecho nacional (art. V.1.a) CNY)⁸⁸². En concreto, será la ley elegida por las partes, y en su defecto, la ley del Estado donde vaya a tener lugar el arbitraje⁸⁸³. Por su parte, dentro del ámbito de aplicación del CG, en cuanto a la caducidad, se aplicará el art. VI.2, que indica la aplicación, en primer lugar, de la ley elegida por las partes; si no existiera tal elección, de la ley del país donde deba dictarse el laudo; y en su defecto, de la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto. Por su parte, el art. 9.6 LA contiene la norma de conflicto aplicable al convenio arbitral. Según la citada disposición, dicho acuerdo será válido si se cumplen los requisitos establecidos por la ley elegida por las partes, o por la ley que rige el fondo de la

⁸⁸⁰ En cuanto a su calificación, esta caducidad también se considera sustantiva, *vid. supra*, págs. 293 a 295.

⁸⁸¹ *Vid.* M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, págs. 685 y 686. A su vez, aunque los instrumentos internacionales piensen en el Derecho aplicable por los tribunales de los diferentes Estados, sus consideraciones también se extenderán a las distintas sedes de arbitraje, en tanto que los árbitros tienen competencia sobre su propia competencia -en cuanto al principio *Kompetenz-Kompetenz*, *vid. infra*, págs. 312 a 316. En este sentido, este estudio se basa en España como sede del arbitraje, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *AJ Uría Menéndez*, n° 14, 2006, págs. 13 y 14. En contra de la aplicación del CNY, *vid.* C. ESPLUGUES MOTA, «Art. 9....», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 407.

⁸⁸² *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, «El convenio arbitral...», *loc. cit.*, págs. 16 a 21.

⁸⁸³ El CNY en tanto se centra en el reconocimiento y ejecución de los laudos, habla de la *ley del país en que se haya dictado la sentencia*. De manera que tal aserto se debe adaptar al momento del procedimiento arbitral en que se sitúa la cuestión, el control de los árbitros de su propia competencia, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, «El convenio arbitral...», *loc. cit.*, pág. 21.

controversia, o por el Derecho español. Sin duda, estos puntos de conexión alternativos favorecen su validez, bastará una de ellas para que éste sea considerado como válido⁸⁸⁴.

344. En cualquier caso, ya que esta situación normalmente traerá causa de un *med-arb*, y en concreto de una *multi-step clause*, lo mejor es que las partes expresamente recojan la suspensión de la caducidad que ellos mismos han fijado para el convenio por razón de la mediación previa. Además, si esta no estuviera fijada, y el convenio efectivamente hubiera caducado tras la mediación fallida, las partes siempre podrán volver a consentir el inicio del procedimiento arbitral.

345. Dejando a parte el poder de la autonomía privada de las partes, si el convenio arbitral hubiera fijado solamente un plazo de caducidad, y la ley aplicable al mismo no recogiera dicha suspensión, el tribunal arbitral, y en su caso, los tribunales jurisdiccionales si conocieran a título incidental, deberán garantizar el inicio del procedimiento arbitral, tal y como establece, en el caso del ordenamiento español, el art. 4 LM en relación con el art. 8.1 DM⁸⁸⁵.

346. En cuanto a los posibles desajustes que pudieran existir entre la ley aplicable a la suspensión, y la ley aplicable al procedimiento de mediación, si éstas fueran distintas, como se ha dicho en el apartado anterior, será necesaria una interpretación flexible en orden a garantizar el procedimiento arbitral⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, «Art. 9...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 404 a 406; M. VIRGÓS SORIANO, «El convenio arbitral...», *loc. cit.*, págs. 26 a 28.

⁸⁸⁵ La aplicación de las leyes de policía en el arbitraje plantea serias dudas. Sin embargo, aunque se esté analizando aspectos sustantivos del convenio arbitral, no se debe olvidar su naturaleza híbrida. Su configuración, y en este caso concreto, la caducidad a la que está sometido afecta directamente a aspectos del procedimiento arbitral, como es la competencia de los árbitros, y en efecto, la posibilidad de desarrollar el mismo. Pues bien, en aquellas cuestiones que afectan al citado procedimiento, sí se admite la aplicación de las leyes de policía de la ley de la sede arbitral, donde tiene una función tanto restrictiva como completiva. En este sentido, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *REDI*, vol. LXI, n° 1, 2009, pág. 63.

⁸⁸⁶ *Vid. supra*, pág. 299.

III. EL EFECTO POSITIVO Y NEGATIVO DE LAS CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN Y CONTRATOS PARA MEDIAR.

1. El efecto positivo y negativo de las cláusulas de mediación y los contratos para mediar sobre el proceso judicial.

347. Las cláusulas de mediación y los contratos para mediar, al igual que los convenios arbitrales, tienen principalmente dos efectos sobre el proceso judicial. Uno positivo, la obligación de las partes de acudir a mediación cuando surja, o una vez surgido, el conflicto. Y correlativamente, otro negativo, la imposibilidad de que las partes planteen su controversia ante los tribunales. En la Ley 5/2012, el primero de ellos se menciona en el art. 6.2 LM, mientras que el segundo, junto con el instrumento para hacerlo efectivo, se recoge en el art. 10.2 LM.

A) Determinación de la Ley aplicable.

348. Como ya se trató en el apartado relativo al contenido de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, el efecto negativo no es realmente el principal, sino sólo una consecuencia del positivo⁸⁸⁷. A través de estos contratos, las partes evitan acudir al proceso judicial, pero, aunque esta sea su principal intención, lo cierto es que desde un punto de vista jurídico, el efecto positivo sigue siendo más importante. Éste constituye la propia obligación principal de ambas relaciones contractuales, esto es, el propio sometimiento a mediación⁸⁸⁸.

Esta cuestión es importante a la hora de determinar su ley aplicable. Ambos efectos se encuentran íntimamente relacionados, como caras de una misma moneda, de modo que necesariamente deben regirse por la misma ley. Sin embargo, si se considerara más importante el negativo, se aplicaría la ley del Estado cuyos tribunales han visto excluida su competencia, mientras que si se entiende que el principal es el positivo, se deberá aplicar la ley reguladora de la cláusula de mediación o contrato para

⁸⁸⁷ *Vid. supra*, nota nº 728.

⁸⁸⁸ En este sentido, *vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 94 y 95.

mediar⁸⁸⁹. Por todo ello, y en tanto que se considera que el efecto positivo es el principal, se aplicarán a ambos efectos la ley que rijan la cláusula de mediación o contrato para mediar⁸⁹⁰.

El efecto positivo, y por ende, el negativo, de las cláusulas de mediación y contratos para mediar es reconocido de forma generalizada⁸⁹¹. Lo único que difiere son los cauces jurídicos para hacer efectivo el citado efecto negativo⁸⁹². En cualquier caso,

⁸⁸⁹ En cuanto al arbitraje, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio...*, *op. cit.*, pág. 1748; A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, págs. 87 y 88; P.A. LALIVE, «Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial», *RCADI*, vol. 120, 1967, págs. 589 y 590.

⁸⁹⁰ En este sentido, *vid.* A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 82 a 86.

⁸⁹¹ En relación con la obligación de participar en una mediación derivada de una cláusula, debe hacerse especial mención a los casos *Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1993] (House of Lords) y *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd* [2002] EWHC 2059 (Commercial Court.), tan importantes en el ámbito comercial internacional por tratar y confirmar dicha obligación y algunos de sus efectos de forma tan temprana. En general, dichas cláusulas tendrán que ser claras y completas, esto es, que fijen certeramente la obligación de someterse a mediación sobre un conflicto determinado. *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 190 a 197; L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles...*, *op. cit.*, págs. 276 a 293; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, págs. 444 a 449; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, págs. 229 a 232; C. DEBATTISTA, «Drafting enforceable arbitration clauses», *Arbitration Int'l*, vol. 21, n° 2, 2005, págs. 234 a 236; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 120 a 122; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 167 a 169; D. JOSEPH, *Jurisdiction an arbitration agreements and their enforcement*, London, 2010, págs. 617 a 625; D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered...», *loc. cit.*, págs. 563, 565 y 566; C. MACHO GÓMEZ, «La mediación comercial...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 268 a 271; K. MACKIE, «The future for ADR Clauses after *Cable & Wireless v. IBM*», *Arbitration Int'l*, vol. 19, n° 3, 2003, págs. 345 a 362; K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, págs. 106 a 116; M. PRYLES, «Multi-Tiered dispute...», *loc. cit.*, págs. 169 a 172. Para un estudio general comparado, *vid.* P. TOCHTERMANN, «Agreements to Negotiate in the Transnational context – Issues of contract law and effective dispute resolution», *ULR*, vol. XIII, n° 3, 2008, págs. 685 a 712.

⁸⁹² En España el instrumento a emplear será la declinatoria. Otros países, como Francia o Alemania, aunque en sus respectivas modalidades procesales, también se han pronunciado en la misma dirección, la imposibilidad para conocer del asunto, tras la invocación de parte de la sumisión a mediación, *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 184 y 201 a 206; P. ANCEL, M. COTTIN, «L'efficacité procédurale...», *loc. cit.*, págs. 1386 a 1391; K.P. BERGER, «Law and practice...», *loc. cit.*, págs. 6 a 9; G. BLOCK, «La sanction attachée...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 69 a 83; L. CADIET, «L'effet processuel...», *loc. cit.*, págs. 182 a 189; F.M. FRIEDRICH, «The enforceability of mediation clauses – The approach of English and German courts and ICC arbitral tribunals», *SchiedsVZ*, 2005, n° 5, pág. 253; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 23 y 24; C. JARROSSON, «Cour de Cassation...», *loc. cit.*, págs. 403 a 416; C. JARROSSON, «Observations on...», *loc. cit.*, págs. 363 a 366; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 120 a 122; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 167 a 169; A. JOLLES, «Consequences of multi-tier arbitration clauses: Issues of enforcement», *Arbitration*, vol. 72, n° 4, 2006, pág. 332; X. LAGARDE, «Esquisse d'un régime...», *loc. cit.*, págs. 189 a 196; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 423

Por su parte, en Inglaterra se ha optado por admitir la demanda, pero suspender el procedimiento, *vid.* F.M. FRIEDRICH, «The enforceability...», *loc. cit.*, págs. 251 a 253; K. MACKIE, «The future for...»,

esto no supone ningún problema en cuanto al conflicto de leyes se refiere, porque los instrumentos a utilizar son de naturaleza procesal, de manera que se les aplicará la *lex fori*.

B) El efecto negativo y el cauce de la declinatoria.

349. Tal y como se establece en el art. 10.2 LM, el sometimiento a mediación supone la imposibilidad de acudir a los tribunales⁸⁹³. De manera que si, en tales circunstancias, alguna de las partes decide iniciar un proceso judicial ante tribunales españoles, ya sea por un conflicto nacional o transfronterizo, la parte contra la que se interpuso demanda podrá interponer declinatoria⁸⁹⁴.

loc. cit., págs. 345 a 362; también en EE.UU, *vid.* A. JOLLES, «Consequences of...», *loc. cit.*, págs. 332 y 333.

⁸⁹³ Este criterio es más favorecedor para la mediación que el recogido en el art. 13 LMCCI. En el citado precepto, las partes no sólo han debido acordar su sometimiento a mediación, sino que han tenido que comprometerse expresamente a no iniciar ningún procedimiento judicial o arbitral. Este contenido se estableció para evitar problemas en cuanto al derecho de acceso de los tribunales en los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, y así también eludir la creencia de que la mediación puede suponer un obstáculo para tal acceso. *Vid. Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, pág. 53. Sin duda, tales criterios son erróneos si se tiene en cuenta el carácter voluntario de la misma, esto es, que el citado procedimiento de mediación puede abandonarse en todo momento por cualquiera de las partes.

⁸⁹⁴ *Vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 96 a 99; G. PALAO MORENO, «Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012», *Diario La Ley*, nº 7847, 27 abril 2012, pág. 3. La Ley española difícilmente podría haber optado por configurar el intento de mediación como un requisito de admisibilidad de la demanda, -junto con la demanda, acta donde conste que la mediación se ha intentado, *vid.* M.R. GUTIÉRREZ SANZ, «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, nº 7871, 1 junio 2012, pág. 4-, ya que la mediación no es obligatoria legalmente, sino sólo cuando exista un pacto entre las partes. De hecho, tal configuración fue la elegida en el anterior y malogrado Proyecto de ley, si bien, también preveía la mediación obligatoria por precepto legal, *vid.* S. DÍEZ RIAZA, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles en nuestro ordenamiento», *RCFDCEE*, nº 83-84, pág. 110; V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», *loc. cit.*, págs. 243, 246 y 250; V. PÉREZ DAUDÍ, «Aspectos procesales...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 393 a 396.

Debido a la relevancia de la autonomía privada, -previo acuerdo entre las partes-, el juez no puede controlar de oficio la existencia de dicho pacto de sumisión a mediación, además, incluso aunque apreciara su existencia, -difícilmente realizará esa apreciación, pero pudiera deducirlo de la documentación presentada en la demanda-, las partes pueden haber renunciado al mismo de forma expresa con anterioridad, o incluso tácitamente, si el demandado decidiera contestar a la demanda. Por todo ello, y si se sigue el funcionamiento normal del sistema, no cabe la existencia de una simultaneidad de procesos. Y aunque las partes decidieran seguir con la mediación estando en curso un proceso, dicha simultaneidad tampoco parecería factible porque iría en contra del propio carácter voluntario y de buena fe que impregna la mediación, así como de sus objetivos consistentes en el ahorro de tiempo y dinero. En este sentido, se habla de simultaneidad y no de litispendencia, en tanto que la mediación, a diferencia del arbitraje, no asegura un título ejecutivo con fuerza de cosa juzgada. En referencia a la autonomía privada de las partes relativa a este punto, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 424 a 426. En cuanto a la renuncia de las cláusulas

a) El funcionamiento de la declinatoria internacional en la mediación a la luz de la Ley 5/2012.

350. De conformidad con la configuración dada a la mediación, y teniendo en cuenta que la declinatoria es un instrumento procesal, y por tanto, regido por la *lex fori* (art.3 LEC - *lex fori regit processum*)⁸⁹⁵, la propia Ley 5/2012 ha reformado los preceptos pertinentes de la LEC donde se entiende recogida la declinatoria, -también la internacional⁸⁹⁶-. De este modo, en el art. 39 LEC se dispone que será el demandado, y por tanto a instancia de parte, quien deberá alegar el pacto previo de sometimiento de la controversia a mediación. Por su parte, el art. 63.1 LEC establece también como motivo para su interposición la citada sumisión a tal método. A su vez, se ha reformado el art. 65.2 LEC para incluir que por tal razón, el tribunal estimará la declinatoria también mediante auto; y el art. 66 LEC para añadir este supuesto a la regulación sobre los recursos, de apelación si se estimara la declinatoria y de reposición si se desestimara⁸⁹⁷.

351. Según el art. 10.2 LM, el uso de la declinatoria se condiciona a que exista *el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta*. A pesar de esta dicción, así como de la expresión, *-durante el tiempo en que se desarrolle la mediación-*, empleada en la misma disposición, ambos, el compromiso y la iniciación, no son requisitos cumulativos. En otras palabras, no sólo se podrá interponer declinatoria una

de mediación, *vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 99 a 101. En cuanto a esta cuestión respecto del arbitraje, *vid.* E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, págs. 261 a 264; A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 183 a 205; J. FERNÁNDEZ-ARRESTO, *El convenio arbitral...*, *op. cit.*, págs. 200 a 202; R. VERDERA SERVER, *El convenio arbitral*, Cizur Menor, 2009, págs. 372 a 385; R. VERDERA SERVER, V. GUZMÁN FLUJA, S. BARONA VILAR, «Art. 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, págs. 483 a 487.

⁸⁹⁵ *Vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil...*, *op. cit.*, págs. 116 y 117; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 660 a 664; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 403 y 404.

⁸⁹⁶ *Vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, «El tratamiento de las cuestiones procesales con anterioridad a la audiencia previa al juicio (II): El tratamiento de los presupuestos y óbices procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia del tribunal: La declinatoria», en AA.VV., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Cizur Menor, 2005, págs. 111 y 112, 160 a 162; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 412 a 417, 434 a 439.

⁸⁹⁷ *Vid.* Disposición final tercera: dos, tres, cuatro y cinco LM.

vez iniciado el procedimiento de mediación, sino que bastará también con el compromiso de sometimiento aun cuando la otra parte no haya realizado actuación alguna tendente a dar comienzo al citado procedimiento⁸⁹⁸.

352. La decisión adoptada por el legislador de emplear la declinatoria es la misma que la utilizada para el arbitraje. Es cierto que, en ambos casos, las partes son las que acuerdan voluntariamente su sometimiento a dichos métodos de solución de conflictos, sin embargo, existe una diferencia fundamental que afecta de lleno a la utilidad de la declinatoria: la mediación es un procedimiento completamente voluntario, esto es, las partes pueden desistir de la misma en cualquier momento⁸⁹⁹. Ello implica que, aún habiéndose interpuesto declinatoria para dar lugar al inicio del procedimiento de mediación propiamente dicho, y habiéndola estimado el órgano jurisdiccional, la parte demandante puede abandonar la mediación tras la sesión constitutiva; o ya estando en curso el citado procedimiento, -más allá de la sesión constitutiva-, la parte actora tiene la posibilidad de dejar su participación en el mismo, incluso antes de que el órgano jurisdiccional dicte auto⁹⁰⁰. En estos casos, la declinatoria o bien sirve para que una de las partes acuda a una mera sesión; o bien pierde su objeto pues la mediación se ha intentado, aunque no se haya finalizado formalmente⁹⁰¹. En efecto, en este último

⁸⁹⁸ Vid. M.R. GUTIÉRREZ SANZ, «La cuestión declinatoria...», *loc. cit.*, pág. 2; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 426 a 433. De lo contrario, no sólo supondría una severa limitación del denominado efecto negativo, sino que incidiría de forma adversa en la mediación internacional, al no poder impedirse la existencia de procedimientos paralelos a la misma, *vid.* G. PALAO MORENO, «Autonomía de la voluntad...», *loc. cit.*, pág. 3.

⁸⁹⁹ Vid. H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal...», *loc. cit.*, pág. 3. En cambio esto no ocurre con el arbitraje, la existencia de un convenio arbitral válido, hecho valer en tiempo y forma por el demandado, supone la exclusión del juez ordinario predeterminado por la ley, *vid.* M. BLANCO CARRASCO, «Artículo 10...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 145 a 148.

En cuanto la debate sobre la implantación o no de la declinatoria en la propia elaboración de la Ley 5/2012, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 419 a 421.

⁹⁰⁰ De igual manera se pronuncia el art. 13 LMCCI cuando dice que el inicio del procedimiento judicial o arbitral no constituye, en sí mismo la terminación de la conciliación. En este sentido y teniendo en cuenta la regulación de la Ley 5/2012, lo más sencillo es que antes de interponer demanda, la parte declarara su voluntad de no continuar con el procedimiento ya en marcha, obteniendo así el acta final de mediación, y habiendo ya cumplido la obligación de intentar la mediación. En cuanto a la tramitación de la declinatoria, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, «El tratamiento de las cuestiones...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 174 a 178.

⁹⁰¹ Por esta misma razón, esto es, por el carácter voluntario del procedimiento de mediación, tampoco tiene mucho sentido el empleo de los recursos previstos para el auto que resuelva la declinatoria (art.66 LEC). En cuanto a estos recursos, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, «El tratamiento de las cuestiones...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 184 a 186.

supuesto, se ha cumplido con la obligación de sometimiento al citado método, aunque el abandono del mismo no se haya declarado directamente a las partes y al mediador, -para que éste extienda el acta preceptiva-, sino que se haya interpuesto demanda directamente.

b) Declinatoria internacional y competencia judicial internacional.

353. En este orden de ideas, si el demandado interpone declinatoria debido a la existencia de un pacto de sometimiento a mediación internacional aún no intentada, el mismo tribunal español ante el que se presentó la demanda (art. 63.2 LEC), deberá decidir si dicho acuerdo es válido⁹⁰². Si entiende que no lo es, será el propio órgano jurisdiccional quien conozca del fondo del litigio principal en virtud de uno de los foros del Reglamento 44/2001, y en su defecto, de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹⁰³. Y si la estima, entonces declarará su incompetencia para conocer del caso, si bien, tal pronunciamiento no implica obligación para el actor de acudir a la mediación pactada, ni obliga al demandado a iniciarla⁹⁰⁴.

Su uso sería un gasto innecesario de tiempo y dinero. Si el auto estima la declinatoria, es más rentable que el actor acuda a la sesión constitutiva, o declare su abandono en el procedimiento de mediación correspondiente para obtener el acta final, en vez de recurrir. Por otro lado, si el auto desestima la declinatoria, de nada servirá recurrir, cuando el actor ya ha dejado claro su negativa a participar en una mediación, porque, aunque el recurso de reposición se estimara, dicha persona sólo estaría obligada a participar en la ya citada sesión, o a anunciar su retirada *oficial* del procedimiento de mediación. Incluso el recurso de apelación contra la sentencia definitiva tampoco sería útil, sólo se conseguiría deshacer todo lo actuado procesalmente, anularlo y retrotraerlo para tales nimiedades, sin olvidar que el ahorro en tiempo y dinero hubiera fracasado, y que el pronunciamiento de la sentencia, tanto en un sentido como en otro, condicionaría enormemente la posterior mediación, haciéndola prácticamente inviable.

⁹⁰² En cuanto a la ley aplicable a la validez de las cláusulas de mediación y contratos para mediar, *vid. supra*, págs. 262 a 274.

⁹⁰³ En virtud del Reglamento 44/2001, -aunque en el caso de la declinatoria, la validez del pacto de sometimiento a mediación se estudia de forma incidental-, los tribunales españoles, a diferencia del arbitraje, también tendrían competencia judicial internacional para conocer de tal asunto a título principal. *Vid. supra*, págs. 249 y 250.

⁹⁰⁴ Puede ocurrir que existan varios objetos en el proceso, y la sumisión a mediación sólo abarque a uno o varios de ellos, pero no a todos. En ese caso, el proceso judicial continuará para el resto de pretensiones, dictándose un sobreseimiento parcial para aquellas materias contempladas en el pacto de sumisión. Esta solución se entiende para aquellos casos donde no existe riesgo de resoluciones contradictorias. Sin embargo, no ocurre lo mismo con aquellas pretensiones con un nexo jurídico tal, que es posible la existencia de pronunciamientos incompatibles. Aunque se debe confiar en que las partes cubran este tipo de eventualidades a la hora de elaborar la cláusula de mediación o el contrato para mediar, si no fuera así, lo más sencillo es que, *a posteriori*, ampliaran su ámbito objetivo en orden a trabajar todas las pretensiones en mediación. Si ello no fuera posible, pueden darse dos situaciones. Si la mediación es

354. En este último supuesto, la no competencia del tribunal español se basará, en todo caso, en el art. 22.2 LOPJ⁹⁰⁵. Sin embargo, el efecto derogatorio va inextricablemente unido al prorrogatorio, y en este sentido, la mediación, a diferencia del arbitraje, no se puede asimilar al proceso judicial⁹⁰⁶. Aunque, en este caso, no existe el peligro de que la otra autoridad, -ni jueces de terceros Estados, ni árbitros-, pueda rechazar la validez del acuerdo de sumisión a mediación. Tampoco existe garantía alguna de que la mediación, en tanto que procedimiento voluntario, termine con una solución al conflicto. Es más, una de sus grandes ventajas es su complementariedad respecto del proceso judicial, -o del arbitraje-, de manera que es perfectamente factible que las partes vuelvan a plantear la controversia ante los tribunales.

355. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los tribunales españoles previamente rechazaron su competencia mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso (art. 65.2 LEC). Aunque esta resolución no tenga efectos de cosa juzgada material, porque su validez o nulidad no se ha planteado a título principal,

objeto de la cuestión prejudicial, la mejor solución será suspender el proceso judicial hasta que se intente la mediación, de manera que sino se llega a ningún acuerdo, el tribunal pueda conocer de todas las pretensiones en conjunto, o si la mediación tiene éxito, se obtenga un acuerdo en relación a la pretensión sometida a tal método. Lo mismo podría predicarse en la relación mediación-arbitraje. En cambio, si la cuestión prejudicial es objeto de un proceso judicial, aunque pudiera acordarse la suspensión de la mediación para esperar al pronunciamiento del proceso judicial, ello no tiene sentido, porque se quebrarían parte de los objetivos propios de la mediación, como son la solución rápida y poco costosa del conflicto. En este sentido, aunque el arbitraje se entiende más rápido que el proceso judicial, las partes debieran tener en cuenta su duración, a la hora de decidir sobre esta cuestión. Por otra parte, si fueran cuestiones accesorias o subsidiarias, y la pretensión principal estuviera sometida a mediación, todas debieran incluirse en ella, teniendo en cuenta que si la mediación no acaba en acuerdo, siempre se podrá acudir a arbitraje o proceso judicial. En cuanto al arbitraje, *vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción...*, *op. cit.*, págs. 204 y 205; L. CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal...*, *op. cit.*, págs. 160 y 161; J.F. MERINO MERCHAN, J.M. CHILLON MEDINA, «La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje», *RCEA*, 1988-1989, págs. 240 y 241; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 5; R. VERDERA SERVER, *El convenio...*, *op. cit.*, págs. 365 y 366; R. VERDERA SERVER, V. GUZMÁN FLUJA, S. BARONA VILAR, «Art. 11...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 488 y 489.

Por otra parte, debe tener en cuenta que el pacto de sumisión a mediación sólo obliga a las partes que lo suscribieron, pero no a terceros que pudieran verse afectados por la controversia (art. 1257 Cc), *vid.* P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 4.

⁹⁰⁵ Aunque el demandado estuviera domiciliado en el «territorio 44» y su competencia se rigiera por el Reglamento 44/2001, el pacto de sumisión a mediación, -al igual que ocurre con la sumisión a terceros Estados y con los convenios arbitrales-, es una *regla de no-competencia*, y por tanto, no recogida en el citado Reglamento. Ello provoca una falta de uniformidad, porque cada Estado miembro aplicará sus propias normas. Precisamente, este es uno de los puntos a los que se intenta dar solución en el *Libro verde revisión Reglamento 44/2001 de 21 de abril 2009*, *vid.* COM 2009 275 final. Si bien, no ha sido reflejado en el nuevo Reglamento 1215/2012.

⁹⁰⁶ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, pág. 303.

sino que se ha efectuado *incidenter tantum*, -sólo en orden a decidir sobre la declinatoria-, el auto que estima la declinatoria, una vez firme, sí que provoca la denominada cosa juzgada formal, esto es, sería una cuestión procesal que no podría volver a debatirse (art. 207 LEC)⁹⁰⁷. Si el juez ya se pronunció a través de la vía de la declinatoria, sobre un determinado contrato para mediar o cláusula de mediación en relación a una concreta controversia, y efectivamente declaró que había sumisión a mediación, no podría volver a pronunciarse sobre la misma cuestión procesal⁹⁰⁸. Sin embargo, en el caso de la mediación este obstáculo puede ser salvado en aras a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), porque aquélla ya fue intentada. En otras palabras, existe un hecho nuevo de vital importancia, que certifica el cumplimiento de la obligación de sumisión a mediación, de manera que ésta no podrá volver a oponerse. Ello servirá para que el tribunal pueda entrar a conocer del litigio principal en base a alguno de los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento 44/2001, y en su defecto, de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Este sobreseimiento se considera una resolución definitiva, esto es, pone fin a la instancia. Una vez firme, adquiere el efecto de cosa juzgada formal, no material. *Vid.* R. VERDERA SERVER, *El convenio...*, *op. cit.*, pág. 387; R. VERDERA SERVER, V. GUZMÁN FLUJA, S. BARONA VILAR, «Art. 11...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 471.

En este sentido, también se ha pronunciado el TJUE, en un caso intra-UE en relación con dos tribunales de Estados miembros distintos y una cláusula de sumisión a un tercer Estado. Si un Estado miembro declinó su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia, tal resolución tiene fuerza de cosa juzgada y no podrá volver a plantearse ante otro Estado miembro, *vid.* STJUE, de 15 de noviembre de 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros c. Samskip GmbH*, C-456/11, *Rec.* 2012.

⁹⁰⁸ Así se establece en el arbitraje, *vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción...*, *op. cit.*, pág. 129; L. CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal...*, *op. cit.*, pág. 163; R. VERDERA SERVER, V. GUZMÁN FLUJA, S. BARONA VILAR, «Art. 11...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 483.

⁹⁰⁹ Este nuevo hecho, sin embargo, no se produce cuando el sometimiento es al tribunal de otro Estado o a un arbitraje, de ahí que, ante la falta de solución legal al respecto, se hayan expuesto diversas teorías para evitar la consecuente denegación de justicia, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 295 y 296; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 303 y 304.

Si bien, en el caso del arbitraje, existen ciertas excepciones, de manera que si tal convenio pierde su eficacia, los tribunales recobrarán la competencia plena, aunque con anterioridad se hubiera estimado la declinatoria, *vid.* L. CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal...*, *op. cit.*, pág. 40; R. VERDERA SERVER, *El convenio...*, *op. cit.*, págs. 366 y 367; R. VERDERA SERVER, V. GUZMÁN FLUJA, S. BARONA VILAR, «Art. 11...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 454.

c) *La inadecuación de la declinatoria a la mediación.*

356. Esta realidad pone de relieve que la declinatoria, a pesar de preverse en orden a fortalecer las cláusulas de mediación y los contratos para mediar, no es un instrumento útil en tanto que el procedimiento de mediación, a diferencia del arbitraje y también del propio proceso judicial, está completamente basado en la voluntad, buena fe, confianza y colaboración de las partes, tanto entre ellas como en la propia mediación como método idóneo para resolver sus conflictos⁹¹⁰. Debido a estas características, especialmente a la voluntariedad, y para evitar un empleo *formalista* de la declinatoria, que sólo provocaría más gastos y dilaciones, aspectos que precisamente quiere evitar la mediación, se debiera entender que la parte demandante, en tanto que interpone demanda, desiste tácitamente de la mediación⁹¹¹. Tal desistimiento, en el caso de que la acción se hubiera interpuesto antes de intentar la mediación, debiera tener las mismas consecuencias que aquel producido por la falta de asistencia a la sesión informativa (art. 17 LM), en otras palabras, la imposición de las costas procesales a la parte que inició el

⁹¹⁰ Vid. V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», *loc. cit.*, págs. 252 y 253. Teniendo presente tal consideración, puede encontrarse el motivo por el cual el inciso final del art. 10.2, recogido en el Real Decreto-Ley 5/2012, fue sacado de la versión final en la Ley 5/2012. El cual, además de prever la interposición de la declinatoria, establecía que ésta *no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones de mediación*. Precepto precisamente idéntico al art. 11.2 LA. En el caso del arbitraje, esta norma muestra la preferencia del legislador sobre el mismo en contraposición con el proceso judicial, -ya que ambos son excluyentes-. Protege al demandado que interpuso declinatoria a favor del arbitraje, intenta reducir los efectos de tácticas dilatorias destinadas a entorpecer o bloquear el mismo. Sin embargo, existe una diferencia fundamental con la mediación: no se puede olvidar que sólo la voluntad concurrente de ambas partes o una decisión judicial firme pueden excluir el arbitraje, esto es, no se puede abandonar el arbitraje unilateralmente. En todo caso, la situación no deja de ser complicada, -una parte quiere emplear el proceso judicial, la otra defiende el arbitraje-, de ahí que, en estas situaciones, sea tarea de los árbitros intentar que el arbitraje se desarrolle de la forma más correcta posible, evitando maniobras entorpecedoras de la primera, hasta que el auto que resuelva la declinatoria sea firme, y en caso de que sea estimatorio, en el subsiguiente desarrollo del arbitraje, Vid. R. VERDERA SERVER, V. GUZMÁN FLUJA, S. BARONA VILAR, «Art. 11...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 476 a 479; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 333 y 334.

⁹¹¹ Sin embargo, en este aspecto, la Ley 5/2012 sigue al art. 13 LMCCI, el cual establece que el inicio de un procedimiento judicial o arbitral, en sí mismo, no constituye una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación. En contra de esta regulación, y apoyando la propuesta aquí recogida, se encuentra la jurisprudencia austriaca, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 206 y 207. En este sentido, si una ley extranjera determinada conforme al RRI, estableciera dicha solución, en vez de recoger el efecto negativo aquí explicado, ello no permitiría aplicar la *lex fori* (art. 9.1 RRI), para así acudir a la solución dada en el art. 10.2 LM. Este aspecto no tiene suficiente entidad como para considerarlo una ley de policía, tal y como se define en el citado RRI. En consecuencia, el tribunal español podría entrar a conocer del asunto principal, si no se interpusiera declinatoria alegando otro motivo. Todo ello, sin perjuicio de la correspondiente indemnización que pudiera solicitar el demandado como consecuencia del incumplimiento contractual.

proceso judicial, aunque obtuviera sentencia favorable (art. 395 LEC). Sin perjuicio de poder solicitar reclamación de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación contractual de intentar la mediación derivada de la cláusula o contrato para mediar⁹¹².

2. El efecto positivo y negativo de las cláusulas de mediación y los contratos para mediar sobre el arbitraje: especial referencia al efecto negativo y su incidencia en el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

357. En el ámbito comercial internacional es muy habitual que las partes hayan acordado someterse a mediación, y en el supuesto de que la misma fracase, a arbitraje. En este caso, las cláusulas de mediación y contratos para mediar siguen gozando de los mismos efectos positivo y negativo, esto es, las partes están obligadas a someterse a una mediación, de modo que no se puede acudir, en primer término, a arbitraje⁹¹³. Dichos efectos, al igual que se ha explicado en páginas anteriores, se regirán por la ley aplicable a la propia cláusula de mediación o contrato para mediar⁹¹⁴.

358. Una vez surgido el conflicto, puede ocurrir que una de las partes inicie directamente el procedimiento arbitral. De conformidad con lo propuesto en el apartado anterior, se debiera entender que la parte demandante, en tanto que impulsa el inicio del arbitraje, desiste tácitamente de la mediación⁹¹⁵. Sin embargo, si se aplicara la ley española, habrá que acudir a la misma solución que la proporcionada para el proceso

⁹¹² Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...op. cit.*, págs. 208 y 209; V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», *loc. cit.*, pág. 245. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios derivada del incumplimiento de cláusulas «adjetivas» o «preprocesales», *vid.* STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 6/2009, de 12 de enero de 2009. Vid. M.R. GUTIÉRREZ SANZ, «La cuestión declinatoria...», *loc. cit.*, pág. 3. En cualquier caso, la validez o nulidad que se declare respecto del pacto de sumisión a mediación por medio de la declinatoria, no tiene efectos de cosa juzgada material, sino que solo se efectúa *incidenter tantum*, de manera que para obtener la correspondiente indemnización, tendrá que plantearse tal cuestión a título principal.

⁹¹³ El art. 10.2 LM también recoge esta situación, cuando se refiere a la imposibilidad de ejercitar contra las otras partes ninguna acción extrajudicial.

⁹¹⁴ Vid. *supra*, págs. 303 a 305.

⁹¹⁵ Sin perjuicio de poder solicitar reclamación de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación contractual de intentar la mediación derivada de la cláusula o contrato para mediar. Nada se dice sobre la asignación de las costas en este caso, sin embargo, las partes podrían acordar una regla similar a la prevista en el art. 395 LEC, para así asegurarse que se intentará la mediación prevista. En cuanto a la autonomía de las partes para fijar el pago de las costas y el art. 37.6 LA, *vid.* S. BARONA VILAR, «Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, págs. 1244 a 1247.

judicial (art. 10.2 LM)⁹¹⁶. Obviamente, y dado que este supuesto se refiere al arbitraje, el instrumento de la declinatoria no es viable, de modo que se deberá acudir a alguna de las previsiones establecidas para este procedimiento que se asemejen a la función de la declinatoria⁹¹⁷. En este sentido, y siguiendo con lo establecido por el legislador para el proceso judicial, la vía que debiera utilizar el demandado en sede de arbitraje es el planteamiento de una excepción (art. V.1. CG y art. 22.2 LA)⁹¹⁸.

359. Los árbitros tienen potestad para conocer de su propia competencia en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz* (art. V.3 CG y art. 22.1 LA). Según tal principio, es el árbitro el que únicamente, -con exclusión de los órganos jurisdiccionales-, justificará su propia competencia⁹¹⁹. Los árbitros están facultados, pero no obligados, a realizar un control de oficio de su propia competencia. Tal regulación se debe, precisamente, a supuestos como el aquí analizado. Si el demandado contesta sin oponer excepción, se entiende que también renuncia a la mediación y decide someterse directamente al arbitraje, luego la eventual excepción que pudiera

⁹¹⁶ En este sentido, también se manifiesta el art. 13 LMCCI, *vid. supra*, nota nº 900.

⁹¹⁷ Si la ley aplicable extranjera estableciera la otra solución apuntada, será ésta la que deba seguirse, sin perjuicio, de nuevo, de la indemnización que el perjudicado pueda solicitar. En cualquier caso, existe una práctica arbitral muy diversa. Para empezar, se ha propuesto, para estos casos, la mera suspensión del procedimiento arbitral, para así no tener que empezar de nuevo. En cuanto a los arbitrajes seguidos por las reglas de la CCI, se obliga a las partes a intentar la mediación, si es que sus cláusulas obligan y aquella no ha sido todavía intentada. Sin embargo, a esta praxis general, también se han realizado proposiciones para que el tribunal arbitral tenga en cuenta otras muchas circunstancias, y así no obligar a la mediación y continuar con el arbitraje. Por ejemplo, si es claro que la parte que defiende la mediación tiene la mera intención de atrasar el mismo, o si la negativa de acudir al ADR es tan rotunda, que la misma sólo puede traer más gastos inútiles, -los propios de la mediación, así como pérdida de tiempo-. En cuanto a la práctica arbitral comercial internacional en esta materia, *vid.* F.M. FRIEDRICH, «The enforceability...», *loc. cit.*, pág. 254; D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Multi-tiered dispute...», *loc. cit.*, págs. 71 a 88, en especial «Extracts from ICC Arbitral Awards relating to multi-tiered dispute resolution clauses», págs. 74 a 88; R. JACOBS, «Should mediation trigger arbitration in multi-step alternative dispute resolution clauses», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 15, 2004, págs. 161 a 180; A. JOLLES, «Consequences of...», *loc. cit.*, págs. 333 y 334, 336 y 337; D. JONES, «Dealing with...», *loc. cit.*, págs. 190 a 192; D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered...», *loc. cit.*, págs. 567 y 568; A. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, «Multi-Step dispute resolution...», *loc. cit.*, págs. 742 a 744; E. PALMER, E. LÓPEZ, «The use of multi-tiered...», *loc. cit.*, págs. 288 a 290.

⁹¹⁸ *Vid.* E. MARTÍNEZ GARCÍA, «Art. 29. Demanda y contestación», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 1026. Por todo ello, las críticas realizadas a la declinatoria, pueden ser extensibles a este apartado.

⁹¹⁹ *Vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, *op. cit.*, págs. 103 a 105. Para un estudio principio de este principio, *vid.* P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *RCADI*, vol. 217, 1989, págs. 327 a 452. Aunque se hable de competencia, realmente se trata de jurisdicción, si bien, de forma matizada, en tanto que no se está ante órganos jurisdiccionales, *vid.* V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 810 y 811.

oponer desaparece⁹²⁰. Sin embargo, puede ocurrir todo lo contrario, que plantee la excepción consistente en la existencia de un pacto de sumisión a mediación previo al arbitraje.

360. Ante tal tesitura, la cuestión que inmediatamente se plantea es si dicha excepción puede realmente oponerse. En este sentido, el art. V.1 y el art. V.2 CG, sólo se refieren al momento en que deben ser interpuestas las excepciones de inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral y la consistente en que la controversia exceda de las facultades del árbitro⁹²¹. Por su parte, aunque el art. 22 LA también menciona expresamente ambas excepciones, deja la cuestión abierta al establecer *o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia*⁹²². Aprovechando este enunciado, la doctrina ha expuesto otras posibles excepciones, aunque la mayoría no se ha arriesgado a realizar un listado cerrado⁹²³. En cualquier caso, lo cierto es que entre las propuestas no se recoge la existencia de una cláusula de mediación o contrato para mediar, si bien, ello no obsta para que pueda considerarse incluida.

361. Del mismo modo que, en virtud del art. 65.2 LEC, los tribunales pueden declarar su falta de jurisdicción por haberse sometido el asunto a arbitraje o mediación. Se puede alegar falta de *jurisdicción* en sede de arbitraje por recaer el objeto del conflicto en una mediación previa. En abstracto, el poder de los árbitros, al igual que el

⁹²⁰ Vid. V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 22...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 809 a 814. Por ello, y por las razones indicadas más arriba, no resulte factible la simultaneidad de procedimientos, *vid. supra*, nota nº 894.

⁹²¹ Para un estudio de este precepto, *vid.* J.M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pág. 808; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Arbitraje comercial internacional», en A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Legislación de Derecho internacional privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002, págs. 1002 y 1003.

⁹²² A diferencia del principio *Kompetenz-Kompetenz* ya resuelto por una norma material especial de Derecho internacional privado de origen convencional (art. V.3 CG) que desplaza, en su caso, al Derecho nacional, este aspecto se regirá por la ley aplicable al procedimiento. Según el art. V.1.d) CNY será la ley elegida por las partes o, en su defecto, por la ley de la sede arbitral. Mientras que el art. IV.1.b)iii); el art. IV.3 y el art. IV.4.d) CG hablan de la ley elegida por las partes o por el reglamento de la institución arbitral elegida, y en su defecto, la ley determinada por el árbitro o árbitros, criterio seguido también en el art. 25.2 LA. Para profundizar sobre esta cuestión, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, págs. 98 y 99; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, 2011, págs. 666 a 669; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Arbitraje comercial...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 987 y 1003; J.M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, págs. 823 a 850.

⁹²³ Vid. V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 22...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 817 a 820. Una propuesta de listado cerrado se recoge en J. NIEVA FENOLL, «Art. 22. Modo de plantear y resolver las excepciones y atisbo de jurisdicción sobrevenida por silencio del demandado», *Anuario Justicia Alternativa, Derecho arbitral, Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona, 2004, págs. 74 a 78.

de los jueces, deriva del Estado, -no se podría explicar de otra forma el valor de título ejecutivo y fuerza de cosa juzgada del laudo arbitral-, si bien, en cada caso concreto, depende de la voluntad de las partes⁹²⁴. Y las mismas, aunque así se hayan manifestado a través del correspondiente convenio arbitral, también ellas, han sometido su conflicto previamente a mediación a través de la debida cláusula de mediación o contrato para mediar, posponiendo los efectos del convenio arbitral a condición suspensiva, en concreto, hasta que la mediación se haya, al menos, intentado⁹²⁵. Por todo ello, la existencia de un pacto de sumisión a mediación debiera considerarse como excepción que impide a los árbitros entrar al fondo del asunto⁹²⁶.

362. Tal y como se establece en los apartados 2 y 3 del art. 22 LA, las partes deberán plantear la excepción *a más tardar en el momento de presentar la contestación*, regulación que encaja perfectamente con el supuesto que aquí se analiza, esto es, la existencia de un pacto de sumisión de mediación previo al arbitraje. Por otra parte, aunque a los árbitros se les otorga una mayor flexibilidad a la hora de pronunciarse, se entiende que resolverán al inicio del procedimiento arbitral debido a la materia que se trata. Tanto si se estima como si se desestima cabe interponer recurso de anulación, si bien, en el caso de la estimación, las causas de anulación del art. 41.1 LA no parecen redactadas para albergar los motivos basados en la aceptación de la excepción⁹²⁷. A pesar de que dicho laudo deviniera firme, podría volver a iniciarse el arbitraje una vez se hubiera cumplido con la obligación de sometimiento a mediación.

⁹²⁴ Vid. A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción...*, op. cit., pág. 143.

⁹²⁵ En caso de que el ADR no fuera mediación, sino otro método alternativo de resolución de conflictos, el tribunal arbitral tendrá que seguir requiriendo que las partes hubieran iniciado tal mecanismo, y a través del mismo, hubieran intentado llegar a una solución, vid. K.P. BERGER, «Law and practice...», loc. cit., págs. 10 a 13. El problema se encuentra, también en la mediación, cuando una de las partes se niega a iniciar el procedimiento. El art. 395 LEC no es aplicable al arbitraje, mientras que el art. 37 LA sólo se refiere al sistema de imposición de costas derivado del acuerdo de las partes, de manera que salvo que existiera un pacto previo similar al contenido del art. 395 LEC, -caso poco probable-, o que la regulación institucional elegida por las partes lo prevea, no se podrá poner sanción alguna en esta materia. Si bien, la parte perjudicada podrá acudir a los tribunales para solicitar la indemnización correspondiente como consecuencia del incumplimiento contractual.

⁹²⁶ En apoyo a esta propuesta, esto es, en cuanto a la extensión del principio *kompetenz-kompetenz* a las cláusulas *med-arb*, ha de decirse que existe jurisprudencia tanto en Suiza como en Francia, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 182; A. JOLLES, «Consequences of...», loc. cit., pág. 335.

⁹²⁷ Vid. M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, op. cit., págs. 105 a 107; V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 22...», loc. cit., op. cit., págs. 830 y 831. En todo caso, el sistema de recursos, al igual que ocurría con la declinatoria, son ciertamente incompatibles con las características que conforman la mediación.

363. En todo caso, aunque en sede de arbitraje es factible construir un sistema similar a la declinatoria⁹²⁸, lo cierto es que lo más adecuado conforme a los principios que inspiran la mediación, sería considerar el desistimiento tácito del demandante, sin perjuicio de la responsabilidad en la que pudiera incurrir. Siguiendo esta tesis, sería también conveniente acordar algún tipo de condena en costas arbitrales para la parte incumplidora de la sumisión a mediación.

IV. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL Y MEDIACIÓN INTRARBITRAL O *MEDIATION WINDOW*.

1. Mediación intrajudicial y suspensión del proceso judicial.

364. El art. 16.3 LM permite que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso judicial en curso, en el caso de que acuerden su sometimiento a mediación. Al contrario que en el apartado anterior, donde tanto una cláusula de mediación como un contrato para mediar, -aunque este último sea menos probable-, podían dar lugar a una declinatoria, en este supuesto, en tanto que necesariamente el conflicto ha tenido que surgir con anterioridad, sólo podrán provocar la suspensión los contratos para mediar.

A) Determinación de la Ley aplicable.

365. La suspensión del proceso judicial debe considerarse un efecto negativo propio de los contratos para mediar en tanto que se celebran en el curso de un proceso judicial, dando lugar a una mediación intrajudicial. Al igual que una vez existe una cláusula de mediación o contrato para mediar, no puede iniciarse un proceso judicial, si éste hubiera comenzado, tendrá que quedar en suspenso cuando se celebre un contrato de mediación. Por ello, tal efecto seguirá el mismo régimen previsto para el resto de los efectos de las citadas relaciones contractuales, esto es, la ley aplicable a las mismas.

⁹²⁸ No se debe olvidar que las críticas realizadas a la declinatoria pueden extenderse al supuesto descrito, tanto si se inició el arbitraje sin haber comenzado con la mediación como una vez iniciada. Supone un sistema demasiado formal y costoso, cuando la mediación se caracteriza principalmente por su voluntariedad y flexibilidad, *vid. supra*, págs. 185 y 186. En cuanto a la diversidad de pretensiones y las relaciones entre las mismas con respecto a la mediación y el arbitraje, también, *vid. supra*, nota nº 904.

366. Por tanto, puede darse el caso de que, una vez iniciado el proceso judicial ante tribunales españoles, las partes decidan celebrar un contrato para mediar sometido a la Ley española o a la ley de otro Estado. En el primer supuesto, y en cuento a esta cuestión, se aplicará el art. 16.3 LM, en el segundo, se aplicará el precepto que corresponda dentro del ordenamiento extranjero⁹²⁹. Sin perjuicio de la aplicación de la correspondiente disposición, en todo lo demás y para efectivamente cumplirla, se aplicará nuestra ley procesal (art. 3 LEC – *lex fori regit processum*)⁹³⁰.

B) La suspensión del proceso judicial como consecuencia de una mediación a la luz de la LEC.

367. Reflejo del principio dispositivo que rige el proceso civil, el art. 19.4 LEC establece que las partes pueden disponer del mismo solicitando su suspensión⁹³¹. Uno de los motivos para realizar dicha solicitud será el sometimiento a mediación, tal y como se establece en el art. 16.3 LM⁹³². En estos casos, y siguiendo la regulación procesal citada, la suspensión se acordará siempre que no perjudique el interés general o

⁹²⁹ En este sentido, debe resaltarse que la suspensión del proceso judicial como consecuencia de una mediación es una cuestión generalizada en los ordenamientos jurídicos. Normalmente, los tribunales han llevado a cabo esta práctica mucho antes de que existieran leyes sobre mediación.

⁹³⁰ Vid. M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil...*, op. cit., págs. 116 y 117; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 660 a 664; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 403 y 404.

⁹³¹ Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, op. cit., págs. 488 y 489. Otra manifestación del citado principio que rige el proceso civil es la posibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso poniéndole fin anticipadamente, en este sentido, la Ley 5/2012 ha reformado el art. 19.1 LEC para incluir la mediación. Este precepto establece como limitaciones: la prohibición de la ley, razones de interés general o en beneficio de tercero. Si bien, en el caso de la mediación, tales aspectos no supondrá un grave problema en tanto que ésta también limita su objeto a los conflictos que afecten a derechos y obligaciones disponibles por las partes (art. 2.1 LM). Vid. M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», loc. cit., págs. 3 y 4; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, op. cit., págs. 26 a 31; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», loc. cit., op. cit., págs. 409 a 412.

⁹³² En consonancia con lo establecido en el citado art. 16.3 LM, tanto el art. 415.1 LEC como el art. 443.3 LEC, -reformados por la Ley 5/2012-, también hacen mención a la suspensión del proceso solicitada por las partes (art. 19.4 LEC), durante la audiencia previa en el procedimiento ordinario, y durante el desarrollo de la vista respectivamente. Si bien, dicha regulación no es más que una reiteración de la citada facultad de suspensión que, por otra parte, las partes conservan durante toda la tramitación del proceso, no sólo en los citados momentos. En todo caso, dicha suspensión no es obligatoria, es decir, en aquellos casos donde durante un tiempo no vayan a celebrarse actuaciones judiciales en el proceso es posible que la mediación se lleve a cabo sin necesidad de suspenderlo, vid. M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, «Artículo 16...», loc. cit., op. cit., pág. 202.

a tercero, y por una duración máxima de 60 días⁹³³. En cuanto al límite temporal, éste no supondrá un problema si las partes continúan participando en un procedimiento de mediación, porque dicha suspensión se convertirá en archivo provisional de las actuaciones, empezando a correr el plazo de caducidad de la instancia, que en primera es de dos años y en segunda o pendiente de recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación es de un año (art. 237.1 LEC), obviamente una duración mucho más amplia que la normalmente empleada para la mediación⁹³⁴.

368. En este sentido, aunque el art. 16.3 LM deja el protagonismo a la voluntad de las partes, la propia legislación procesal española se inclina por favorecer el contrato para mediar que provoque la citada suspensión del proceso civil. Para ello, y en cuanto al procedimiento ordinario se refiere, se fija la obligación para el órgano jurisdiccional de informar a las partes sobre la posibilidad de someterse a mediación en la citación a la audiencia previa, e incluso en el inicio de la misma (art. 414.1 LEC)⁹³⁵. Y por su parte, en el juicio verbal, tal información deberá ser proporcionada a las partes en la citación de la vista (art. 440.1 LEC)⁹³⁶.

⁹³³ Al igual que ocurre con el art. 19.1 LEC, las citadas excepciones materiales difícilmente se producirán en el caso de la mediación, no se debe olvidar que su objeto son conflictos donde estén implicados derechos y obligaciones disponibles por las partes, art. 2.1 LM.

⁹³⁴ Aunque la Ley 5/2012 no fija un plazo máximo para la mediación, ésta *será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones* (art. 20). Es muy improbable que el procedimiento de mediación dure más de un año, cuando normalmente su duración es de pocos meses, -no se debe olvidar que a ese plazo se deba añadir los primeros 60 días-. Si efectivamente la mediación fracasa, se esté en los primeros 60 días (art. 415.3 LEC), o en el plazo de caducidad de la instancia (art. 179.2 LEC), cualquiera de las partes podrá instar la continuación. En cuanto a la duración del procedimiento, *vid.* E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Artículo 20. Duración del procedimiento», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 237 a 245.

⁹³⁵ También se prevé dicha invitación en un momento anterior, *-En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, (...)-*, (art. 414.1 LEC), por ejemplo, en la resolución inicial de admisión a trámite de la demanda, con la notificación al demandante o el emplazamiento al demandado. Asimismo, podría repetirse la citada invitación a las partes, en un segundo momento posterior de la misma audiencia previa, tras la fijación por las partes de los hechos controvertidos (art. 428.2 LEC). *Vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, págs. 4 y 5; V. MAGRO SERVET, «Hacia la articulación...», *loc. cit.*, pág. 3.

⁹³⁶ El incumplimiento de dicha obligación de información a las partes constituirá una irregularidad procesal sin consecuencias negativas para las partes o el proceso, al quedar siempre abierta la vía de la suspensión de común acuerdo entre las mismas, *vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 4. En cualquier caso, la modificación de la LEC en este sentido apoya, y por fin, refleja, la práctica habitual de derivación a mediación por parte de los tribunales, hasta la actualidad sin apoyo expreso de la citada norma, porque en la mayoría de programas de mediación vigentes, la iniciativa del órgano jurisdiccional es de vital importancia para que las partes acaben acudiendo a mediación, *vid.* H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal...», *loc. cit.*, pág. 4. A pesar de este aspecto positivo, la reforma de la LEC es escueta. En otras palabras, nada garantiza que se vaya a desarrollar un sistema que posibilite la implantación exitosa de la mediación intrajudicial en

2. La *mediation window* o mediación intrarbitral y la suspensión del procedimiento arbitral: su especial relevancia en el comercio internacional.

369. Como ya se analizó en páginas anteriores, una de las modalidades de *arbit-med* es la *mediation window* o mediación intrarbitral, esto es, la mediación intentada durante el desarrollo del procedimiento arbitral. De manera que si ésta no termina con éxito, el arbitraje continúa su curso, desembocando en el correspondiente laudo⁹³⁷. Sin duda, esta técnica está en completa armonía con la práctica en el comercio internacional, donde la mediación gana terreno, a la vez que es más común la posibilidad de llegar a un acuerdo entre la partes durante el transcurso del arbitraje. De modo que la utilización de la mediación dentro de tal contexto es cada vez más frecuente.

370. Sin embargo, aunque la Ley 60/2003 admite que las partes puedan llegar a un acuerdo durante el transcurso del procedimiento arbitral (art. 36 LA), no realiza ninguna mención acerca de la mediación. Tal realidad no ha sido reflejada ni siquiera en la última modificación realizada a la misma, y donde ya estaba próxima la aprobación de la Ley 5/2012, que, a su vez, tampoco ha incluido dicha posibilidad⁹³⁸.

Otras regulaciones, si bien establecen una disposición similar a la del art. 36 LA, también admiten la posibilidad de una mediación intrarbitral. En este sentido, aunque la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006* sólo recoge en su art. 30 la posibilidad de los laudos por acuerdo entre las partes, la Ley Modelo recoge en su art. 1.8 LMCCI la opción de iniciar una mediación como consecuencia de las instrucciones del correspondiente tribunal arbitral. De la misma manera, y como ejemplo paradigmático de regulación institucional, el art. 32 del Reglamento CCI aunque también contemple el laudo como consecuencia del acuerdo de

España. Será preciso articular una metodología o protocolización que habilite la realización de la citada mediación, de manera que una vez se suspenda el proceso judicial, las partes y los abogados sepan dónde acudir, cuáles son los pasos a seguir y sus consecuencias, *vid.* V. MAGRO SERVET, «Hacia la articulación...», *loc. cit.*, págs. 4 y 5.

⁹³⁷ *Vid. supra*, págs.216 y 217.

⁹³⁸ *Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, vid.* BOE núm. 121, 11 de mayo de 2011.

las partes, en el preámbulo del Reglamento CCI sobre ADR, se establece que el acuerdo a través de estos mecanismos puede realizarse antes o *durante* el arbitraje⁹³⁹.

En el caso de la legislación española, ocurre todo lo contrario. Mientras que la Ley 60/2003 guarda silencio, la Ley 5/2012 sólo parece contemplar el arbitraje posterior a la mediación, sin posibilidad de que ésta pueda llevarse a cabo durante el mismo⁹⁴⁰. Ejemplo de ello es su art. 9.2 LM sobre el principio de confidencialidad, así como su art. 6.2 LM que dice *se deberá intentar el procedimiento (de mediación) pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial*; y su art. 10.2 LM *durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto*.

371. A pesar de la falta de referencia sobre esta práctica, que comienza a adquirir una considerable relevancia en el ámbito de la resolución de conflictos comerciales internacionales, ello no impide que pueda llevarse a cabo. En efecto, la Ley 60/2003, así como otras leyes y reglamentos de arbitraje modernos, pivotan sobre la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar el procedimiento arbitral y concretar las actuaciones componedoras de dicho procedimiento (art. 4 en relación con el art. 25 LA). De manera que en aras de llegar al acuerdo que menciona en el art. 36 LA, las partes podrán impulsar la suspensión del procedimiento arbitral en orden a iniciar una mediación, o incluso diseñar su desarrollo simultáneo⁹⁴¹. El uso de tal libertad, no sólo no es contrario a los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24 LA), -que deben ser respetados, así como el principio de confidencialidad y el resto de normas imperativas de la ley-, sino que son acordes al propio espíritu del arbitraje, esto es, facilitar una solución más eficiente⁹⁴². Por ello, y en tanto que la ley aplicable no diga

⁹³⁹ Legislaciones de otros países también prevén y recogen la mediación intrarbitral, *vid. ad. ex.*, S. BARONA VILAR, «Artículo 36. Laudo por acuerdo de las partes», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, págs. 1176 y 1177.

⁹⁴⁰ En cuanto al art. 17.4 LA, es cierto que se refiere a la imposibilidad de que el árbitro sea la misma persona que el mediador, salvo acuerdo de las partes. Sin embargo, esta disposición no se refiere de forma exclusiva a la mediación llevada a cabo durante el arbitraje, sino que también puede referirse al arbitraje una vez terminada la mediación.

⁹⁴¹ En cuanto a la problemática en torno a la figura del mediador y el árbitro en una misma persona o persona distinta, *vid. supra*, págs. 210 a 217.

⁹⁴² *Vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, *op. cit.*, págs. 110 y 111; V. GUZMÁN FLUJA, «Artículo 25. Determinación del procedimiento», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, págs. 917 a 931.

nada al respecto, tampoco existirá motivo para impedir su empleo durante el transcurso de un procedimiento arbitral.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL.

1. La difícil relación entre las medidas cautelares y la mediación.

372. El art. 10.2 LM establece que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, aunque no pueda ejercerse acción judicial o extrajudicial alguna, sí se podrá solicitar *las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos*⁹⁴³. Aunque nada se dice sobre esta cuestión en la Directiva, sí se encuentra recogido en el art. 13 LMCCI cuando indica la imposibilidad de entablar proceso judicial o arbitral *salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan*⁹⁴⁴.

373. En un principio, pudiera parecer que la solicitud de medidas cautelares y el desarrollo de un procedimiento de mediación son cuestiones contradictorias. En efecto, los presupuestos generales de toda medida cautelar, en concreto el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, tienen difícil encaje cuando se ponen en relación con la mediación, y especialmente, con la igualdad y equilibrio que debe existir entre las partes (art. 7

⁹⁴³ Las medidas a las que se refiere el art. 10. 2 LM no sólo son las cautelares, sino que también pueden ser actos de diligencias preliminares, de anticipación o aseguramiento de la prueba, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 219 y 220.

⁹⁴⁴ *Vid.* *Guía para la incorporación...* *op. cit.*, pág. 54. En este sentido, se debe destacar que tal previsión se recogió en el último momento de su tramitación, pues tampoco se encontraba recogida en el Real Decreto-Ley 5/2012, y previamente a él, no existían referencias en torno a su formulación y práctica, ni siquiera en las experiencias y proyectos piloto en los órganos jurisdiccionales españoles, *vid.* F. MARTÍN DÍZ, *La mediación...* *op. cit.*, pág. 120; V. PÉREZ DAUDÍ, «La mediación y las medidas cautelares», *InDret*, 3/2012, pág. 5. En cualquier caso, la doctrina alemana también ha admitido su empleo, *vid.* F.M. FRIEDRICH, «Regelungsgegenstände der Mediationsvereinbarung», *MDR*, 2004, nº 9, págs. 481 a 485; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 23 y 24; así como los tribunales franceses –Cour d’Appel de Paris (14 Chambre) 23 mai 2001, 4 juillet 2001, *vid.* C. JARROSSON, «Cour de Cassation...», *loc. cit.*, págs. 412 y 413; C. JARROSSON, «Observations on...», *loc. cit.*, págs. 366 y 367; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 122; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 169; y los estadounidenses, *vid.* A. JOLLES, «Consequences of...», *loc. cit.*, págs. 332.

LM), así como con los principios de buena fe, lealtad y colaboración que debe desprenderse de las mismas (art. 10.1 y art. 10.3 LM)⁹⁴⁵.

374. El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho consiste en el juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión del actor. En otras palabras, supone que la pretensión esgrimida por el solicitante de la medida cautelar se encuentra, en apariencia, debidamente fundamentada tanto en los relativo a los hechos como al Derecho. En definitiva, la apariencia de buen derecho no es sino un juicio sobre el fondo de la cuestión controvertida, una declaración sobre la probabilidad de que tal pretensión sea atendible⁹⁴⁶. Con tal cualidad, aunque el pronunciamiento sobre este extremo no condicione en absoluto su enjuiciamiento final, lo cierto es que puede perjudicar enormemente a la mediación. La parte que solicitó la medida adoptada puede verse fortalecida en detrimento de la contraria, más debilitada⁹⁴⁷. Tal situación no beneficia al citado método, concretamente, a la igualdad y equilibrio que debe existir entre ellas en orden a que logren llegar a un acuerdo (art. 7 LM).

375. Por su parte, el *periculum in mora* estriba en la posibilidad de que se originen daños y perjuicios como consecuencia del transcurso del tiempo que implica, en este caso, el procedimiento de mediación⁹⁴⁸. Tal *periculum* puede ser objetivo, -el riesgo para la efectividad del acuerdo de mediación por el transcurso del tiempo-, o subjetivo, -el riesgo se debe a la posible actuación de la parte contraria para hacer inviable la efectividad del acuerdo-. En cuanto al primero, debe tenerse presente tanto la posibilidad de que la mediación no termine en acuerdo, como la duración de este método, mucho más breve que los arbitrajes y los procesos judiciales. Por otra parte, el

⁹⁴⁵ Según el art. 728 LEC, las medidas cautelares están sometidas a otro presupuesto, además de los ya mencionados: el solicitante, salvo que se disponga otra cosa, *deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de tal medida pudiera causar al patrimonio del demandado*. En cualquier caso, los presupuestos para la adopción de medidas cautelares quedan sujetos a la *lex fori*.

Para realizar un estudio detallado de los mismos, *vid.* J. GARBERÍ LLOBREGAT (coord.), *Las medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Cizur Menor, 2004, págs. 45 a 74.

⁹⁴⁶ *Vid.* V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 2001, pág. 589; J. GARBERÍ LLOBREGAT (coord.), *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 47 a 56.

⁹⁴⁷ *Vid.* V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», *loc. cit.*, pág. 256; V. PÉREZ DAUDÍ, «La mediación y...», *loc. cit.*, pág. 10.

⁹⁴⁸ Sobre este presupuesto, *vid.* J. GARBERÍ LLOBREGAT (coord.), *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 56 a 64.

riesgo subjetivo resulta contrario al principio de buena fe, lealtad y colaboración de las partes en la mediación (art. 10.1 y art. 10.3 LM). Más aún, si se tiene en cuenta que el citado *periculum in mora* debe ser justificado por el solicitante, de manera que sólo se entenderá su concurrencia cuando exista una convicción cierta sobre el mismo. Dicha certidumbre acerca de la conducta de la otra parte difícilmente se hace compatible con el desarrollo de la mediación⁹⁴⁹.

376. A pesar de dichos inconvenientes, y del complicado encaje de las medidas cautelares en la mediación, que las harán, sin duda, excepcionales, éstas deben ser admitidas en todo caso, aunque la cláusula de mediación o contrato para mediar sea completamente válido. De lo contrario, se estaría provocando una denegación de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la cual no sólo engloba el derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, sino también el derecho fundamental a las medidas cautelares⁹⁵⁰.

377. A diferencia del arbitraje, la mediación no es un método heterocompositivo donde se le otorga al tercero la facultad de decidir sobre el fondo del asunto mediante una resolución que, por otra parte, es similar a la judicial, esto es, título ejecutivo y con fuerza de cosa juzgada. El mediador no ejerce una función jurisdiccional, no resuelve el conflicto, sino que ayuda a las partes para que sean ellas mismas las que logren un acuerdo que, en principio, no tendrá las cualidades de un laudo. Por tanto, si el mediador no tiene potestad para resolver la controversia principal como lo haría un juez, -característica propia del árbitro-, tampoco la va a tener para adoptar medidas cautelares⁹⁵¹. Partiendo de esta consideración, y siguiendo con lo establecido en el art. 10.2 LM, las partes sólo podrán solicitar la tutela cautelar a los órganos jurisdiccionales o a los árbitros⁹⁵².

⁹⁴⁹ Vid. V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», *loc. cit.*, págs. 256 a 258; V. PÉREZ DAUDÍ, «La mediación y...», *loc. cit.*, págs. 10 y 11.

⁹⁵⁰ Sobre el mismo, *vid.* J. GARBERÍ LLOBREGAT (coord.), *Las medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 32 a 37.

⁹⁵¹ Vid. P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 6. En sentido contrario, *vid.* M. DIZ, *La mediación...*, *op. cit.*, Madrid, 2010, págs. 120 a 123.

⁹⁵² Del tenor literal del art. 10.2 LM se desprende que el procedimiento de mediación debe haber comenzado, esto es, no se permite la solicitud de tutela judicial cautelar *ante causam* respecto de dicho procedimiento. Sin embargo, ya se ha estudiado que la Ley 5/2012 hace referencia a dos inicios, el de la fase de pre-mediación (art. 16 LM), y el inicio del procedimiento propiamente dicho (art. 19 LM), *vid. supra*, págs. 226 a 228. Pues bien, a los efectos de solicitar medidas cautelares, la mediación debe considerarse iniciada en el primero de los comienzos, tal y como se describe en el art. 16 LM, esto es,

2. Las medidas cautelares de los tribunales en la mediación comercial internacional.

378. A diferencia del arbitraje, la mediación no goza de tutela cautelar propia. En aras a garantizar dicha tutela derivada del art. 24 CE, el art. 10.2 LM permite que las partes acudan a los tribunales en orden a solicitar medidas cautelares durante el tiempo en que se desarrolle el citado método alternativo de resolución de conflictos. Aunque se discute la posible renuncia a la tutela cautelar judicial en el seno del arbitraje, tal polémica no tiene lugar en la mediación, debido a que ésta no goza de tutela cautelar propia⁹⁵³. Sentada tal consideración, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de medidas cautelares quedará regulada por el art. 31 RBI, y en su defecto, por el art. 22.5 LOPJ.

cuando una o ambas partes procedan a entregar la solicitud de inicio al mediador o a la institución de mediación.

En este mismo sentido y respecto del arbitraje, a pesar de lo dicho en la STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, *Rec.* 1998 – I, págs. 7122 a 7140, la cual fijaba la aplicación del art. 31 RBI, y a pesar del tenor literal del art. 11.3 LA, -si bien también se tiene en cuenta el art. 722 LEC-, que reconocen una tutela cautelar *ante causam*, se defiende la necesidad de que exista «algo» como puede ser una solicitud de puesta en marcha del arbitraje, *vid.* S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, 2006, págs. 254 y 255; S. BARONA VILAR, «Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 868.

⁹⁵³ En torno al debate sobre la posibilidad de las partes de excluir la adopción de toda medida cautelar por parte de los tribunales estatales en el marco del arbitraje privado internacional, optando por el rechazo a tal renuncia, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares y arbitraje privado internacional», *Diario La Ley*, nº 6128, 16 noviembre 2004, págs. 17 y 18; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares y comercio internacional», *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, nº 18, 2004, págs. 587 a 591.

En todo caso, aquella parte de la doctrina que defiende dicha renuncia, lo hace considerando la supervivencia de la tutela cautelar arbitral, porque si también afectara a esta última podría considerarse nula «al suponer una merma de las garantías que el ordenamiento jurídico español está pergeñando», *vid.* S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 151 a 154; N. MALLANDRICH MIRET, *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, 2010, págs. 78 a 80.

A) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación extrajudicial.

379. Cuando la mediación es extrajudicial, esto es, cuando es previa al proceso, los tribunales españoles tendrán competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en virtud del art. 31 RBI, y en su defecto, del art. 22.5 LOPJ.

a) Reglamento 44/2001.

380. Es cierto que el art. 31 RBI se dedica a regular el supuesto que parte del conocimiento del asunto por parte de los tribunales de un Estado miembro, y no de un procedimiento de mediación. Sin embargo, nada debe impedir su aplicación. En este sentido, hay que traer a colación que incluso el TJCE, en el asunto *Van Uden*, ya admitió la competencia de un juez de un Estado miembro para adoptar medidas cautelares en apoyo a un arbitraje. Si bien, antes de tal pronunciamiento, se había argumentado lo contrario sobre la base de lo dicho por el propio Tribunal: todo lo relativo al arbitraje quedaba descartado en su integridad, incluso en los procesos incoados ante los tribunales estatales, sobre la base de la exclusión del arbitraje mencionada en su ámbito material (art. 1)⁹⁵⁴.

Pues bien, teniendo presente el asunto *Van Uden*, junto la inclusión de la mediación dentro del Reglamento 44/2001, debido a que, efectivamente, no se encuentra excluida de su ámbito de aplicación, no cabe duda alguna sobre la utilización del art. 31 RBI en el supuesto aquí estudiado⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ Vid. STJCE, de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG c. Societa Italiana Impianti PA*, C-190/89, Rec. 1991 – I, págs. 3894 a 3904. Esta sentencia excluyó del ámbito del Reglamento los procedimientos de aplicación de un arbitraje, como el procedimiento para el nombramiento de un árbitro, porque a diferencia de los procedimientos de apoyo, como es el caso de las medidas cautelares, aquéllos están conectados directamente con el arbitraje de manera que su resolución es indispensable para el desarrollo del mismo. En este sentido, vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996, págs. 204 y 205; F. GASCÓN INCHAUSTI, «Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: la sentencia *Van Uden* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Diario La Ley*, 1999, pág. 1.

⁹⁵⁵ Sobre la inclusión de la mediación dentro del Reglamento 44/2001, vid. *supra*, págs. 249 y 250. Tal y como se ha pronunciado el TJCE, el art. 31 RBI es aplicable con independencia de donde se sitúe el arbitraje, fuera o dentro del «territorio 44», y así debe entenderse para la mediación.

381. En concreto, el art. 31 RBI se aplicará cuando las medidas cautelares se insten ante tribunales de un Estado miembro, y tengan por finalidad la salvaguarda de derechos referidos a materias cubiertas por el Reglamento 44/2001⁹⁵⁶. Por otra parte, aunque dicho Reglamento reconoce que sólo se pueden solicitar aquellas medidas cautelares previstas por la ley del Estado en cuestión, ello no obsta para que tenga su propio concepto de «medidas provisionales o cautelares». De manera que será dicha interpretación autónoma la que indique si las medidas cautelares a aplicar se encuentran dentro o no de tal concepto, y por ende, del art. 31 RBI⁹⁵⁷.

382. En torno al art. 31 RBI, sigue existiendo el debate doctrinal, -aún no resuelto por el TJUE-, consistente en entender si constituye una norma de competencia judicial directa o un foro de remisión. Si se optara por la primera de las posibilidades, se entendería que tienen competencia judicial internacional los tribunales del Estado en cuyo territorio debe producir efectos la medida cautelar solicitada. Si se eligiera la segunda opción, la cual parece tener más peso entre doctrina y jurisprudencia, se entendería que la citada disposición remite a las normas de competencia judicial interna del Estado miembro ante cuyos tribunales se solicita la medida cautelar⁹⁵⁸. En España,

⁹⁵⁶ En cuanto al primero de los puntos, el del ámbito espacial, se aplica el criterio fijado por la STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, *Rec.* 1998 – I, págs. 7122 a 7140. En cuanto a las diferentes posturas a esta cuestión, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 342 a 344.

⁹⁵⁷ En todo caso, dicha conceptualización autónoma sólo será necesaria en este caso, cuando el tribunal ante el que se solicita la medida cautelar no es el que conoce del litigio principal; o también, si la medida en cuestión necesita pasar por el *exequatur* previsto en el Reglamento 44/2001. En nuestro ordenamiento jurídico, aparte del art. 726 LEC, el art. 727 LEC enumera un elenco de medidas, si bien dicha lista no es *numerus clausus*, la misma disposición deja la puerta abierta a la posibilidad de adoptar otras que se estimen necesarias en cada caso.

En el considerando 25 RBI bis se incluye en el concepto de medidas provisionales y cautelares, a las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los art. 6 y art. 7 de la *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual*, *vid.* DOCE L 157, de 30 de abril de 2004.

En cuanto al concepto autónomo y las medidas que responden al mismo, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 451 a 453; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998, págs. 9 a 165; M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I», *Diario La Ley*, nº 7601, 31 marzo 2011, págs. 3 y 4.

⁹⁵⁸ Si bien, se necesitaría un vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas y la competencia del tribunal del Estado miembro ante el que se solicitan así como unas condiciones o exigencias destinadas a garantizar el carácter cautelar de las medidas, *vid.* STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, *Rec.* 1998 – I, págs. 7122 a 7140.

en virtud del art. 22.5 LOPJ, los tribunales serían competentes cuando se trataran de adoptar medidas respecto de personas o bienes que se encontraran en territorio español y debieran cumplirse en España⁹⁵⁹. En cualquier caso, el art. 22.5 LOPJ refleja la solución a la que conduce tanto la interpretación del art. 31 RBI como norma de remisión condicionada o como norma de competencia directa⁹⁶⁰.

383. Sobre la base del asunto *Van Uden*, debe entenderse que, al existir un pacto válido de sumisión a mediación, las partes sustraen de los órganos jurisdiccionales, aunque sea temporalmente, la controversia⁹⁶¹. Esto implica que, en el caso de la mediación extrajudicial, no existe un foro principal que pueda ordenar tales medidas con alcance extraterritorial, lo cual, provoca cierta desprotección. Sin embargo, así debe entenderse, porque el inicio de la mediación impide el ejercicio de acción judicial alguna. Por tanto, si se encuentra en curso una mediación, los tribunales españoles sólo serán competentes cuando se trate de adoptar medidas en virtud del art. 31 RBI como foro especial⁹⁶². Pero no podrán conocer, como posibles tribunales competentes sobre el

⁹⁵⁹ En torno a esta polémica y para un estudio más profundo de esta disposición, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 241 y 242; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 450 y 451; V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, 1996, págs. 91 a 116; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas...*, *op. cit.*, págs. 32 a 41 y 86 a 99; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso...*, *op. cit.*, págs. 193 a 208; M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 1 a 3; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La tutela cautelar en el Derecho internacional privado español. Especial referencia al art. 24 CBr», *RPJ*, nº 59, 2000, págs. 82 a 91; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 347 a 349.

⁹⁶⁰ *Vid.* A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La tutela cautelar...», *loc. cit.*, págs. 117 y 118.

⁹⁶¹ STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, *Rec.* 1998 – I, págs. 7122 a 7140.

⁹⁶² En cuanto al mantenimiento de la medida cautelar, al ser una cuestión que afecta al procedimiento, se regulará por la *lex fori*, y en concreto, por la LEC. Si bien, en medidas cautelares, la Ley 5/2012 no ha modificado ningún precepto de aquélla. En este supuesto, el art. 730.2 LEC establece que las medidas cautelares quedarán sin efecto si la demanda en el proceso judicial *no se presentare ante el mismo tribunal que conoció de aquéllas en los 20 días siguientes a su adopción*. Sin embargo, a continuación, el apartado 3 establece que dicho requisito temporal no rige para el arbitraje, bastando que se continúen con las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral, para que la medida cautelar se mantenga. Lo deseable es que este art. 730.3 LEC se hubiera reformado con ocasión de la aprobación de la Ley 5/2012, incluyendo también a la mediación, pues la misma puede durar más de 20 días, sin olvidar que no se permite interponer acción judicial alguna mientras la misma se desarrolle. Como complemento a lo dispuesto en el art. 730.3 LEC habría que adoptar una sistemática similar al art. 4 LM para evitar prácticas dilatorias, estableciendo que, antes de los citados 20 días, debiera acreditarse la firma de la sesión constitutiva en orden a que pueda continuar la vigencia de las medidas, y fijando su fin una vez el procedimiento de mediación termine, o se haya cumplido el fin por el cual la medida se adoptó.

En cuanto a esta cuestión, *vid.* V. PÉREZ DAUDÍ, «La mediación y...», *loc. cit.*, págs. 6 a 8 y 11 a 15; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op.*

fondo del asunto. Esto sólo podrá ocurrir, una vez la mediación finalice, o al menos una de las partes quiera finalizar el procedimiento. En ese caso, podrá iniciar la solicitud de medidas cautelares *ante causam* al tribunal español con competencia judicial internacional, que, en tanto la mediación se dé por finalizada, conocerá seguro del fondo del asunto⁹⁶³.

b) Ley Orgánica del Poder Judicial.

384. Si los derechos cuya naturaleza salvaguarda la medida cautelar no son subsumibles dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 44/2001, se aplicará el art. 22.5 LOPJ, supuesto muy poco probable, visto que se está estudiando la mediación comercial internacional⁹⁶⁴. El art. 22.5 LOPJ, al igual que el art. 31 RBI, en principio sólo se refiere al ámbito estrictamente judicial. Sin embargo, ello no es óbice para su aplicación cuando la disputa esté sometida a arbitraje, y en este caso, a mediación, tal y como se desprende del art. 10.2 LM.

Tal y como se ha expuesto antes, en virtud del art. 22.5 LOPJ, los tribunales españoles podrán adoptar medidas cautelares *respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*. En cuanto a las posibles medidas que se pueden adoptar, debe realizarse una interpretación amplia, de manera que podrán invocarse cualquiera de las medidas cautelares recogidas en la LEC. Finalmente, existe un último extremo aplicable respecto del art. 22.5 LOPJ, la negativa de los tribunales españoles a adoptar medidas cautelares, cuando el procedimiento seguido en el extranjero derive en una resolución que no sea susceptible de reconocimiento/*exequatur* en España (art. 722 LEC). Sin embargo, tal precepto no ha sido reformado para incluir a la mediación con ocasión de la aprobación de la Ley

cit., págs. 418 y 419. Por otra parte, en cuanto a la tutela cautelar *ante causam* se refiere, las condiciones de urgencia y necesidad citadas en el art. 730.2 LEC, presupuestos generales para justificar y fundamentar una solicitud de medidas en dicho momento, sí parecen encontrar reflejo en el art. 10.2 LM, cuando el legislador hace mención a «otras medidas urgentes imprescindibles (...)». En cuanto a la urgencia o necesidad, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999, págs. 44 y 45.

⁹⁶³ En este caso, sí se deberá tener en cuenta el plazo de 20 días fijado por el art. 730.2 LEC para interponer la demanda.

⁹⁶⁴ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, pág. 16; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, pág. 586.

5/2012, cuando efectivamente tiene su lógica, -la misma que para los procesos judiciales y arbitrajes llevados a cabo en el extranjero-, no se va a proteger cautelarmente una decisión extranjera que luego no va a ser reconocida/ejecutada en España⁹⁶⁵.

B) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación intrajudicial.

385. Asimismo podrán solicitarse medidas cautelares en apoyo de una mediación intrajudicial, esto es, estando en curso el proceso judicial. En ese caso, en tanto que los tribunales españoles están conociendo ya del fondo del asunto, en virtud del foro que corresponda, también tendrá competencia para adoptar medidas cautelares, ya sea en aplicación del Reglamento 44/2001 o de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a) Reglamento 44/2001.

386. Aunque es menos común en el comercio internacional, también puede darse el caso de solicitar medidas cautelares con motivo de una mediación intrajudicial, esto es, una vez iniciado el proceso judicial. En ese caso, el tribunal español que estaba conociendo del fondo del asunto, -y que suspende el proceso para que se inicie la mediación-, en virtud de cualquier foro de los recogidos en el Reglamento 44/2001, también podrá acordar medidas cautelares. La justificación se encuentra en su instrumentalidad respecto del fondo del litigio. Por ello, no se requiere ningún requisito adicional, tan sólo que la medida a adoptar esté prevista, en nuestro caso, en la LEC⁹⁶⁶. Además, el tribunal no sólo podrá adoptar medidas sobre bienes situados en su

⁹⁶⁵ Para determinar la competencia territorial se aplicará la Ley procesal española, sea aplicable el art. 31 RBI o el art. 22.5 LOPJ. Sin embargo, el art. 724 LEC sólo se refiere a procesos seguidos ante tribunales extranjeros y a procedimientos arbitrales, pero no a las mediaciones. Tal disposición tampoco ha sido reformada y ampliada en este sentido con ocasión de la aprobación de la Ley 5/2012, como se ha hecho con otros preceptos de la LEC. Si bien, a la espera de dicha reforma, dicho precepto podría ser aplicable por analogía. Asimismo, también será de aplicación en este caso lo establecido en, *vid. supra*, nota nº 962 y 963. Para un estudio profundo del art. 22.5 LOPJ, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 283 y 284; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas...*, *op. cit.*, págs. 179 a 183; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso...*, *op. cit.*, págs. 243 a 266; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La tutela cautelar en...», *loc. cit.*, págs. 116 a 124; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 347 a 349.

territorio, sino que, a diferencia de la aplicación del art. 31 RBI en los casos de mediación extrajudicial, también acordará medidas con alcance extraterritorial, esto es, en otro Estado miembro. Si bien, en este caso se necesitará el *exequatur* de dicha resolución judicial, y para obtenerlo, la medida tendrá que haber sido adoptada con audiencia del demandado⁹⁶⁷; o al menos, *inaudita parte* de tal forma que el demandado hubiera tenido posibilidad de defenderse ante el juez del Estado de origen, pero no hubiera hecho uso de ella⁹⁶⁸.

b) Ley Orgánica del Poder Judicial.

387. Al igual que en el régimen del Reglamento 44/2001, los tribunales españoles que estén conociendo del fondo del asunto, en virtud de alguno de los foros recogidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y suspendan el proceso para que se inicie una mediación intrajudicial, también tendrán competencia para adoptar las medidas cautelares solicitadas en orden a asegurar la acción principal. Además, también podrán adoptar medidas con alcance extraterritorial, si bien, su efectividad estará condicionada al hecho de que superen el *exequatur* en el Estado donde deban cumplirse⁹⁶⁹.

⁹⁶⁶ Vid. STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, *Rec.* 1998 – I, págs. 7122 a 7140.; STJCE, de 27 de abril de 1999, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, C- 99/96, *Rec.* 1999 - I, págs. 2299 a 2321.

⁹⁶⁷ Vid. STJCE, de 21 de mayo de 1980, *Bernard Delineauler c. SNC Couchet Frères*, C-125/79, *Rec.* 1980 - II, págs. 527 a 536.

⁹⁶⁸ En este sentido, *vid.* M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 4 y 5. En contra, R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pág. 290.

⁹⁶⁹ La solicitud de las medidas cautelares en el caso de la mediación intrajudicial, ya sean los tribunales españoles competentes por el Reglamento 44/2001 o por la Ley Orgánica del Poder Judicial, se producirá lógicamente en un momento posterior a la presentación de la demanda, de ahí que deba aplicarse el art. 730.4 LEC. En virtud del mismo, podrán solicitarse las correspondientes medidas cautelares mediante la alegación de un cambio de circunstancias, en este caso, como consecuencia del desarrollo de la mediación. De esta manera, se evitará que la otra parte se someta al citado método con fines meramente dilatorios, *vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 10.

3. Las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional.

388. Cuando en el art. 10.2 LM se establece la excepción de la solicitud de las medidas cautelares, se refiere al ejercicio tanto de acciones judiciales como extrajudiciales. Por tanto, debe entenderse que las partes, con ocasión de una mediación, podrán solicitar también las citadas medidas al árbitro o tribunal arbitral. Como ocurre con los tribunales, en principio, tal solicitud será posible realizarla en una mediación extrarbitral o intrarbitral.

A) La inviabilidad de la tutela arbitral para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación extrarbitral.

389. El supuesto que aquí se presenta consiste en la solicitud de medidas cautelares a un árbitro o tribunal arbitral con motivo de una mediación previa a un arbitraje. En este caso, en el momento de la solicitud de las medidas cautelares, el órgano arbitral no existe, al no tener carácter permanente. Su constitución requeriría un lapso de tiempo, el cual puede ser fundamental para el objetivo de las medidas cautelares. Esta situación hace inviable su utilización en cuanto a la mediación extrajudicial se refiere⁹⁷⁰. Además, aunque tal posibilidad se permitiera, el tribunal arbitral actuaría, en el caso de la mediación, como foro especial, porque el mediador no tiene poder para adoptar tales medidas, de manera que no habría otro foro principal. Ello generaría una enorme desprotección, por otra parte innecesaria, si tenemos en cuenta que se puede acudir a los órganos jurisdiccionales, cuya tutela cautelar será más rápida, además de efectiva, por poseer la potestad ejecutiva que los árbitros no tienen, sin olvidar que también pueden adoptar medidas contra terceros⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ Este inconveniente práctico, así como el silencio de la Ley 60/2003 respecto de esta cuestión, provocan la negación de la atribución de la tutela cautelar arbitral *ante causam*, *vid.* S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...* *op. cit.*, págs. 255 a 258; S. BARONA VILAR, «Artículo 23...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 869 y 870. En el ámbito internacional, R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 161 a 165.

⁹⁷¹ El árbitro carece de *ius imperii*, esto es, no podrá imponer medidas que comporten coacción sobre las personas o las cosas (en este sentido, *vid.* Exposición de Motivos V, LA). Además, tampoco podrá adoptar medidas que vinculen a terceros, que ni son parte en el arbitraje ni en el convenio arbitral de donde deriva su competencia. En ambos casos necesitará la participación de los tribunales estatales, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, pág. 3; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 562 y 563; F.J. GARCIMARTÍN

B) Competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares en apoyo de una mediación intrarbitral.

390. Como se ha mencionado en las líneas inmediatamente anteriores, la tutela cautelar arbitral tiene, principalmente, dos inconvenientes que hacen necesaria la intervención de los tribunales estatales. Por ello, y teniendo en cuenta que la mediación no ejercerá de foro principal, siempre será preferible elegir a los órganos jurisdiccionales como foro especial para ejercer dicha la tutela cautelar⁹⁷².

Sin embargo, en el caso de la mediación intrarbitral, el árbitro o árbitros están conociendo del fondo del asunto, de tal manera que suspenden el procedimiento para que las partes participen en una mediación. Por tanto, el tribunal arbitral podrá actuar como foro principal, dejando la posibilidad, a su vez, de que los órganos jurisdiccionales actúen como foro especial⁹⁷³. En otras palabras, a pesar de las limitaciones que en este campo pueda tener la tutela arbitral, también existirá la posibilidad de acudir a los tribunales de un Estado⁹⁷⁴.

ALFÉREZ, *El régimen de las medidas...*, op. cit., págs. 185 a 209; R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares...*, op. cit., págs. 130 a 149; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 353 a 355.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que ante dicha inviabilidad se han creado diversos mecanismos, uno de ellos ya estudiado y configurado como ADR: el procedimiento precautorio prearbitral de la CCI, si bien ya se advirtió sobre su falta de éxito al existir la vía jurisdiccional, *vid. supra*, págs. 142 a 144. Debido a esta imposibilidad de tutela cautelar arbitral *ante causam*, incluso aquellos que abogan por la posibilidad de renunciar a la judicial cuando exista un arbitraje, niegan esta opción durante dicho lapso de tiempo hasta la constitución del tribunal, porque ello supondría la negación total de tutela cautelar, salvo que hubieran pactado algún mecanismo como el citado de la CCI, *vid. N. MALLANDRICH MIRET, Medidas cautelares...*, op. cit., pág. 80.

⁹⁷² Si bien, en el caso de la falta de capacidad de los árbitros para imponer coactivamente medidas cautelares, se debe resaltar que éstas suelen cumplirse voluntariamente, *vid. M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pág. 354.

⁹⁷³ En cuanto al análisis de la labor de los tribunales estatales en este supuesto, se realiza una remisión al apartado anterior, en concreto la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales en relación con la mediación extrajudicial, en cuanto a lo dicho sobre el arbitraje, *vid. supra*, págs. 325 a 329. En cualquier caso, a pesar de los inconvenientes citados, la tutela cautelar arbitral goza, a su vez, de ventajas: son los mejor posicionados en tanto que conocen del fondo del asunto, y que suelen ser elegidos, entre otras razones, por ser especialistas en la materia objeto de controversia; la adopción de las medidas será más rápida y menos costosa; se mantiene la confidencialidad, muy importante en el comercio internacional; así como una mayor flexibilidad en cuanto a la variedad de medidas cautelares, *vid. R. LAPIEDRA ALCANÍ, Medidas cautelares...*, op. cit., págs. 125 a 129.

⁹⁷⁴ Esta situación es común en aquellos supuestos donde no hay mediación intrarbitral. En este sentido, el reconocimiento de la convivencia de tales tutelas es admitida expresamente por el legislador en la Ley 60/2003, *vid. Exposición de Motivos*, V. Si bien, también se puede deducir de su articulado: art. 23, art.

391. La competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares queda sujeta a la ley que rige el procedimiento arbitral. En este sentido, el art. V.1. d) CNY establece que el citado procedimiento se rige por la ley elegida por las partes o lo pactado por ellas, y en su defecto, se aplicará la ley donde se ha efectuado el arbitraje⁹⁷⁵. Si es la Ley española la reguladora del procedimiento, -bien por ser la ley elegida por las partes, o en su defecto, por celebrarse el arbitraje en España-, se aplicará el art. 23 LA. En cualquier caso, su aplicación no es automática, porque las partes pueden acordar su renuncia a la tutela cautelar arbitral⁹⁷⁶. Por tal razón, la adopción de medidas cautelares también tendrá que producirse necesariamente a instancia de parte, pero no de oficio. Otro aspecto muy importante para el supuesto aquí analizado es el momento de adopción de las medidas. Tal circunstancia se producirá como consecuencia de la mediación intrarbitral, de manera que no tiene porqué producirse al inicio del procedimiento de arbitraje. Sin embargo, ello no provocará ningún obstáculo, esto es, las medidas cautelares podrán ser acordadas en cualquier instante desde que el árbitro comienza a ejercer sus funciones hasta la terminación de las actuaciones procesales (art. 38 LA)⁹⁷⁷.

392. Las medidas que pueden adoptarse son muy variadas, la Ley 60/2003 no las especifica de manera intencionada, éstas deben ser entendidas en un sentido amplio, siempre que *se estimen necesarias respecto del objeto del litigio* (art. 23.1 LA)⁹⁷⁸. En otras palabras, se adoptarán aquellas medidas necesarias para que la mediación no sea óbice a la efectividad del procedimiento arbitral principal. La Ley 60/2003 no dice nada

8.3 y art. 11.3 LA. Con anterioridad a dicha Ley, dicho fundamento se interpretó recogido implícitamente en el art. VI.4 CG.

⁹⁷⁵ Sobre esta cuestión, el CG guarda silencio. Por su parte, la Ley 60/2003 establece los mismos criterios que el CNY, el primer criterio será lo que establezca la voluntad de las partes (art. 25), y en su defecto, la Ley española cuando el arbitraje se desarrolle en España (art. 1.1). Si bien, debido a la jerarquía normativa, será de aplicación el art. V.I. d) CNY, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 5 a 8; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 566 a 573.

⁹⁷⁶ Las partes tienen la capacidad de pactar la no competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares. En este sentido, en cuanto a la Ley 60/2003, *vid.* S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 150 y 151; N. MALLANDRICH MIRET, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 73 a 78.

⁹⁷⁷ *Vid.* N. MALLANDRICH MIRET, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 168 y 169.

⁹⁷⁸ En general, se podrán adoptar aquellas previstas para los tribunales (art. 726 LEC), pero tampoco cabe rechazar otras no contempladas en tal precepto. En concreto, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 9 a 11; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 573 a 577.

en cuando a los presupuestos para adoptar las medidas, de modo que el criterio será el general, esto es, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, y según la medida solicitada, el depósito de una caución⁹⁷⁹. Según el art. 23.2 LA, las decisiones arbitrales en esta materia también adquieren la categoría de laudos, en concreto, laudos parciales⁹⁸⁰. A los laudos pronunciados en España, les será de aplicación las normas de anulación y ejecución forzosa (arts. 40 a 45 LA), con la consiguiente remisión, en última instancia a los arts. 548 y ss LEC. Si se tratara de un laudo extranjero se necesitará obtener previamente el correspondiente *exequatur*, si bien la aplicación del CNY es una cuestión controvertida⁹⁸¹. En cualquier caso, si se aplicara se debe tener en cuenta que conllevará un lapso de tiempo perjudicial para la efectividad de la medida cautelar, otra circunstancia que puede hacer más aconsejable acudir a los órganos jurisdiccionales en busca de la adopción de la medida cautelar.

VI. LA CONFIDENCIALIDAD DE LA MEDIACIÓN Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO JUDICIAL Y EL ARBITRAJE.

1. Consideraciones previas.

393. La confidencialidad es uno de los principios básicos configuradores de la mediación, que asegura la integridad del procedimiento y protege los intereses de todos los participantes en la misma⁹⁸². La obligación de confidencialidad se divide en tres dimensiones distintas, de manera que cada una de ellas afectará a sujetos diferentes⁹⁸³.

⁹⁷⁹ Este último presupuesto sí se menciona expresamente en el art. 23.1 LA. En cuanto a dichos presupuestos y su relación con la Ley 60/2003, *vid.* S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 205 a 250; N. MALLANDRICH MIRET, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 107 a 145. Aunque los principios de contradicción, igualdad y audiencia que rigen el procedimiento arbitral deban ser respetados, de forma excepcional y justificada, podrán adoptarse medidas *inaudita parte* para garantizar el «efecto sorpresa» característico de algunas medidas cautelares. En este sentido respecto de la Ley 60/2003, *vid.* S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 205 a 209.

⁹⁸⁰ *Vid. Exposición de Motivos LA*, VII.

⁹⁸¹ En cuanto a la polémica entorno a la aplicación del CNY respecto del citado laudo parcial, *vid.* R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, págs. 298 a 304. Si bien, y previo a dicho debate, también existen opiniones dispares sobre si debe pasarse o no un *exequatur*, a favor del mismo y de la aplicación del CNY *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 12 y 13; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, págs. 579 a 581.

⁹⁸² En este sentido, también se ha considerado la pieza y garantía central de la mediación, *vid.* J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL...», *loc. cit.*, pág. 18; J. SEKOLEC, M.

394. En primer lugar, se encuentra la citada obligación de no revelar las informaciones vertidas dentro de la mediación a otros sujetos que no participen en la misma. De forma general, la misma se refleja en el art. 9.1 LM, extendiéndose a todo aquél que ha estado en la misma, esto es, mediador/es, instituciones de mediación, resto de participantes y las partes intervinientes⁹⁸⁴. Esta obligación de confidencialidad se contiene en el contrato de mediación que las partes y el mediador o mediadores firman, de modo que se regirá por la ley aplicable a dicha relación contractual.

395. En segundo lugar, se establece la dimensión puramente interna de la confidencialidad, aquella que el mediador protege en las informaciones vertidas como consecuencia de reuniones que mantiene por separado con cada una de las partes. Respecto de este extremo, existen dos sistemas de protección: por un lado, aquel que considera dicha información como no confidencial, salvo que las partes digan lo contrario, y por el otro, aquel que entiende como premisa la obligación de confidencialidad, a excepción de que la parte que vertió dicha información, autorice a que la misma sea compartida con la contraria. Esta última es la opción escogida por el legislador y plasmada en el art. 21.3 LM⁹⁸⁵. Esta obligación de confidencialidad del mediador, en su dimensión interna, también se regulará por la ley aplicable al contrato de mediación.

396. Por último, se encuentra la dimensión de la confidencialidad que a este apartado interesa, la que se refiere a los efectos que la misma produce sobre el proceso judicial y el arbitraje, en tanto que la mediación es un método complementario a los

GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Rule...», *loc. cit.*, págs. 188 y 189. Por ello, si no se respeta esta obligación de confidencialidad, lo cierto es que no sólo se provocará un gran daño a las partes, -sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad-, sino que golpeará a la credibilidad misma de la mediación, y por tanto, a un motivo fundamental de su éxito, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 247. La confidencialidad y el art. 9 LM también son mencionados en, *vid. supra*, págs. 187 y 188.

⁹⁸³ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs 248 a 251.

⁹⁸⁴ De igual manera, el art. 22.1 LM establece que con aquellos documentos que no hubieran de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento de mediación, por un plazo de cuatro meses. En cuanto a este párrafo del art. 22.1 LM, *vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 176; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 271.

⁹⁸⁵ El art. 21.3 LM establece que *el mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de ésta*. Ambos sistemas son utilizados en el ámbito del comercio internacional, si bien, la Ley Modelo que, en teoría, ha servido de inspiración a la Ley 5/2012, escogió el método contrario.

mismos, es decir, puede acudirse a ellos si la mediación termina sin acuerdo⁹⁸⁶. De este modo, el art. 9.2 LM, establece en relación con la prueba testifical y documental, que los mediadores y las personas que hubieran participado en el procedimiento no están obligados a declarar información o aportar documentación derivada de la mediación en un proceso judicial o en un arbitraje posterior, salvo ciertas excepciones. Asimismo, el propio legislador ha modificado dos artículos de la LEC que afectan a la prueba pericial⁹⁸⁷. En primer lugar, se ha introducido el art. 335.3 LEC para prohibir la posibilidad de solicitar un dictamen al perito que hubiera actuado en una mediación relativa al mismo caso; salvo que las partes lo interesen de común acuerdo, de conformidad así, con lo establecido con el art. 9.2. a) LM. En segundo lugar, y en consonancia con la citada prohibición, se ha modificado el art. 347.1 LEC en orden a que el juez deniegue la solicitud de intervención de peritos que hubieran intervenido en un procedimiento de mediación anterior, salvo acuerdo contrario de las partes⁹⁸⁸.

Se habla de personas que hubieran intervenido en casos relacionados con el asunto, esto es, no sólo se refiere al mismo supuesto, sino que puede ser otro distinto que guarde relación con el anterior⁹⁸⁹. Se entiende que los sujetos de esta regulación sobre la prueba pericial también son los mediadores y las demás personas que hubieran participado en el procedimiento, esto es, abogados, expertos de todo tipo, incluso aquellos traído por el mediador para facilitar la comunicación entre las partes, o las personas que hubieran realizado tareas administrativas en el procedimiento mediador. Si bien, en ningún caso, las partes son sujetos de tales limitaciones respecto de las pruebas periciales, testificales y documentales, porque ello atentaría directamente contra el

⁹⁸⁶ Esta última dimensión es la más relevante, y la que más preocupa desde un punto de vista jurídico, por ser frecuentemente objeto de conocimiento y debate ante los órganos jurisdiccionales y tribunales arbitrales, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 253 a 257.

⁹⁸⁷ Se debe entender también que en relación con los testigos, el art. 9.2 LM afecta al art. 371 LEC.

⁹⁸⁸ *Vid.* V. MAGRO SERVET, «Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *PT*, nº 93, pág. 2; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 454 a 462; H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal...», *loc. cit.*, pág. 3.

De vulnerarse tal confidencialidad en un posterior proceso judicial, la información obtenida podría considerarse una prueba ilícita según el art. 287 LEC, *vid.* M. NAVARRO, «Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: un nuevo horizonte para la solución pactada de controversias privadas», *Diario La Ley*, nº 7866, 25 mayo 2012, pág. 4.

⁹⁸⁹ El propio art. 12 LMCCI se refiere a que podría ser *otra controversia que surja a raíz del mismo contrato o relación jurídica o cualquier contrato o relación jurídica conexos*.

derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de limitación de los medios de prueba. En aras a la protección de este derecho fundamental, lo cierto es que la mediación queda algo dañada, de ahí que las partes deban prestar especial cuidado en el procedimiento de mediación para evitar que les pueda perjudicar en el eventual proceso posterior. Una vez que la información se ha puesta en conocimiento de la otra parte como consecuencia del desarrollo de la mediación, la contraria es libre para usarla a favor de su estrategia⁹⁹⁰.

2. La confidencialidad de la mediación y sus efectos sobre el proceso judicial.

397. Como ya se ha indicado, una de las dimensiones de la obligación de confidencialidad es aquella que pone a la mediación en relación con el proceso judicial posterior. Esta perspectiva, especialmente dirigida a los mediadores, viene a poner el acento en la incidencia que dicha obligación provoca sobre el desarrollo de la prueba durante el subsiguiente proceso judicial, en concreto, la obligación de guardar secreto, salvo ciertas excepciones. Ello genera ciertas dudas en torno a su calificación, esto es, si debe considerarse procesal o material, cuestión que, a su vez, afecta directamente a la determinación de la ley aplicable.

A) El problema de la calificación y la determinación de la Ley aplicable a la obligación de guardar secreto.

398. Cuando los tribunales españoles resuelvan el fondo del litigio conforme a un Derecho extranjero necesitarán saber qué aspectos deben considerarse como procesales, en tanto que a ellos se les aplicará la *lex fori* (art. 3 LEC –*lex fori regit processum*), y cuáles son de carácter sustantivo, porque éstos vendrán regulados por la *lex causae*, como ley material rectora del fondo⁹⁹¹. Pues bien, el régimen de la prueba es

⁹⁹⁰ Vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., pág. 247; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», loc. cit., págs. 6 y 7; V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», loc. cit., págs. 258 y 259.

⁹⁹¹ Vid. M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil...*, op. cit., págs. 155 a 158; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 473 a 475.

un extremo que se vincula tanto al Derecho procesal como al Derecho material, y en el caso de la obligación de guardar secreto y no aportar documentación derivada de la confidencialidad de la mediación, tal problema en torno a la calificación persiste⁹⁹².

399. Para tratar la cuestión de la calificación de la prueba, ésta se divide en distintas categorías⁹⁹³. En este caso, la obligación de secreto y de no aportación de documentos del mediador debe subsumirse en las denominadas exenciones de participación en la actividad probatoria⁹⁹⁴.

400. En general, el estatuto de los testigos y de los peritos, esto es, sus derechos, deberes, incapacidades, inhabilidades o tachas, están sujetos a la *lex fori*, porque su fundamento, consistente en garantizar la veracidad e imparcialidad del testimonio, es estrictamente procesal. Sin embargo, respecto del citado estatuto, a veces existen límites especiales de índole material, derivados de situaciones extraprocesales, de relaciones jurídicas anteriores e independientes del proceso. En ese caso, tales cuestiones deben deslindarse de la *lex fori*, estando sometidas a la *lex causae*, la ley por la que se rige la situación de la que derivan⁹⁹⁵. Este es el caso de la obligación de guardar secreto y de no aportar documentación de los mediadores derivada de la propia obligación de confidencialidad de la mediación. La confidencialidad es uno de los principios básicos de este método alternativo de resolución de conflictos. Toda mediación, en tanto que tal, es confidencial. Es una de sus mayores ventajas respecto del proceso judicial,

⁹⁹² Paradigma de la posición *ambigua* de la prueba, se refleja en el propio RRI, el cual la excluye de su ámbito de aplicación en su art. 1.3 RRI, y sin embargo, excepciona tal exclusión a través de las dos previsiones del art. 18 RRI. La primera relativa a las presunciones legales y la carga de la prueba (art. 18.1 RRI); y la segunda, referida a los medios de prueba que acrediten los contratos o actos jurídicos (art.18.2 RRI). Ninguna de las dos serán de aplicación al supuesto aquí analizado.

⁹⁹³ Se parte de la premisa de la calificación *lege fori* (art. 12.1 Cc). En general, sobre el estudio de la prueba en Derecho internacional privado: el objeto de la prueba, la admisibilidad de los medios de prueba, su valoración y la carga de la prueba. Vid. M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil...*, op. cit., págs. 159 a 169; E. FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, París, 2004; J.J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos en el proceso: Aspectos de la ley aplicable*, Barcelona, 2005; T.H. GROUD, *La preuve en droit international privé*, Marseille, 2000; A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, París 1965; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 476 a 482.

⁹⁹⁴ Vid. J.J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos...*, op. cit., págs. 215 a 219.

⁹⁹⁵ En este sentido, vid. J.J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos...*, op. cit., págs. 215 a 217; T.H. GROUD, *La preuve...*, op. cit., págs. 361 a 375; C. MORVIDUCCI, «Prova», *Enc. Dir.*, vol. 37, Milán, 1989, pág. 711; B. SLUYTERS, «Evidence in the conflict of law. A comparative study of American and Dutch Law», *NILR*, vol. 13, nº4, págs. 388 a 393; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 481 y 482.

especialmente importante en el comercio internacional donde muchas empresas prefieren contener ciertas informaciones fuera del público general.

401. Por todo ello, si la mediación intentada no termina en acuerdo y las partes deciden acudir a los tribunales, el régimen de la obligación de guardar secreto y no aportar documentos del mediador se recogerá en la *lex causae*, mientras que la *lex fori* tan sólo se referirá a las actividades estrictamente procesales de la prueba⁹⁹⁶. En otras palabras, el régimen relativo a la no obligación de declarar o aportar documentación al proceso judicial por parte del mediador se regulará por la ley aplicable al contrato de mediación, al ser la relación jurídica de la que nace la obligación de confidencialidad. Por tanto, y de forma general, será la ley que las partes hayan elegido (art. 3 RRI), y en su defecto, la ley de la residencia habitual del mediador (art. 4.1.b) RRI)⁹⁹⁷. Ambas leyes son óptimas, en tanto que se aplicarán también a la obligación de confidencialidad, y son previsibles para las partes⁹⁹⁸.

B) La obtención internacional de pruebas y la obligación de guardar secreto.

402. La actividad probatoria transnacional se encuentra regulada, principalmente, por dos instrumentos internacionales y por las normas de producción interna. En primer lugar, debe considerarse el Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas (ROP), aplicable entre los Estados miembros de la UE⁹⁹⁹. En segundo lugar, el Convenio de La Haya de 1970 (CH 1970), aplicable en relación con terceros Estados

⁹⁹⁶ En cuanto a la aplicación general de la *lex fori* al procedimiento probatorio, *vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil...*, *op. cit.*, págs. 169 a 177; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, pág. 482.

⁹⁹⁷ En este caso, no existe ningún conflicto entre la ley del contrato de mediación y la ley que se aplique al fondo del asunto. No se produce vinculación alguna, la confidencialidad nace y afecta estrictamente a la mediación.

⁹⁹⁸ Esta misma solución ha sido también la presentada como más óptima para el caso de la obligación de confidencialidad del abogado respecto de su cliente, supuesto muy similar al aquí estudiado, *vid.* R. MAGNUS, «Der Schutz der Vertraulichkeit bei grenzüberschreitender Anwaltstätigkeit», *RabelsZ*, vol. 77, 2013, págs. 111 a 130.

⁹⁹⁹ *Vid.* Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, *vid.* DOCE L 174, de 27 de junio de 2001.

que sean parte en el citado convenio¹⁰⁰⁰. Y finalmente, las normas de producción interna (art. 177 LEC, arts. 276 a 278 LOPJ), aplicables al resto de Estados no incluidos en los citados instrumentos internacionales¹⁰⁰¹.

403. Cuando la prueba deba realizarse en otro Estado distinto del que conoce o va a conocer del asunto, lo más habitual es que las autoridades extranjeras realicen la prueba mediante el auxilio judicial internacional, -cooperación activa-, si bien, también cabe la posibilidad de que éstas permitan realizarla a una autoridad del Estado cuyos tribunales están conociendo, -cooperación pasiva-. En ambos supuestos existe la posibilidad de que dicha prueba no se lleve a cabo. Entre los diferentes motivos para denegar la práctica de la prueba, el art. 14.1 ROP y el art. 11 CH 1970, recogen la eventualidad de que una persona tenga la obligación de guardar secreto, ya sea por la ley del Estado requirente o la ley del Estado requerido¹⁰⁰². En consecuencia, si la ley que regula el contrato de mediación no fuera la ley del Estado requerido o requirente, ello provocará una desprotección del mediador o de las personas que hubieran participado en la mediación, así como un enorme perjuicio para este método¹⁰⁰³.

¹⁰⁰⁰ Vid. *Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, hecho en La Haya, el 18 de marzo de 1970*, vid. BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1987.

¹⁰⁰¹ Para un estudio más profundo de la obtención internacional de pruebas y de la normativa citada, vid. M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil...*, op. cit., págs. 177 a 190; M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Cizur Menor, 2003; M.J. ELVIRA BENAYAS, «El marco de la obtención de pruebas en el proceso con elemento extranjero en la nueva ley de enjuiciamiento civil», *AEDIP*, 2001, págs. 251 a 282; C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Bolonia, 2005; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, Madrid, 2005; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, «Obtención de pruebas en otros Estados de la Unión Europea», en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal vol. II...*, op. cit., págs. 297 a 391; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 482 a 514; A. YBARRA BORES, «La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español», *CDT*, vol. 4, nº 2, 2012, págs. 248 a 265.

¹⁰⁰² El art. 278 LOPJ no recoge tal motivo de denegación.

¹⁰⁰³ En cuanto a este problema, vid. M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención...*, op. cit., pág. 103; J.J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos...*, op. cit., págs. 218 y 219; C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional...*, op. cit., pág. 236. Se debe tener en cuenta que los preceptos citados se refieren a la declaración de testigos, pero nada se dice respecto de otros medios de prueba. Aunque esto es una cuestión controvertida, en aras a proteger la efectividad de la confidencialidad en la mediación debiera interpretarse su ámbito de aplicación de forma que pudiera extenderse también a la prueba documental. Tal interpretación también es conforme con la propia finalidad de la norma, porque uno de sus principales objetivos es obtener pruebas situadas en el extranjero de modo que sean eficaces en otro Estado. De manera que permitir la práctica de una prueba viciada sería contrario a la finalidad de aquél. Respecto del Reglamento 1206/2001, vid. L.F. CARRILLO POZO, M.J. ELVIRA BENAYAS, *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, 2012, págs. 182 y 183.

404. Este problema es sorteado, en parte, por el art. 11 CH 1970. Dicho precepto amplía ese elenco de leyes, al prever que todo Estado contratante pueda declarar que reconoce las exenciones y prohibiciones establecidas por la ley de otros Estados distintos del requirente y del requerido. Si bien, las mismas tendrán que ser especificadas en la misma declaración¹⁰⁰⁴. Sin embargo, el correlativo art. 14 ROP no establece tal ampliación.

Ante esta situación, aunque se ha negado la aplicación de la ley nacional del testigo o la Ley aplicable al fondo, también se ha defendido que la remisión a las leyes del Estado requirente o requerido del art. 14 ROP se ha de entender en sentido amplio, esto es, permitiendo la remisión explícita o implícita que esas leyes puedan hacer a otros ordenamientos¹⁰⁰⁵.

405. Por último, el régimen de producción interna se encuentra recogido principalmente en los arts. 276 a 278 LOPJ, -lo establecido en el art. 177 LEC en nada afecta a la citada regulación-. El art. 276 LOPJ regula la práctica de la prueba en el extranjero solicitada por los tribunales españoles, mientras que el art. 277 y el art. 278 LOPJ regulan la prueba que debe practicarse en España. El régimen recogido en ambas disposiciones consiste en un sistema de reciprocidad. Si bien, se denegará en los siguientes supuestos, que como excepciones, deberán ser interpretados restrictivamente: a) cuando el proceso del que se derive la solicitud de la prueba sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española; b) cuando el contenido del acto a realizar no corresponda a las atribuciones de la autoridad requerida, que en tal caso, lo remitirá a la competente; c) cuando la comunicación no contenga los requisitos de autenticidad

¹⁰⁰⁴ Durante la elaboración del Convenio se fue consciente de este problema. La fórmula lograda buscaba la protección total del testigo, pero evitando los posibles inconvenientes de una cláusula general: la aplicación de una ley extranjera por el Estado requerido, retardaría mucho el proceso y podría hacer que la práctica de la prueba deviniera imposible. Vid. M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención...*, op. cit., pág. 103; C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional...*, op. cit., pág. 236; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas...*, op. cit., págs. 98 a 102.

¹⁰⁰⁵ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pág. 504. En cualquier caso, los Estados miembros, tal y como obliga la Directiva, regulan la confidencialidad en sus respectivas legislaciones. Asimismo, el resto de países que tienen una regulación sobre mediación recogen la confidencialidad, pues la misma es fundamental y signo característico de este método alternativo de resolución de conflictos. Todo ello facilitará la efectividad de la confidencialidad dentro del campo de la obtención internacional de la prueba. En este sentido, sólo recordar que dicha obligación no es absoluta e ilimitada sino que tiene sus excepciones, las cuales ya fueron recogidas como regla de mínimos por la propia Directiva, siendo la más importante en el ámbito comercial transfronterizo, la que se refiere al pacto en contrario de las partes. En cuanto a las situación de las diferentes legislaciones, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 257 a 290.

suficiente o se halle redactado en un idioma que no sea el castellano; d) cuando el objeto de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español¹⁰⁰⁶. Respecto de esta última excepción, podría subsumirse la obligación de guardar secreto y por tanto de no declarar ni aportar documentación alguna por parte del mediador.

3. La confidencialidad de la mediación y sus efectos sobre el arbitraje.

406. De forma general, al igual que ocurría con el proceso judicial, la prueba en el arbitraje se rige por la ley que regula el procedimiento arbitral. Por tanto, en un arbitraje comercial internacional, el régimen de la prueba, tal y como establece el art. V.1. d) CNY, se regulará por la ley elegida por las partes o lo pactado por ellas, y en su defecto, se aplicará la ley donde se ha efectuado el arbitraje¹⁰⁰⁷. Si es la Ley española la que rige el procedimiento, -bien por ser la ley elegida por las partes, o en su defecto, por celebrarse el arbitraje en España-, habrá que estar a lo dispuesto por las partes, y en su defecto, será el árbitro el que tome las decisiones en orden a conducir el procedimiento arbitral (art. 25.2 LA). A diferencia de aquéllas, éste no puede desviarse de las disposiciones legales que la ley arbitral establezca, sin embargo, la misma no ha regulado apenas aspectos del Derecho probatorio, tan sólo algunas cuestiones relativas a la prueba pericial (art. 32 LA), y la intervención de los tribunales en materia de práctica de la misma (art. 33 LA). En definitiva, si las partes no establecen nada, el árbitro, que por otra parte no tiene que tomar decisiones acordes a las leyes procesales, va a tener una gran libertad a la hora de dirigir las cuestiones probatorias¹⁰⁰⁸.

407. En cualquier caso, este vacío es aparente. En los arbitrajes comerciales internacionales, ya sea por decisión de las partes, o en su defecto, del tribunal arbitral,

¹⁰⁰⁶ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 695 y 696; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pág. 512.

¹⁰⁰⁷ El art. 25 y art. 1.1 LA establece los mismos criterios que el CNY, si bien éste será el que se aplique por el principio de jerarquía normativa.

¹⁰⁰⁸ La no sujeción a las normas procesales sobre la prueba tiene ciertos límites, como aquellas relativas a la prueba prohibida por haberse obtenido con vulneración de los derechos fundamentales, vid. V. GUZMÁN FLUJA, «Art. 25. Determinación del procedimiento», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pág. 934.

es muy habitual la aplicación de las denominadas *IBA Rules*¹⁰⁰⁹. En el art. 9 de dicha reglamentación, dedicado a la admisibilidad y valoración de la prueba, se establece la posibilidad de subsumir el caso creado por la obligación de confidencialidad derivada de la mediación. En concreto, el apartado 2.b) se refiere a la exclusión de la prueba en caso de *existencia de un impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral*. En cuanto a la determinación de dichas normas jurídicas, y tras la discusión oportuna del grupo de trabajo, se decidió establecer una serie de indicaciones que sirvieran de guía al citado art. 9.2 b)¹⁰¹⁰. Siguiendo esta lógica, el art. 9.3.b) refleja la confidencialidad emanada de la mediación, mediante su referencia a la protección de tal extremo respecto de *un documento, declaración o comunicación realizada en relación y al efecto de negociaciones para llegar a una transacción*¹⁰¹¹. Además, en cuanto a la prueba pericial, y de forma específica respecto del nombramiento del perito por el Tribunal arbitral, el art. 6.2 otorga a las partes la posibilidad de realizar objeciones sobre el mismo, convirtiéndose así en otra oportunidad para garantizar la obligación de confidencialidad emanada de la mediación¹⁰¹². En cualquier caso, estas reglas son indicaciones no vinculantes para el árbitro, el cual las podrá considerar, pero también

¹⁰⁰⁹ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional. Aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, *vid.* http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx Se debe destacar que este es un texto de gran aceptación y muy extendido tanto en los países de tradición anglosajona como continental. Suelen utilizarse como complemento de los reglamentos institucionales sobre la cuestión, *vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional...*, *op. cit.*, págs. 121 y 122.

¹⁰¹⁰ Durante la elaboración de estas reglas se preguntó sobre si las mismas debían proporcionar o no una guía en orden a determinar las normas aplicables, y en caso afirmativo, si tal guía debía realizarse con una norma de Derecho internacional privado o estableciendo unas reglas estándares a aplicar en defecto de otras. En ambos casos, los resultados no fueron claros, optándose por recoger una serie de elementos no vinculantes que el tribunal arbitral pudiera tener en cuenta de forma discrecional y como guía. *Vid.* O.L.O DE WITT WIJNEN, «Collection of evidence in international arbitration», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum...*, *op. cit.*, págs. 356 a 358.

¹⁰¹¹ *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*, 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, pág. 25. *Vid.* http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

¹⁰¹² Otras instituciones también han aprobado normas muy similares sobre la materia, como el *CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration* y las *ICDR Guidelines for arbitrators concerning exchanges of information*, *vid.* O.L.O DE WITT WIJNEN, «Collection of evidence...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 354 a 356; M. HUNTER, G. TRAVAINI, «Electronically stored information and privilege in international arbitration», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum...*, *op. cit.*, págs. 620 y 621.

tendrá la posibilidad de aplicar la ley que regula el contrato de mediación y que, en efecto, rige tanto la obligación de confidencialidad.

408. Sin perjuicio de estas reglas, no debe tampoco olvidarse que a diferencia del proceso judicial, en el arbitraje también existe el principio de confidencialidad, un elemento fundamental, y por ello protegido, en las diferentes legislaciones y reglas institucionales que regulan el procedimiento arbitral¹⁰¹³.

En este sentido, y en la relación entre mediación y arbitraje, se pone de manifiesto, especialmente, el vínculo existente entre imparcialidad y confidencialidad¹⁰¹⁴. Puede ocurrir que el mediador acabe siendo, a su vez, árbitro. Como ya se expuso en el apartado relativo a la mediación y arbitraje combinados, esto puede dañar la necesaria imparcialidad que debe poseer el árbitro, sin embargo, también puede perjudicar a la confidencialidad derivada de la mediación¹⁰¹⁵. En todo caso, esta cuestión quedará en manos de las partes, porque son ellas las que en primer lugar deciden tanto el nombramiento de la misma persona en la figura del tercero, como la posibilidad de dejar sin efecto la confidencialidad como consecuencia del procedimiento de mediación llevado a cabo.

¹⁰¹³ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Clearer ethics guidelines and comparative standards for arbitrators», en M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum...*, op. cit., págs. 441 a 443.

¹⁰¹⁴ En cuanto a esta relación, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., pág. 246.

¹⁰¹⁵ En cuanto a la mediación y arbitraje combinados, vid. *supra*, págs. 210 a 217.

CAPÍTULO VI

FIN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN

I. LAS DIFERENTES FORMAS DE FINALIZAR EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

409. Cuando las partes deciden iniciar el procedimiento de mediación, su objetivo principal es terminar con la celebración de un acuerdo que ponga fin al conflicto. Por ello, todos los instrumentos reguladores de la mediación recogen y tratan, en mayor o menor medida, dicho acuerdo¹⁰¹⁶. Sin embargo, aunque la terminación del procedimiento de mediación mediante un acuerdo sea lo más deseable, lo cierto es que ambas ideas no van siempre unidas. Existen otras formas de finalizar el citado procedimiento distintas del acuerdo. En este sentido, si las partes no han logrado la solución al conflicto, podrán acudir a otro ADR, y en su caso, al arbitraje o al proceso judicial. En cualquier caso, también pueden darse ambas circunstancias, esto es, que se llegue a un acuerdo de mediación parcial, por el cual se logre resolver algunas de las cuestiones objeto de disputa, si bien, el resto, acaben resolviéndose por otros métodos¹⁰¹⁷.

Las modalidades de terminación del procedimiento de mediación sin alcanzar un acuerdo recogidas en el art. 22 LM son: a) el ejercicio de todas o alguna de las partes del derecho a dar por finalizada la mediación; b) el transcurso del plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento; c) la apreciación justificada del mediador consistente en la irreconciliabilidad de las posiciones de las partes o en la existencia de alguna otra causa que imposibilite su continuación y; d) la renuncia del mediador a continuar el procedimiento, o el rechazo de las partes a su mediador, siempre y cuando no se llegue a nombrar a uno nuevo¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁶ El régimen del acuerdo de mediación se tratará en este Capítulo VI, a partir del apartado II.

¹⁰¹⁷ El art. 23.1.I LM se refiere de forma expresa a los acuerdos de mediación que versan sobre una parte, -parciales-, o sobre la totalidad, -totales-, de las materias sometidas al citado procedimiento.

¹⁰¹⁸ También se han puesto de manifiesto otros supuestos de finalización de la mediación sin acuerdo, como la muerte o enfermedad del mediador cuando no se llegue a nombrar uno nuevo, *vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, 2010, pág. 60; *Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de mediación en*

410. Este catálogo es más amplio que el recogido expresamente en la propia Directiva y en la Ley Modelo¹⁰¹⁹. Si bien, ello no quiere decir que las formas de terminación no contempladas estén excluidas de ambos textos. Al contrario, pueden considerarse incluidas implícitamente, al derivarse de las propias características de la mediación.

411. La primera modalidad, consistente en el derecho de todas o alguna de las partes a dar por finalizada la mediación, se deriva directamente del principio de voluntariedad (art. 6.3 LM), y se encuentra también mencionada tanto en el considerando 13 DM, como en el art. 11 c) y d) LMCCI.

412. La segunda forma de terminación, apoyada en el art. 19.1 d) LM y el art. 20 LM relativos a la autonomía privada de las partes a la hora de configurar una duración máxima del procedimiento de mediación así como a su brevedad, también es mencionada por el considerando 13 DM como una posibilidad que los Estados miembros deben prever¹⁰²⁰. Por su parte, aunque la Ley Modelo no dice nada al respecto, la misma debe también contemplarse en cualquier caso. Las partes tienen plena libertad para configurar el procedimiento de mediación, entrando dentro de dicha facultad, el establecimiento de un límite temporal para el mismo, precisamente, porque una de las características de la mediación es su desarrollo en un corto periodo de tiempo, así como la propia flexibilidad y protagonismo de la autonomía privada de las partes a la hora de estructurarla¹⁰²¹.

asuntos civiles y mercantiles, 2010, pág. 71. En cuanto a las citadas causas de terminación del procedimiento de mediación, *vid.* S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 262 a 270.

¹⁰¹⁹ La Ley Modelo recoge los mismos supuestos que recogía el anterior Reglamento de Conciliación. La única diferencia es la no exigencia de que el acuerdo quede por escrito, permitiendo así otras vías como la electrónica o la verbal, *vid.* J-M. JACQUET, «La Loi-type de la...», *loc. cit.*, págs. 73 y 74.

¹⁰²⁰ Deben ser las partes las que fijen una duración máxima, y no la propia ley, porque, a pesar de que la mediación, por su naturaleza, sea breve, su tiempo dependerá básicamente de dos factores: a) la propia actitud de las partes y; b) la naturaleza, número y complejidad de los conflictos a resolver. *Vid.* F. MARTÍN DIZ, *La mediación...*, *op. cit.*, págs. 126 a 130. Por ello, aunque las reglamentaciones institucionales pueden fijar un plazo máximo, lo normal es que admitan prórrogas si las partes así lo solicitan, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 423 y 424.

¹⁰²¹ En cualquier caso, aunque el art. 19.1 g) LM establece tal duración máxima como contenido mínimo, aunque modificable, del acta constitutiva, tampoco es un extremo de imprescindible acuerdo, pues por la propia naturaleza de la mediación, la misma será breve; y porque antes de que se cumpla el plazo, cualquiera de las partes podrá igualmente dar por terminado el procedimiento. En este sentido, y respecto del silencio de la Ley Modelo, *vid.* J-M. JACQUET, «La Loi-type de la...», *loc. cit.*, pág. 74.

413. En cuanto al tercer modo de finalización del procedimiento de mediación, cuando se refiere a la irreconciliabilidad de las posturas de las partes, éste puede identificarse con el recogido en el art. 11 b) LM, si bien, esta última disposición exige de forma expresa una previa consulta del mediador a aquéllas. Dicha consulta, en todo caso, parece obvia tal y como se configura la mediación, especialmente, si dicha finalización quiere estar debidamente justificada. Aunque la Directiva no menciona nada respecto de este extremo, dicha conducta del mediador forma parte de su profesionalidad, es él quien debe encargarse de llevar a cabo una mediación de forma eficaz y competente (art. 3.b) DM). En cualquier caso, la consulta y connivencia con las partes es del todo necesaria, de otro modo, se estaría otorgando al mediador unas facultades contrarias a los principios de voluntariedad y libre disposición de la mediación¹⁰²². Además, siempre le quedará la opción de utilizar como instrumento de consideración estrictamente individual su propia renuncia¹⁰²³.

414. Finalmente, la última manera de terminar el procedimiento de mediación, consistente en la renuncia del mediador o el rechazo de las partes al mismo siempre y cuando no se nombre a otro, no está recogida ni en la Directiva ni en la Ley Modelo¹⁰²⁴. Ello no significa que estén excluidas, sino que tal carencia es producto del propio contenido de dichas regulaciones. Esta modalidad de finalización está íntimamente relacionada con el tratamiento dado a los motivos que afectan a la imparcialidad en la mediación y que están regulados en el art. 13 LM. Sin embargo, los citados instrumentos internacionales no hacen un tratamiento en profundidad de estos aspectos, la Directiva no los menciona, y el art. 5.5 LMCCI, aunque hace referencia a la

¹⁰²² Vid. *Dictamen del Consejo...*, op. cit., pág. 70.

¹⁰²³ Por otra parte, cuando el art. 22.1 LM se refiere a «otra causa que determine su conclusión», debe interpretarse en el sentido también dado al propio art. 11. b) LMCCI. Esta disposición abarca los casos de abandono del procedimiento, una vez comenzado éste, cuando dicha dejación se dedujera de la propia conducta de las partes, como la no asistencia a una sesión con la otra parte y el mediador, o con este solamente; o cuando el mediador se ha puesto en contacto en orden a desarrollar el procedimiento y no ha recibido respuesta, vid. *Guía para la incorporación...*, op. cit., pág. 49. En definitiva, cuando existe un incumplimiento de las obligaciones de las partes en cuanto al desarrollo del procedimiento de mediación se refiere. En este sentido, vid. F. MARTÍN DIZ, *La mediación...*, op. cit., págs. 123 y 124

¹⁰²⁴ Se ha criticado la falta de fijación de un plazo en orden a nombrar a otro mediador, porque alguna de las partes, con su pasividad respecto a ese segundo nombramiento, puede alargar de forma artificial la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, vid. P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», loc. cit., pág. 7.

existencia de circunstancias que pudieran afectar a la imparcialidad del mediador, no recoge el tratamiento que debe darse a las mismas¹⁰²⁵.

II. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN.

1. Concepto: El acuerdo de mediación y el acta final del procedimiento de mediación.

415. El acuerdo de mediación es el contrato por el cual las partes, fruto de la labor mediadora llevada a cabo, asumen unas obligaciones con el objetivo de poner fin, total o parcialmente, al conflicto que las enfrenta¹⁰²⁶.

416. Debe diferenciarse el acuerdo de mediación del acta que pone fin al procedimiento¹⁰²⁷. Como se ha señalado con anterioridad, el acuerdo de mediación es la forma deseable de finalización del procedimiento (art. 23 LM), en tanto que con dicho acuerdo, las partes logran poner fin a la controversia, siendo ellas las protagonistas del mismo, esto es, el mediador o mediadores no son parte del citado acuerdo (art. 23.2 LM)¹⁰²⁸.

¹⁰²⁵ Tampoco se menciona la cuestión de la renuncia del mediador o del rechazo de las partes en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, *vid. Guía para la incorporación..., op. cit.*, pág. 35. En cuanto a la falta de regulación de dichos aspectos en la Ley Modelo, *vid. vid. E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», loc. cit.*, págs. 30 a 33.

¹⁰²⁶ Se ha criticado por parte de la doctrina, el uso del término «acuerdo de mediación», empleando en su lugar «negocio jurídico mediado». En cuanto al concepto de acuerdo de mediación, *vid. M. BLANCO CARRASCO, Mediación y sistemas alternativos..., op. cit.*, pág. 206; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 130; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares..., op. cit.*, pág. 494; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos..., op. cit.*, pág. 183; M. TORRERO MUÑOZ, «El acuerdo de mediación familiar», en J.M. LLOPIS GINER (coord.), *Estudios sobre..., op. cit.*, pág. 92.

¹⁰²⁷ Sobre esta distinción, *vid. M. BLANCO CARRASCO, Mediación y sistemas alternativos..., op. cit.*, págs. 206 a 210; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 130; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares..., op. cit.*, págs. 497 y 498; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos..., op. cit.*, pág. 180; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 271 a 276.

¹⁰²⁸ En el Real Decreto-Ley se contemplaba la firma del mediador, lo cual había sido muy criticado. El objeto del acuerdo de mediación es poner solución al conflicto, y sólo las partes son sujetos de la controversia. Finalmente, dicho aspecto se suprimió y la Ley 5/2012, al igual que el resto de instrumentos normativos, como la Directiva, y la Ley Modelo, no exige dicha firma. Sobre esta cuestión, *vid. A.M. LORCA NAVARRETE, La mediación en asuntos..., op. cit.*, pág. 187; V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación...», *loc. cit.*, págs. 266 a 268; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 282 a 284.

En cambio, el acta final no es una forma de terminación de la mediación, sino un documento donde se va a recoger el modo en que el procedimiento efectivamente haya concluido, cualquiera que éste sea. Por tanto, si existe acuerdo de mediación, el acta final también deberá reflejarlo (art. 22.3.I LM)¹⁰²⁹. Asimismo, como la finalidad de dicho documento es formalizar la terminación del citado ADR, no sólo las partes enfrentadas firmarán el acta, sino también el tercero o terceros (art. 22.3.II LM). Ello es así, porque con el mismo, se certifica el cumplimiento de las obligaciones a las que se comprometieron en el acta inicial, salvo la confidencialidad que se extiende más allá del procedimiento de mediación, incluso aunque al final no se celebre el propio acuerdo de mediación.

417. Por todo ello, se puede concluir que no sólo son figuras diferentes, sino que el acta final, al poner fin al procedimiento, hace que el acuerdo de mediación que firmen solamente las partes en conflicto, se sitúe, estrictamente, en una fase ya posterior al procedimiento propiamente dicho¹⁰³⁰.

2. Naturaleza jurídica.

418. El acuerdo de mediación tiene una naturaleza contractual, no sólo por su origen, fruto de la autonomía privada de las partes, sino por sus eficacia, pues tal y

¹⁰²⁹ Se impone la libertad de forma del acta, de modo que las partes podrán redactar el contenido y alcance de los acuerdos alcanzados como estimen oportuno, o bien que conste simplemente su existencia, *vid.* A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 180; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 275 y 276.

¹⁰³⁰ Incluso la redacción del propio acuerdo, puede llevar a añadir puntos nuevos o versiones diferentes. En este sentido, normalmente al contenido definitivo del acuerdo de mediación se llega una vez terminado el procedimiento. En el art. 23 LM no se establece ningún plazo para la firma del acuerdo, a diferencia de su antecedente, el Real Decreto-Ley 5/2012, y en contraposición a lo recomendado por el *Libro Verde*, el cual aconsejaba fijar un plazo de reflexión antes de la firma, o uno de retractación después de ésta, -si bien nada obsta para que las partes establezcan un plazo en tal sentido-. *Vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34; R. ALASTRUEY GRACIA, J. MUÑOZ SABATÉ I CARRETERO, «Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta», *Diario La Ley*, n° 7927, 20 septiembre 2012, pág. 3; R. GIL NIEVAS, «La directiva...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 48; R. GIL NIEVAS, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 6; J.L. MARTÍN AMAYA, *Mediación y recuperación de deudas en Derecho español. (Adaptado a la Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantiles de 6 de julio de 2012, Sevilla, 2012, págs. 166 y 167; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 272 a 274.*

como reconoce el art. 23.4 LM, *sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos*¹⁰³¹.

Concretamente, la doctrina conviene en afirmar que el acuerdo de mediación regulado en el art. 23 LM se asemeja, tal y como ya reflejó el *Libro Verde*¹⁰³², a un contrato de transacción (art. 1809 Cc)¹⁰³³. Si bien, ello no supone una identificación absoluta de ambas figuras: no todas las transacciones implican una mediación, y no todas las mediaciones terminan con una transacción¹⁰³⁴.

419. Como todo contrato, el acuerdo de mediación posee tres elementos (art. 1261 Cc): a) el consentimiento de las partes; b) un objeto cierto, que en este caso será la materia que constituye el conflicto, la cual debe ser disponible por las partes y; c) una

¹⁰³¹ Esta naturaleza contractual así se encuentra reconocida en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 304 y 305; *Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, pág. 56.

¹⁰³² *El denominador común de todas estas fórmulas, -calificaciones jurídicas de los distintos Estados-, es que en realidad constituyen “transacciones”, sea cual fuere la apelación que se les da, vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, págs. 34 y 35. En este sentido, el art. 14 LMCCI se refiere a los «acuerdos de transacción».

¹⁰³³ Reflejo de ello es el contenido de la primera versión del Anteproyecto de Ley de Mediación, la cual incluso modificaba el art. 1809 Cc y el art. 1816 Cc relativos a la transacción y sus efectos, con base en la proximidad del acuerdo de mediación con la propia transacción, *vid.* E. LÓPEZ BARBA, «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *RADP*, n° 30, 2013, pág. 251; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 288 y 289. Asimismo, muchos países de nuestro entorno han optado por la transacción, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 305 a 307.

En cuanto a la posición de la doctrina a este respecto, *vid.* M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación en asuntos...», *loc. cit.*, págs. 297; I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «El futuro de la mediación pre-procesal», *Diario La Ley*, n° 6671, 14 marzo 2007, pág. 3; I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «Aproximación a la mediación prejudicial que viene», *Diario La Ley*, n° 7088, 8 enero 2009, pág. 3; J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, pág. 173; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 211 a 214; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 42; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 131; B.A. CIURANA, «La mediación civil...», *loc. cit.*, pág. 66; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 175; R. GIL NIEVAS, «La directiva...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 49; R. GIL NIEVAS, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 6; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 26. Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 366; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 8; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 286 a 290; A.M. PÉREZ VALLEJO, «Resolución extrajudicial de conflictos: mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales», en L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje...*, *op. cit.*, pág. 108; P. ROBLES LATORRE, «Apuntes sobre la Directiva...», *loc. cit.*, pág. 106; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 9.

¹⁰³⁴ *Vid.* S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 289 y 290. En cuanto a la transacción y su diferencia con los ADR, extensible a la mediación, *vid. supra*, nota n° 408.

causa, que es la resolución de la disputa en cuestión por las propias partes mediante la instauración de obligaciones recíprocas.

420. Del acuerdo de mediación como contrato se pueden extraer una serie de características. En primer lugar, se entiende que es un contrato típico por encontrarse regulado en el art. 23 LM. Asimismo, se considera un contrato bilateral y sinalagmático, en tanto que produce obligaciones recíprocas entre las partes, sólo de esa manera podrán llegar a un acuerdo, -no se debe olvidar que como premisa se encuentra la existencia de intereses contrapuestos, en definitiva, de un conflicto-. Por todo ello, también se le considera un contrato oneroso.

421. El acuerdo de mediación, tal y como se deduce del propio art. 23 LM, exige la forma escrita¹⁰³⁵. En este sentido, el art. 23.1.I LM establece que en el citado acuerdo deberá constar una serie de extremos para su validez¹⁰³⁶: a) la identidad y el domicilio de las partes; b) el lugar y fecha en que se suscribe el acuerdo¹⁰³⁷; c) las obligaciones que cada parte asume; d) la realización del procedimiento de mediación conforme a lo regulado en la Ley 5/2012¹⁰³⁸; e) la indicación del mediador o mediadores que han intervenido y; f) la manifestación, en su caso, de la institución de mediación a través de la cual se ha desarrollado el procedimiento. Además, el art. 23.2 LM indica también la obligación de que el acuerdo esté firmado por las partes o sus representantes. Entregándose un ejemplar a cada una de las partes, y reservándose otro el mediador para su conservación (art. 23.3.I LM).

422. Una vez cumplidos estos requisitos, el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado, y de que pueden instar su elevación a escritura pública con la finalidad de configurar su acuerdo como un título ejecutivo (art.

¹⁰³⁵ Si bien, en virtud del art. 24 LM, también cabe la posibilidad de que el acuerdo de mediación conste en soportes electrónicos. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 445 y 446; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 185 y 186; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 297.

¹⁰³⁶ En cuanto a estos puntos de forma general, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 445 a 449.

¹⁰³⁷ Estos datos determinarán la competencia territorial del juez que, en su caso, habrá de conocer del proceso de ejecución, *vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 8.

¹⁰³⁸ El procedimiento seguido podrá haber sido otro, siempre y cuando, se cumpla con las exigencias de la Ley 5/2012. En este sentido, se debiera hacer una interpretación laxa, reduciendo dichos requisitos al cumplimiento de: a) los principios de la mediación; b) los requisitos de tipo procedimental, como la existencia del acta constitutiva y final y; c) las disposiciones relativas a la mediación y su conexión con el proceso judicial.

23.3.II LM). En definitiva, el tercero anunciará la eficacia contractual del acuerdo, esto es, que como todo contrato, tendrá fuerza de ley entre las partes contratantes y debe cumplirse conforme a lo pactado y de acuerdo a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1091, art. 1089, y art. 1258 Cc)¹⁰³⁹.

423. Sin embargo, también se ha defendido que el acuerdo de mediación no sólo tiene los efectos propios y generales de los contratos, sino los atribuidos especialmente al contrato de transacción. El fundamento básico para extender los efectos de la transacción extrajudicial al acuerdo de mediación es que los dos comparten la misma causa. Ambas figuras buscan la superación del conflicto, elaborada a través de las propias partes en disputa, mediante concesiones recíprocas¹⁰⁴⁰.

En general, se dice que la transacción tiene efecto de cosa juzgada entre las partes (art. 1816 Cc). Sin embargo, dicho concepto debe ser matizado, porque no es el mismo efecto que el derivado de una sentencia judicial. En este sentido, y en cuanto al acuerdo de mediación se refiere, se habla de la eficacia refleja del contenido del acuerdo. En otras palabras, sí que puede ser objeto de un proceso posterior, si bien, el juez debe tomar como supuesto de hecho el acuerdo alcanzado por las partes, y por tanto, como condición necesaria a la hora de la construcción, modificación o extinción de la relación jurídica en cuestión. En definitiva, el juez está obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y no contradecirla, no podrá decidir una pretensión de modo distinto a como la resolvieron ellas mismas. Si bien, ello no impide que pueda entrar a valorar la propia validez del acuerdo de mediación¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ Los extremos que debe contener el acuerdo, enunciados en el art. 23.1. I LM, son de fácil verificación al no tener que ver con el fondo de lo acordado, sino más bien con ciertas formalidades. Por ello, sería conveniente que si alguno de ellos no se cumpliera, el mediador así lo comunicara a las partes en orden a su corrección como parte de ese deber meramente informativo, en tanto que su ausencia pudiera justificar la acción de nulidad del art. 23.4 LM, así como la no adquisición del carácter ejecutivo, *vid.* S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 298.

¹⁰⁴⁰ En cuanto a la causa del contrato de transacción, *vid.* F.J. PELÁEZ, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, 1987, págs. 35 a 38; S. TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, Madrid, 2002, págs. 202 a 211.

En relación a la «resolución del conflicto», debe pensarse en un concepto amplio de ambos términos, *vid. supra*, págs. 127 a 131.

¹⁰⁴¹ *Vid.* M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos...*, *op. cit.*, págs. 211 a 214; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 302 y 303. En cuanto al contrato de transacción, *vid.* F.J. PELÁEZ, *La transacción...*, *op. cit.*, págs. 162 a 170; S. TAMAYO HAYA, *El contrato...*, *op. cit.*, págs. 445 a 476.

424. Esta configuración encaja con lo dispuesto en el art. 23.4 LM: *sólo* podrá ejercitarse *la acción de nulidad* (de los acuerdos de mediación) *por las causas que invalidan los contratos*. Por tanto, los citados acuerdos no se podrán volver a plantear en los tribunales, salvo que sea para ejercer la acción de nulidad, tal y como ocurre en la transacción¹⁰⁴². En consecuencia, y en tanto el objeto de la acción no es el propio conflicto sino la validez del acuerdo, el juez no se pronunciará sobre el fondo. En este sentido se podrá alegar, entre otros motivos: a) la existencia de algún vicio del consentimiento; b) la falta o la ilicitud de la causa; c) la inexistencia o falta absoluta de determinación o ilicitud del objeto; d) el exceso en los límites de la autonomía de las partes; o e) el incumplimiento de los requisitos establecidos en el propio art. 23 LM para el acuerdo de mediación¹⁰⁴³. Por ello, se entiende que el acuerdo de mediación posee autoridad de cosa juzgada material, en cuanto que el juez no puede conocer del fondo del asunto, pero no goza del efecto de cosa juzgada formal, puesto que está sometido al régimen común de impugnación de los contratos¹⁰⁴⁴.

3. Contenido.

425. El contenido del acuerdo de mediación estará compuesto por las obligaciones a las que se hayan sometido las partes en relación con el conflicto objeto de la mediación. Por tanto, el contenido dependerá de la propia disputa¹⁰⁴⁵. Si bien, y en todo caso, no podrá ser contrario a Derecho (art. 25.2 LM). Ese «Derecho» deberá determinarse conforme a las normas de Derecho internacional privado que regulen la materia objeto de controversia, materia que tendrá que ser disponible por las partes (art.

¹⁰⁴² Vid. S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 307. En contra, *vid.* E. LÓPEZ BARBA, «La eficacia ejecutiva...», *loc. cit.*, págs. 245, 251 y 252. En cuanto al régimen específico del contrato de transacción (art. 1817 Cc al art. 1819 Cc), *vid.* L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II,..., *op. cit.*, págs. 443 a 445; S. TAMAYO HAYA, *El contrato...*, *op. cit.*, págs. 484 a 510.

¹⁰⁴³ Vid. S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 485 a 487; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 298. En cuanto a la ineficacia de los contratos en general, *vid.* L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II,..., *op. cit.*, págs. 102 a 115.

¹⁰⁴⁴ Vid. S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 308.

¹⁰⁴⁵ En cuanto al contenido material de los acuerdos de mediación, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 442 a 444.

2.1 LM)¹⁰⁴⁶. Disponibilidad que es requisito fundamental para la mediación y el propio acuerdo de mediación, pero, como ya se analizó, de poca incidencia en el comercio internacional¹⁰⁴⁷.

4. Competencia judicial internacional.

426. Los acuerdos de mediación sin carácter ejecutivo pueden ser impugnados ante los tribunales¹⁰⁴⁸. Normalmente, la impugnación versará sobre su propia validez¹⁰⁴⁹. En este sentido, y desde una perspectiva comparada, las alegaciones más utilizadas suelen ser el error, la intimidación, el dolo, la falta de capacidad de alguna de las partes o la inexistencia de algún requisito formal¹⁰⁵⁰. En cualquier caso, en el supuesto de incumplimiento de lo acordado, también cabe la posibilidad de poder instar

¹⁰⁴⁶ Aunque este requisito se establece para el acuerdo que se eleve a escritura pública, también es predicable del acuerdo que no se eleve, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

¹⁰⁴⁷ *Vid. supra*, págs. 197 y 198.

¹⁰⁴⁸ Ello no es obstáculo para admitir también su impugnación una vez posean carácter ejecutivo. De forma general, en los diferentes ordenamientos jurídicos, se admite, aunque de forma restrictiva, la citada impugnación. Esto ocurre tanto en los acuerdos elevados a escritura pública, como en aquellos homologados por órgano jurisdiccional, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 321 a 323. En cuanto a España, para el caso de la homologación judicial posterior, en tanto que se sigue el régimen de las transacciones judiciales, la doctrina discute si se mantienen vigentes los arts. 1817 a 1819 Cc, y por tanto, la posibilidad de su impugnación; o si la homologación debe producir los efectos propios de toda resolución judicial. A pesar de este debate, la doctrina mayoritaria admite la opción de la impugnación, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 494 y 495; A. MARÍN LÓPEZ, «La transacción judicial en Derecho internacional privado», *Justicia*, nº 1, 1999, págs. 112, 115, 116, 135 y 136; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 22...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 308 y 309. A su vez, aquellos laudos que homologuen acuerdos de mediación, también podrán ser objeto de la acción de anulación. Aunque se mantiene para estos laudos por acuerdo de las partes el régimen general respecto a esta cuestión, también se ha discutido si los motivos de anulación debieran ser reducidos, para ser adaptados a la propia configuración de estos laudos, *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 322.

¹⁰⁴⁹ Así la Ley española admite expresamente la acción de nulidad sobre el mismo, art. 23.4 LM, *vid. supra*, pág. 353.

¹⁰⁵⁰ *Vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 314 a 321; J.R. COBEN, P.N. THOMPSON, «Disputing irony...», *loc. cit.*, págs. 73 a 89; P.N. THOMPSON, «Enforcing rights generated in court-connected mediation –tension between the aspirations of a private facilitative process and the reality of public adversarial justice», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 19, nº 2, 2004, págs. 520 a 539. En este sentido, *vid. ad. ex.*, T. HUNTER-SCHULZ, L. BOULLE, «Alleging mistake after mediation», *ADR Bull.*, vol. 8, nº 7, 2006, págs. 135 y 136.

la declaración de las obligaciones adquiridas a través del acuerdo, al objeto de hacerlas efectivas¹⁰⁵¹. E incluso, la resolución del contrato por incumplimiento¹⁰⁵².

427. En este sentido, cuando exista un conflicto en torno a un acuerdo de mediación del cual se derive la existencia de un elemento extranjero, los tribunales españoles tendrán que determinar su competencia judicial internacional. Para ello, y de conformidad con el sistema de prelación de fuentes (art. 96.1 CE y art. 21.1 LOPJ), se deberá analizar el Reglamento 44/2001, y en su defecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A) Reglamento 44/2001.

428. Antes de proceder al análisis de los foros de competencia judicial internacional contenidos en esta norma, debe hacerse referencia al cumplimiento de sus ámbitos de aplicación, -espacial, temporal, material y personal-, en relación con los acuerdos de mediación. Respecto a esta cuestión, no surge ningún problema, si bien, debe recordarse que las acciones van referidas al propio acuerdo de mediación, constituido en contrato, y no a la materia que trata en su contenido.

a) Consideraciones en torno a los foros exclusivos, la sumisión expresa y tácita y el foro del domicilio del demandado.

429. El citado Reglamento 44/2001 contiene una serie de foros jerarquizados¹⁰⁵³. En primer lugar, deben verificarse los foros exclusivos (art. 22 RBI). En este caso, las acciones que puedan ejercerse en relación con los acuerdos de mediación, no se podrán subsumir en ninguno de los citados foros¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ En cuanto a las posibilidades de las partes respecto de dicho incumplimiento contractual, *vid. infra*, nota nº 1089.

¹⁰⁵² La jurisprudencia española admite la resolución del contrato de transacción por incumplimiento, *vid. L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, Sistema de Derecho civil, vol. II, ..., op. cit.*, págs. 445 y 446; F. RODRÍGUEZ MORATA, «Art. 1816», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo IX. Art. 1760 a Disposiciones adicionales*, Valencia, 2013, págs. 12440 y 12441.

¹⁰⁵³ En relación a las distintas modificaciones realizadas en materia de competencia judicial internacional como consecuencia del nuevo Reglamento 1215/2012, *vid. supra*, nota nº 748.

¹⁰⁵⁴ En cuanto a los foros exclusivos en general, *vid. supra*, nota nº 749.

430. En segundo lugar, en cuanto a los foros de sumisión expresa y tácita (art. 23 y art. 24 RBI), se debe apuntar que cualquiera de los dos puede otorgar competencia a los tribunales españoles para conocer sobre esta materia¹⁰⁵⁵. En concreto, respecto del foro de sumisión expresa, lo cierto es que las partes podrían incluir una cláusula de sumisión a los tribunales de un Estado, si bien, aunque dicha posibilidad existe, no parece que sea lo más conveniente, ni tampoco lo habitual, teniendo en cuenta que el acuerdo es el resultado de un procedimiento de mediación previo¹⁰⁵⁶. Antes de añadir tal cláusula, las partes tienen dos opciones que, aunque opuestas, son más adecuadas: no finalizar la mediación con acuerdo si no ven factible su cumplimiento voluntario, o bien, convertir en título ejecutivo el acuerdo de forma inmediata para asegurar su futura ejecución.

431. Finalmente, si no existiera sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales españoles, éstos deberán comprobar si son competentes por el foro del domicilio del demandado (art. 2 RBI), considerado como el foro general¹⁰⁵⁷; o por alguno de los foros especiales por razón de la materia (arts. 5 a 21 RBI)¹⁰⁵⁸. Dentro de ellos, aquél que deberá aplicarse en relación a los acuerdos de mediación, será el foro especial en materia de contratos (art. 5.1 RBI).

b) Foro especial en materia de contratos.

432. En efecto, los acuerdos de mediación son relaciones contractuales, en virtud de las cuales, las partes han asumido libre y recíprocamente unas obligaciones con el objetivo de poner fin, total o parcialmente, al conflicto que las enfrenta¹⁰⁵⁹.

433. En aplicación del art. 5.1.c) RBI, en tanto que los acuerdos de mediación no pueden calificarse como contratos de compraventa de mercaderías ni de prestación de servicios (art. 5.1.b) RBI), los tribunales españoles serán competentes cuando sea

¹⁰⁵⁵ Para una visión general de los foros de sumisión expresa y tácita, *vid. supra*, págs. 252 a 254.

¹⁰⁵⁶ En este sentido respecto de los contratos de transacción, *vid.* C. JARROSSON, «Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales», *RCDIP*, vol. 86, n° 4, 1997, pág. 664.

¹⁰⁵⁷ Respecto del foro del domicilio del demandado, *vid. supra*, págs. 254 y 255.

¹⁰⁵⁸ En relación a los foros especiales por razón de la materia de forma general, *vid. supra*, nota n° 756.

¹⁰⁵⁹ En cuanto al concepto de materia contractual del RBI, *vid. supra*, págs. 256 y 257.

España el lugar donde hubiere sido o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda (art. 5.1.a) RBI)¹⁰⁶⁰.

434. Como se ha dicho con anterioridad, las acciones más habituales en relación con los acuerdos de mediación son aquellas relativas a su nulidad, que es además la prevista en el art. 23.4 LM. La posible aplicación del art. 5.1 RBI a estos supuestos es una cuestión muy debatida, tanto en lo referente a su propia aplicación, como, en su caso, a la posterior individualización de la obligación. En cuanto al primer extremo, existe un debate doctrinal en torno a la verificación de la existencia del contrato conforme a su ley aplicable, -criterio empleado por el TJUE sólo en vía incidental-, o una mera comprobación basada en la apariencia del mismo. En cuanto al segundo, aunque se ha propuesto tomar en cuenta la obligación de cuyo cumplimiento se quiere exonerar el actor, o la obligación de la que se quiere afirmar que el demandado está obligado a cumplir, también se ha criticado la subjetividad de esta tesis¹⁰⁶¹.

435. En cualquier caso, siguiendo con su aplicación y tras la individualización de la obligación que, se entiende, sirve de base a la demanda, deberá determinarse el lugar de su cumplimiento conforme a la *Lex contractus*, la cual se concretará, en el caso de los tribunales españoles, conforme al Reglamento Roma I¹⁰⁶².

En este sentido, debe tenerse presente que las obligaciones a las que se sometan las partes en un acuerdo de mediación pueden ser muy variadas. Por tanto, habrá que estar a lo que se haya fijado en cada supuesto concreto.

B) Ley Orgánica del Poder Judicial.

436. De conformidad con el sistema de prelación de fuentes (art. 96.1 CE y art. 21 LOPJ), en defecto de instrumento internacional aplicable, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles quedará determinada conforme al art. 22 LOPJ¹⁰⁶³. Al igual que el Reglamento 44/2001, los tribunales españoles no podrán

¹⁰⁶⁰ Vid. P. FRANZINA, *La giurisdizione...op. cit.*, pág. 302.

¹⁰⁶¹ En cuanto a estas dos cuestiones, *vid. supra*, págs. 257 a 259.

¹⁰⁶² En cuanto a la aplicación de la *Lex contractus* para fijar el lugar de cumplimiento de la obligación, *vid. supra*, pág. 259.

¹⁰⁶³ En este sentido, la LOPJ será aplicable: cuando exista sumisión expresa y ninguna de las partes se encuentre domiciliada en un Estado miembro, o Estado parte del Convenio de Lugano; cuando el

fundamentar su competencia en los foros exclusivos (art. 22.1 LOPJ). Sin embargo, sí podrán ser competentes en virtud del foro de sumisión expresa o tácita (art. 22.2 LOPJ); del foro del domicilio del demandado (art. 22.2 LOPJ); así como del foro especial en materia contractual (art. 22.3 LOPJ)¹⁰⁶⁴.

5. Ley aplicable al acuerdo de mediación: Reglamento Roma I.

437. La ley aplicable a los acuerdos de mediación, en tanto que son contratos, se determinará conforme al Reglamento Roma I, instrumento central dentro del ámbito contractual europeo, al aplicarse a todos aquellos contratos internacionales celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (art. 28 y art. 29 RRI)¹⁰⁶⁵.

438. Aunque, en principio, la aplicación de este instrumento de la UE a los acuerdos de mediación es clara, lo cierto es que existe una importante cuestión a tratar en relación con esta figura contractual y el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, en concreto con las exclusiones recogidas en el art. 1.2 RRI.

Puede ocurrir que el acuerdo de mediación tenga por objeto la solución de un conflicto relativo a una materia excluida en el art. 1.2 RRI. Ante esta situación, el problema que se plantea es si el citado acuerdo de mediación debe considerarse también excluido, arrastrado por su contenido; o si por el contrario, debe considerarse igualmente incluido dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. La respuesta a este interrogante se encuentra en la propia naturaleza del acuerdo de mediación.

439. Esta discusión en torno a la naturaleza jurídica ya ha sido planteada en la doctrina con el contrato de transacción. En este orden de ideas, parte de la doctrina y el propio Tribunal Supremo han defendido que el citado contrato tiene la misma naturaleza con independencia de su contenido, creándose un nuevo vínculo obligacional¹⁰⁶⁶. Sin

domicilio del demandado se encuentre fuera del territorio 44 o de un Estado parte del Convenio de Lugano, en relación con el foro del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia. En cuanto a la relación entre el Reglamento 44/2001 y la LOPJ, *vid. supra*, nota nº 771.

¹⁰⁶⁴ En relación con el foro especial en materia contractual del art. 22.3 LOPJ, *vid. supra*, págs. 261 y 262.

¹⁰⁶⁵ *Vid. Libro verde...*, *op. cit.*, pág. 35; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 27...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 372; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 244 a 252. En cuanto a este Reglamento y el concepto de contrato derivado del mismo, *vid. supra*, págs. 263 y 264.

¹⁰⁶⁶ *Vid. F.J. PELÁEZ, La transacción...*, *op. cit.*, págs. 104 a 116.

embargo, otros autores defienden que la citada naturaleza puede cambiar dependiendo de las obligaciones que surjan como consecuencia del contrato. En este sentido, si una de las partes renuncia a sus pretensiones a cambio de que la otra se comprometa a realizar una prestación en su favor, en tanto que realiza dicha renuncia, reconoce la fuente de donde tal situación dimana, como puede ser el contrato anterior. En segundo lugar, si una de las partes renuncia parcialmente a sus pretensiones y en contraprestación la otra hace igual, aunque el contrato sea una nueva fuente de una relación jurídica, lo cierto es que coexistiría con la primera de ellas, aclarándola y fijándola. En tercer lugar, si ambas renuncian a sus pretensiones, a cambio de eliminar la relación jurídica preexistente y crear otra nueva o modificar aquella, sí que se originaría una nueva relación jurídica sustitutiva o modificativa de la anterior¹⁰⁶⁷.

440. En definitiva, aunque la finalidad de los contratos de transacción, al igual que los acuerdos de mediación, sea poner fin al conflicto, lo cierto es que de los posibles contenidos de las prestaciones que se contengan en él, se pueden desprender resultados sometidos a distintos regímenes jurídicos. De modo que si el acuerdo de mediación se considerara incluido en el Reglamento Roma I, en todo caso y sin importar su contenido, éste podría acabar aplicándose a obligaciones excluidas del mismo.

441. Por todo ello, su contenido deberá tenerse en cuenta necesariamente, a la hora de aplicar el citado instrumento internacional. En consecuencia, si contiene obligaciones excluidas de su ámbito de aplicación material, el acuerdo de mediación también se considerará fuera del mismo¹⁰⁶⁸.

442. Una vez aclarado este extremo, se entiende que los acuerdos de mediación incluidos dentro del Reglamento Roma I se regirán por la ley elegida por las partes (art. 3 RRI). En defecto de dicha elección, se aplicará la ley del país con el que el contrato

¹⁰⁶⁷ Vid. L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, vol. II*,..., *op. cit.*, págs. 438 y 439; A. MARÍN LÓPEZ, «La transacción judicial...», *loc. cit.*, págs. 126 y 127; F. RODRÍGUEZ MORATA, «Art. 1809», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios...*, *op. cit.*, págs. 12413 y 12414; S. TAMAYO HAYA, *El contrato...*, *op. cit.*, págs. 247 a 327.

¹⁰⁶⁸ Vid. M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 42. Respecto del Convenio de Roma en relación con los contratos de transacción y en el mismo sentido, vid. C. JARROSSON, «Le contrat de transaction...», *loc. cit.*, págs. 661, 662 y 666.

presente vínculos más estrechos (art. 4.4 RRI), pues éstas relaciones contractuales no poseen prestación característica¹⁰⁶⁹.

A) Ley elegida por las partes.

443. La autonomía de la voluntad conflictual es el primer punto de conexión recogido en el RRI para determinar la ley aplicable al contrato. Por tanto, conforme al art. 3 RRI, la ley elegida por las partes, siempre que dicha elección sea válida, será la *Lex contractus*¹⁰⁷⁰.

444. Aunque *a priori* esta cuestión no parece suscitar ningún problema, lo cierto es que sí puede plantearse un dilema en torno a la extensión o ámbito de aplicación de la ley elegida por las partes. En concreto, en relación con la disponibilidad de la materia que contiene el acuerdo de mediación. En principio, puede pensarse que en tanto se trata del objeto del contrato, se deberá aplicar, en efecto, la ley que las partes eligieron¹⁰⁷¹. Sin embargo, en cuanto a este extremo, también se ha defendido la aplicación de la ley que regula el fondo del conflicto en cuestión, porque es ésta, la ley que se emplea tanto para verificar que el procedimiento de mediación puede llevarse a cabo (art. 2.1.I LM), como para dotar de carácter ejecutivo al acuerdo de mediación (art. 25.2 LM)¹⁰⁷². En este sentido, si la ley elegida para el acuerdo de mediación, no coincide con la ley que regula el fondo del conflicto, pudiera declararse nulo un acuerdo, cuando el mismo pudiera haber obtenido carácter ejecutivo, porque conforme a esa otra ley la materia era disponible por las partes. Por todo ello, si el criterio utilizado por las distintas leyes

¹⁰⁶⁹ Vid. C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 113; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 159. En cuanto al contrato de transacción, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, pág. 695; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio...*, *op. cit.*, págs. 674 y 675; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, pág. 386; C. JARROSSON, «Le contrat de transaction...», *loc. cit.*, págs. 665, 666 a 672; H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008...», *loc. cit.*, pág. 29. En cuanto a la ley aplicable a la forma y a la capacidad, *vid. supra*, págs. 273 y 274.

¹⁰⁷⁰ En cuanto a la validez de la elección de la ley, *vid. supra*, págs. 266 y 267.

¹⁰⁷¹ Los elementos esenciales para la existencia y validez del contrato, como el objeto, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la *Lex contractus* (art. 10 RRI).

¹⁰⁷² En este mismo sentido, en cuanto al contrato de transacción, *vid.* C. JARROSSON, «Le contrat de transaction...», *loc. cit.*, pág. 665; M.L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, 1986, págs. 96 y 97.

fuera diferente, parece más adecuado optar por regular la disponibilidad de la materia conforme a la ley que regule el fondo, y no conforme a la *Lex contractus*.

B) Ley aplicable en defecto de elección.

445. Si las partes no hubieran realizado una elección de ley, o esta resultara inválida, el siguiente paso será acudir al art. 4 RRI, el cual contiene diferentes criterios para la determinación de la ley aplicable¹⁰⁷³. En primer lugar, en el art. 4.1 RRI, se designa la *Lex contractus* en relación con ocho tipos de contratos, sin embargo, los acuerdos de mediación no se pueden subsumir en ninguno de ellos¹⁰⁷⁴. Como no puede aplicarse tal criterio, habrá que acudir al art. 4.2 RRI, el cual exige la existencia de una prestación característica del contrato¹⁰⁷⁵. Sin embargo, los citados acuerdos carecen de tal elemento. Es cierto que sus obligaciones pueden consistir en llevar a cabo prestaciones recíprocas, o incluso en una prestación de una parte, a cambio de dinero por la otra, sin embargo, ambas suponen a su vez una renuncia a las obligaciones de la relación jurídica anterior, así como a su derecho de acción en relación con aquella en tanto que se encargan de resolver el litigio derivado de la misma. Además dicha renuncia es recíproca, ambas partes la realizan por igual, sólo de esa manera puede celebrarse un acuerdo de mediación. Por todo ello, en los acuerdos de mediación no es posible identificar una prestación como característica¹⁰⁷⁶.

446. Con este telón de fondo, sólo cabrá acudir al art. 4.4 RRI, el cual establece que, para aquellos contratos no subsumidos en los apartados 1 y 2, se aplicará la ley del país con el que la relación contractual presente los vínculos más estrechos, verificados a través del análisis de todas las circunstancias que rodeen el contrato. En este orden de ideas, la ley más vinculada con el acuerdo de mediación será la que regula el fondo del conflicto que el mismo resuelve, esto es, la relación jurídica de origen (considerando 20

¹⁰⁷³ Para profundizar sobre el citado precepto, *vid. supra*, nota nº 792.

¹⁰⁷⁴ En cuanto a los ocho tipos de contratos, *vid. supra*, nota nº 793.

¹⁰⁷⁵ En cuanto al concepto de prestación característica en general, *vid. supra*, págs. 268 y 269.

¹⁰⁷⁶ En este mismo sentido, y en relación a la inexistencia de prestación característica para los contratos de transacción, *vid. C. JARROSSON*, «Le contrat de transaction...», *loc. cit.*, pág. 667.

RRI)¹⁰⁷⁷. En este sentido, existen dos factores fundamentales que apoyan este extremo. En primer lugar, la relación con la ley aplicable a la disponibilidad de la materia objeto del acuerdo de mediación¹⁰⁷⁸. Y en segundo lugar, que dicha ley puede ser coincidente igualmente con la propia ley reguladora de la cláusula de mediación o contrato para mediar, la cual, en virtud del mismo art. 4.4 RRI, podrá ser también, en primer término, la ley de la relación jurídica a la que se refiere la mediación¹⁰⁷⁹.

A pesar de la importancia central de esta ley respecto del acuerdo de mediación, si debido a las circunstancias del supuesto, ésta no se considerara significativa, se proponen también otras leyes: la ley del país donde tengan su sede común los contratantes; en su defecto, la ley donde deba surtir efectos el acuerdo de mediación; y en último lugar, la ley del lugar de celebración del acuerdo de mediación¹⁰⁸⁰.

III. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN CON CARÁCTER EJECUTIVO.

447. A pesar del carácter voluntario, colaborador y de buena fe que se desprende de la mediación, tanto en los instrumentos internacionales como en las leyes de los distintos Estados ha existido, a este respecto, una constante preocupación por asegurar que los acuerdos de mediación se ejecuten, no dejando tal cometido a la exclusiva voluntad de las partes¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ En relación a la preferencia por esta solución respecto del contrato de transacción, *vid.* C. JARROSSON, «Le contrat de transaction...», *loc. cit.*, págs. 668 a 672. Esta opción también es mencionada respecto de los acuerdos de mediación, *vid.* R.W. JAGTENBERG, «Cross-border mediation in Europe: Prospects and pitfalls», en G. BARRETT (ed.), *Creating a european judicial space. Prospects for improving judicial cooperation in civil matters in the European Union*, Colonia, 2001, pág. 95; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 113; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 159.

¹⁰⁷⁸ *Vid. supra*, págs. 197 y 198.

¹⁰⁷⁹ *Vid. supra*, pág. 269.

¹⁰⁸⁰ En cuanto al contrato de transacción y la aplicación del art. 4.4 RRI, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional vol. II...*, *op. cit.*, pág. 695; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio...*, *op. cit.*, págs. 674 y 675; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable...*, *op. cit.*, pág. 386.

¹⁰⁸¹ En este sentido, *vid.* *Libro Verde...*, *op. cit.*, págs. 33 y 34; *Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, pág. 55; art. 4 *Recomendación n° 1/1998*; art. 6 *Recomendación n° 10/2002*. También el considerando 19 DM expresa que *los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva*. Reflejo de la importancia de este punto es el art. 6 DM, el cual pretende garantizar que todos los Estados miembros diseñen mecanismos para otorgar carácter ejecutivo a los acuerdos de mediación. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos ha regulado de forma clara esta cuestión, dejando esta tarea a los Estados, *vid.* N. ALEXANDER,

Si se mantienen como contratos, su eficacia se limita a tal extremo, debiendo solicitar, en defecto de cumplimiento voluntario, su ejecución forzosa. Es cierto que el acuerdo es el resultado directo e iniciativa de las propias partes, de ahí que muchos de los acuerdos sean voluntariamente cumplidos¹⁰⁸². Sin embargo, no se puede negar la clara desventaja de la mediación respecto del proceso judicial o del arbitraje, porque tanto las sentencias como los laudos son títulos ejecutivos¹⁰⁸³. En definitiva, garantizar el cumplimiento del acuerdo de mediación es vital para la eficacia, y por tanto, la propia utilidad y éxito de la mediación¹⁰⁸⁴.

International and comparative..., *op. cit.*, págs. 301 y 302; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 454 a 458.

¹⁰⁸² Así según el considerando 6 DM, *es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente (...)*. En este sentido, *vid.* C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Impulso de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 12; J. EPSTEIN, «The use of comparative law in commercial international arbitration and commercial mediation», *Tul. L. R.*, vol. 75, 2000, págs. 926 y 927; J.L. IGLESIAS BUHIGUES, C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, R. ESPINOSA CALABUIG, C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Spain», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 478 y 479; D. ORDOÑEZ SOLIS, «La Directiva sobre mediación...», *loc. cit.*, pág. 3; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, págs. 2 y 8.

¹⁰⁸³ De hecho, la ejecución de los acuerdos de mediación es la cuestión relativa a este ADR que más se plantea ante los tribunales de EE.UU., *vid.* N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 301. En cuanto a la preocupación que en EEUU existe también sobre esta cuestión, puesta de manifiesto expresamente por el *International Bar Association's Mediation Committee*, *vid.* E. SUSSMAN, «The New York Convention through a mediation prism», *Disp. Resol. Mag.*, vol. 15, 2009, pág. 10; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 392.

¹⁰⁸⁴ *Vid.* J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, pág. 169; S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 440, 453 y 454; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, pág. 235; M.P. CALDERÓN CUADRADO, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, «La mediación como alternativa...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 37 y 38; P. DIAGO DIAGO, «Aproximación...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 293; P. DIAGO DIAGO, «Modelos normativos para...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 177; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares...*, *op. cit.*, págs. 494 a 496; R. GIL NIEVAS, «La directiva...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 47; R. GIL NIEVAS, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 6; F. MARTÍN DIZ, *La mediación...op. cit.*, págs. 130 y 131; J.C. ORTIZ PRADILLO, «La mediación en la Unión Europea...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 70; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 669 y 670; G. PALAO MORENO, «Cross-border mediation...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 649; R. PÉREZ GURREA, «La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo», *Diario La Ley*, nº 7878, 12 junio 2012, págs. 4 y 5; J. RAJSKI, «La résolution des litiges...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 507; O. SANDROCK, «The choice between...», *loc. cit.*, págs. 34 a 37; E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, págs. 10 y 11; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 392; S. TAMAYO HAYA, *El contrato...*, *op. cit.*, págs. 332 a 334; P.M. WOLRICH, «ADR under...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 248; R. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, «La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto», en H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución...*, *op. cit.*, pág. 416.

1. El acuerdo de mediación y la adquisición de carácter ejecutivo.

448. De forma general, existen tres vías para poder transformar al acuerdo de mediación de ejecutividad, esto es, para transformarlo en título ejecutivo¹⁰⁸⁵. En España, todas ellas se encuentran recogidas tanto en la Ley 5/2012 como en la Ley 60/2003: a) elevarlo a escritura pública (art. 25 LM); b) homologarlo a través del tribunal que estaba conociendo del litigio (art. 25.4 LM) y; c) convertirlo en laudo arbitral por el árbitro o tribunal arbitral que estaba conociendo de la disputa (art. 36 LA)¹⁰⁸⁶.

A) Acuerdo de mediación elevado a escritura pública.

449. Cuando la mediación llevada a cabo haya sido extrajudicial, el acuerdo de mediación podrá convertirse en título ejecutivo mediante su elevación a escritura

¹⁰⁸⁵ Vid. C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 131 y 132.

¹⁰⁸⁶ Las dos opciones recogidas en la Ley 5/2012 se corresponden con la amplitud del art. 6.2 DM, el cual establece que el acuerdo de mediación puede adquirir carácter ejecutivo por *sentencia, resolución o acto auténtico, emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente*. En este sentido, vid. J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, pág. 171; R. GIL NIEVAS, «La directiva...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 49; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 371. Asimismo, el art. 6.3 DM solicita a los Estados miembros que comuniquen a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para otorgar el carácter ejecutivo a los acuerdos de mediación, obligación que los Estados miembros están llevando a cabo de forma escalonada, vid. *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2001, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación...*, *op. cit.*, pág. 18.

Por su parte, la Ley Modelo aunque entiende conveniente que los acuerdos adquieran carácter ejecutivo, deja a los Estados la potestad para configurar todo lo relativo a este aspecto, fruto de la disparidad de criterios en cada ordenamiento jurídico. En este sentido, se exponen algunos ejemplos en torno a las distintas soluciones dadas por diferentes Estados: se citan muchas formas de homologación arbitral, y también se hace mención incluso a regulaciones que permiten adquirir al acuerdo de mediación carácter ejecutivo inmediato, sin necesidad de acudir a autoridad pública alguna, si bien, con otros requisitos como la intervención de letrados o del propio tercero. vid. *Guía para la incorporación...*, *op. cit.*, págs. 55 a 58; N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 436 a 439; B.L. STEELE, «Enforcing international commercial...», *loc. cit.*, págs. 1388 a 1390. Esta actitud poco ambiciosa de la Ley Modelo ha sido criticada por la doctrina, la cual abogaba por una unificación respecto de este extremo, vid. J-M. JACQUET, «La Loi-type de la CNUDCI...», *loc. cit.*, págs. 74 y 75; P. SANDERS, «UNCITRAL's Model Law...», *loc. cit.*, págs. 136 a 139; B.L. STEELE, «Enforcing international commercial...», *loc. cit.*, pág. 1390; E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, pág. 10; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 392; E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model...», *loc. cit.*, págs. 56 y 57; B. WOLSKI, «New rules to facilitate...», *loc. cit.*, págs. 5 y 6.

Respecto a una visión de Derecho comparado de las tres opciones aquí citadas, vid. N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, págs. 305 a 312.

pública, tal y como se recoge en el art. 23.3.II LM; en los apartados 1, 2 y 3 del art. 25 LM y en el art. 517.2.2 LEC¹⁰⁸⁷.

450. Esta fase es facultativa, de modo que las partes pueden optar por no realizarla (art. 23.3.II y art. 25.1.I LM). Por tanto, ambas deben consentir en elevar el acuerdo de mediación a escritura pública. Si una de ellas no quiere, éste no podrá alcanzar dicho carácter ejecutivo¹⁰⁸⁸. Si esto se produce, el citado acuerdo seguirá siendo un contrato en documento privado. Aún así, en caso de incumplimiento, cualquiera de las partes tendrá varias opciones a la hora de acudir a los tribunales¹⁰⁸⁹.

451. Sin embargo, la elevación a escritura pública concede mayores ventajas¹⁰⁹⁰. El acuerdo de mediación se convierte en título ejecutivo, previo control de legalidad por

¹⁰⁸⁷ Este último precepto fue modificado a tal efecto por la propia Disposición final tercera. Quince. LM. Respecto de esta disposición, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 504 a 510.

¹⁰⁸⁸ En este mismo sentido, también se ha pronunciado el art. 6.1 DM, el cual se refiere a *las partes o a una de ellas con el consentimiento explícito de las demás*. Respecto a este último punto, también se debe admitir la inclusión de una cláusula en el acuerdo de mediación, en virtud de la cual, las partes permitan elevar a escritura pública el acuerdo por uno de los sujetos con el consentimiento del otro, sin que sea necesaria la presencia de este último ante notario. Si bien, deberán presentarse ante el mismo todos los documentos necesarios para acreditar la validez y eficacia de dicha cláusula, *vid.* J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Aranzadi Doct.*, núm. 4/2012, pág. 11; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 9.

¹⁰⁸⁹ Puede que las partes hayan pactado, para casos de incumplimiento, la constitución de una garantía como una hipoteca, la entrega de una letra de cambio o pagaré, de manera que aquella parte que pretenda el cumplimiento pueda ejecutar judicialmente la garantía en cuestión. En segundo lugar, se encuentra la acción de nulidad que el propio art. 23.4 LM recoge. En tercer lugar, si el cumplimiento consiste en una reclamación de cantidad líquida, vencida y exigible se puede instar un procedimiento monitorio (art. 812.1.1º LEC), y en su defecto, aquel procedimiento declarativo que corresponda por la cuantía o por la materia, según lo que establecen los arts. 248 a 255 LEC. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 475, 477 y 478; C. CALLEJO RODRÍGUEZ, M. MATUD JURISTO, «La mediación en...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 131; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 8; V. MAGRO SERVET, «Hacia la articulación...», *loc. cit.*, pág. 8; H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal...», *loc. cit.*, pág. 4; P. ROBLES LATORRE, «Apuntes sobre la Directiva...», *loc. cit.*, pág. 105; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 10; L.A. SOLER PASCUAL, «La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática», *Práctica de Tribunales*, nº 98, noviembre-diciembre 2012, pág. 5; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25. Formalización del título ejecutivo», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 342.

¹⁰⁹⁰ Otro incentivo se encuentra recogido en la Disposición Adicional Tercera LM relativa a las escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación. Dicho precepto establece que para el cálculo de los honorarios notariales de dichas escrituras se aplicarán los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía», previsto en el número I Anexo I del *Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios*, *vid.* BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1989. En cuanto a esta disposición, *vid.* C. FERNÁNDEZ CANALES, «Disposición adicional tercera. Escrituras públicas de formalización de acuerdos de mediación», en L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 387 a 390; J.L. MARTÍN AMAYA, *Mediación y recuperación...*, *op. cit.*, pág. 168.

parte del notario. En concreto, el procedimiento a seguir se recoge en el art. 25 LM. En este sentido, las partes tendrán que presentar ante dicha autoridad el acuerdo de mediación junto con la copia del acta constitutiva y del acta final del procedimiento (art. 25.1.I LM)¹⁰⁹¹. Una vez presentados dichos documentos, el notario deberá verificar dos extremos (art. 25.2 LM): a) el cumplimiento de los requisitos exigidos en la propia Ley 5/2012 y; b) que el contenido del acuerdo es conforme a Derecho¹⁰⁹². Por tanto, si alguna de estas exigencias se incumpliera, el acuerdo de mediación no podrá adquirir fuerza ejecutiva. Sin embargo, si fuera elevado a escritura pública, aunque debiera denegarse despacho de ejecución (art. 551 LEC); lo cierto es que el ejecutado sólo podrá oponerse alegando el incumplimiento de los requisitos recogidos en la Ley 5/2012, pero no que el contenido del acuerdo sea contrario a Derecho (art. 556. 1 LEC y art. 559.1.3 LEC)¹⁰⁹³.

452. Respecto de esta cuestión, se ha criticado el papel central del notario, porque ni es, ni forma parte de la Administración de Justicia, de modo que no le corresponde decidir en última instancia sobre la adecuación o no del acuerdo de mediación a Derecho¹⁰⁹⁴. Además, si entiende que el acuerdo no es conforme a

¹⁰⁹¹ La citada disposición también aclara que la presencia del mediador no es necesaria. Tal indicación es del todo reiterativa, porque, como ya se mencionó con anterioridad, una vez firmada el acta final, los servicios del mediador han finalizado, -salvo el deber de información relativo a los efectos del acuerdo de mediación (art. 23.3.II LM)-. El citado acuerdo sólo pertenece a las partes, de modo que los pasos a seguir para conceder o no carácter ejecutivo al mismo también será de su exclusiva decisión y participación.

¹⁰⁹² El primero de los requisitos se refiere, especialmente, a los contenidos en el propio art. 23.1.II LM. El segundo requisito, recogido igualmente en el art. 6.1 DM, se dirige especialmente a la naturaleza disponible de la materia objeto de conflicto (art. 2.1.I LM), ello provoca que la intervención de los abogados en la redacción del acuerdo sea fundamental. A su vez, el art. 6.1 DM se refiere a la posibilidad de no otorgar al acuerdo carácter ejecutivo cuando la legislación no otorgue tal fuerza al contenido del acuerdo. Tal aspecto debe entenderse recogido también dentro de este extremo del art. 25.2 LM.

¹⁰⁹³ Vid. J. MARTÍN PASTOR, «Efectos de la Ley 5/2012...», *loc. cit.*, pág. 6; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 509, 534 y 535; L.A. SOLER PASCUAL, «La ejecución del acuerdo...», *loc. cit.*, págs. 8 y 9; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 347.

La falta de control de este extremo en la ejecución, fue introducida por la propia Ley 5/2012, pues el Real Decreto-Ley 5/2012, recogía en su art. 28 LM dicha posibilidad, *vid.* J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Escritura y acuerdo...», *loc. cit.*, pág. 17; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 8; J. MARTÍN PASTOR, «Efectos de la Ley 5/2012...», *loc. cit.*, pág. 6; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 508.

¹⁰⁹⁴ También se ha criticado que, con la redacción actual de la Ley 5/2012, cabe la posibilidad de la figura del notario-mediador, esto es, que el notario que eleve a escritura pública el acuerdo, hubiera actuado de mediador con anterioridad y respecto del mismo supuesto, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 506 y 507

Derecho, tampoco se ha recogido en la Ley 5/2012 recurso alguno a la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁰⁹⁵.

Ante tal situación, la mejor manera de evitar que tras una mediación el acuerdo no sea finalmente ejecutable, es destacar el necesario papel de los abogados, especialmente al final del procedimiento de mediación, cuando las partes van aproximándose a un acuerdo, y sobre todo, en el momento de su redacción. Sin duda, la Ley 5/2012 debiera haber hecho mayor hincapié en este aspecto, más allá de lo previsto en el art. 13.1 LM, que se refiere a la obligación del mediador de velar porque las partes *dispongan de la información y asesoramiento suficientes*. Esto es de suma importancia, porque de lo contrario, el juez sólo controlará los citados requisitos legales cuando se solicite despacho de ejecución¹⁰⁹⁶.

453. Según el art. 26.II LM y el art. 545.2 LEC, -modificado a tal efecto-, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la ejecución del acuerdo de mediación ya elevado a escritura pública es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya firmado el citado acuerdo¹⁰⁹⁷. Las acciones ejecutivas, también respecto de los acuerdos de mediación, caducarán a los cinco años desde *la firmeza de la sentencia*

¹⁰⁹⁵ Respecto de estas críticas, *vid.* S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 348.

¹⁰⁹⁶ *Vid.* R. ALASTRUEY GRACIA, J. MUÑOZ SABATÉ I CARRETERO, «Preguntas con respuesta...», *loc. cit.*, pág. 3; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, págs. 8 y 9; S. RODRÍGUEZ LLAMAS, «La Directiva 2008/52/CE...», *loc. cit.*, pág. 157; S. TAMAYO HAYA, «Artículo 25...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 349 y 350.

¹⁰⁹⁷ El art. 545.2 LEC ha sido modificado por la Disposición final tercera. Dieciocho. LM. Esta disposición, junto con el art. 26.II LM, contienen una norma atributiva de competencia territorial imperativa, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 510; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 26...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 368. Cabe plantearse que la firma del acuerdo, y la elevación a escritura pública, se realicen en lugares distintos. En ese caso, se han realizado dos interpretaciones, tanto que la firma propiamente dicha es la primera, *vid.* P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 12; como la posibilidad de entender que la elevación del acuerdo, al suponer una renovación documental del acto implica que vuelve a firmarse, con lo que el lugar a tener en cuenta sería el del otorgamiento, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 526. En cualquier caso, la falta de dicha competencia podrá ser denunciada de oficio por el juez antes de despachar ejecución (art. 546 LEC) o mediante declinatoria por el ejecutado (art. 547 LEC), *vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 9; L.A. SOLER PASCUAL, «La ejecución del acuerdo...», *loc. cit.*, pág. 7. Si se entendiera que la firma del acuerdo es la recogida en el art. 23 LM, y dicho acuerdo se realizara vía *online*, se entenderá celebrado en el lugar donde se hizo la oferta, *vid.* P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 12. En cuanto a la competencia objetiva, a pesar de que la materia pueda ser mercantil, a tenor de lo dispuesto por el art. 26.II LM, no serán competentes los Juzgados de lo Mercantil, sino los Juzgados de Primera Instancia al igual que ocurre con los laudos arbitrales, *vid.* Auto Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 5 de junio de 2012; Auto Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4ª, de 9 de octubre de 2012. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 510; F.R. LARA PAYÁN, «Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación», *Diario La Ley*, nº 8067, 22 abril 2013, págs. 2 y 3.

o resolución (art. 518 LEC)¹⁰⁹⁸, sin embargo, como los acuerdos de mediación no devienen firmes, debiera entenderse desde que se elevó a escritura pública¹⁰⁹⁹. A la demanda ejecutiva, además del acuerdo de mediación constituido en título ejecutivo, se acompañará una copia del acta constitutiva y del acta final del procedimiento de mediación (art.550.1.1º LEC)¹¹⁰⁰. Para el proceso de ejecución respecto de los acuerdos de mediación se prevé la obligatoria intervención de abogado y procurador, siempre que

¹⁰⁹⁸ Artículo modificado por la Disposición final tercera. Dieciséis. LM.

¹⁰⁹⁹ Por otro lado, cuando se establezcan prestaciones futuras o periódicas, u obligaciones de no hacer de carácter indefinido, el plazo debe computarse desde la fecha del incumplimiento de la prestación, *vid.* J. MARTÍN PASTOR, «Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa», *Práctica de los Tribunales*, nº 98, noviembre-diciembre 2012, págs. 3 y 4; P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 13. El mismo criterio relativo a la elevación de la escritura pública debe utilizarse respecto del plazo de espera de veinte días antes de despachar ejecución conforme al art. 548 LEC, -precepto modificado por la Disposición final tercera. Diecinueve. LM-. En concreto, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la *resolución de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado*, esto es, desde la elevación a escritura pública que el propio ejecutado ha firmado, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 504 y 505; J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Escritura y acuerdo...», *loc. cit.*, pág. 15; J. MARTÍN PASTOR, «Efectos de la Ley 5/2012...», *loc. cit.*, págs. 4 y 5; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 527; L.A. SOLER PASCUAL, «La ejecución del acuerdo...», *loc. cit.*, pág. 5; o bien, al día siguiente de que el demandado tuviera conocimiento de dicha elevación y ésta se hubiera realizado por una de las partes, con el consentimiento del citado demandado, aunque ausente ante notario, -en cuanto a esta posibilidad, *vid. supra*, nota nº 1088-, *vid.* P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 10. En cuanto al criterio opuesto, relativo a la propia firma del acuerdo antes de su elevación a escritura pública, *vid.* V. MAGRO SERVET, «Afectación al proceso...», *loc. cit.*, pág. 3.

La modificación del art. 518 LEC y art. 548 LEC, así como del art. 556 LEC o el art. 580 LEC, muestran la equiparación de los acuerdos de mediación a los títulos jurisdiccionales, a pesar de que, al menos en el caso del elevado a escritura pública, su naturaleza extrajurisdiccional es clara. Siguiendo esta opción, se ha entendido que existen otros preceptos que, aunque no han sido reformados, también son de aplicación, como el art. 521.1 LEC, relativo a la imposibilidad de despachar ejecución a sentencias meramente declarativas y constitutivas, y el art. 575.1 LEC referente a la determinación de la cantidad en el despacho de ejecución. En cambio, existen otros que no resultan de aplicación: el art. 520 LEC en cuanto a la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, al no referirse a los apartados 2 y 3 del art. 517.2 LEC; el art. 519 LEC relativo a resoluciones condenatorias que sólo pueden haber sido dictadas por órganos jurisdiccionales tras el correspondiente proceso; y el art. 524 a 537 LEC, porque si son las partes las que voluntariamente alcanzaron el acuerdo y lo convirtieron en título ejecutivo, no parece lógico que las partes puedan interponer un recurso posterior en ese sentido. *Vid.* J. MARTÍN PASTOR, «Efectos de la Ley 5/2012...», *loc. cit.*, págs. 2 y 3; V. PARDO IRANZO, «Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?», *AJ Aranzadi*, núm. 856/2013, págs. 2 y 3.

¹¹⁰⁰ El art. 550.1.1º LEC fue modificado por la Disposición final tercera. Veinte. LM. Se entiende que las actas reflejarán el contenido mínimo fijado por el art. 19 LM, -acta constitutiva-, y el art. 22 LM, -acta final-. En relación a esta disposición, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 506; J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Escritura y acuerdo...», *loc. cit.*, págs. 12 y 13; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 528 y 529.

la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2.000 euros (art. 539.1 LEC)¹¹⁰¹.

En cuanto a la oposición que puede plantear el ejecutado, se establece que, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o el cumplimiento de lo ordenado en el acuerdo, que habrá de justificar documentalmente (art. 556.1 LEC)¹¹⁰². Y también podrá oponerse porque el acuerdo de mediación no cumpla con los requisitos legales exigidos, pero no porque su contenido sea contrario a Derecho (art. 559.1.3 LEC)¹¹⁰³.

Por último, también se modifica, para incluir a los acuerdos de mediación, el art. 576 LEC relativo al devengo de intereses por mora procesal respecto del acuerdo de mediación que impongan el pago de cantidad líquida, desde la fecha en que se adoptó el acuerdo¹¹⁰⁴. Y el art. 580 LEC que regula la exención del requerimiento de pago en los supuestos de condena al pago de cantidades, pudiendo decretarse directamente el embargo de bienes del ejecutado¹¹⁰⁵.

¹¹⁰¹ Artículo modificado por la Disposición final tercera. Diecisiete. LM. Si el acuerdo de mediación, título ejecutivo, contuviera una obligación de hacer, no hacer o entregar una cosa, se entiende que también será necesaria la intervención de abogado y procurador, en tanto que es regla general, y nada se dice al respecto. *Vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 9. Respecto de este precepto, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 505 y 506; A.M. LORCA NAVARRETE, *La mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 196 y 197; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 518 a 524.

¹¹⁰² Precepto modificado por la Disposición final tercera. Veintiuno. LM. Asimismo, también podrá alegar la caducidad de la acción ejecutiva, o la existencia de otros pactos o transacciones igualmente recogidos en documento público. En cualquier caso, ello no suspenderá el curso de la ejecución (art. 556.2 LEC). *Vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 534.

¹¹⁰³ Artículo modificado por la Disposición final tercera. Veintidós. LM. El citado incumplimiento se producirá si el acuerdo de mediación se presentare sin copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento; si dicho acuerdo no se hubiera elevado a escritura pública tal y como establece la Ley 5/2012; si se presentara sentencia declarando nulo el acuerdo por alguna causa que invalida los contratos. En cuanto a este precepto, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 507; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 535.

¹¹⁰⁴ Precepto modificado por la Disposición final tercera. Veintitrés. LM. Sobre este art. 576 LEC, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 508; V. MAGRO SERVET, «Afectación al proceso...», *loc. cit.*, pág. 3; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 536 a 539.

¹¹⁰⁵ Artículo modificado por la Disposición final tercera. Veinticuatro. LM. Cuando el acuerdo de mediación establezca una obligación distinta a la entrega de una cantidad de dinero, el despacho se ajustará a lo previsto en los arts. 699 y ss. *Vid.* J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Escritura y acuerdo...», *loc. cit.*, págs. 15 y 16; M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 10; E.

B) Acuerdo de mediación homologado por órgano jurisdiccional.

454. Cuando la mediación realizada haya sido intrajudicial, esto es, en el curso de un proceso judicial, el acuerdo de mediación podrá adquirir fuerza ejecutiva mediante su homologación por auto, tal y como se establece en el art. 25.4 LM. El régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que remite el propio art. 25.4 LM es el dispuesto en el art. 19.2 LEC y los apartados 1 y 2 del art. 415 LEC, esto es, aquel relativo a la homologación judicial prevista con carácter general para toda transacción judicial. Por tanto, la intervención del juez dota al acuerdo de mediación de carácter ejecutivo.

En este orden de ideas, y siguiendo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil según indica el art. 25.4 LM, el control de legalidad en orden a homologar el acuerdo se regirá por el art. 19.1 LEC, esto es, se procederá a la homologación salvo cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero¹¹⁰⁶. A pesar de fundamentarse en distinto precepto, el citado art. 19.1 LEC, cuando se refiere a la ley, deberá interpretarse en relación a lo dispuesto en el art. 25.2 LM¹¹⁰⁷.

455. Una vez convalidado mediante auto (art. 206.1.2º LEC)¹¹⁰⁸, se convertirá en título ejecutivo (art. 517.2.3º LEC y art. 1816 Cc)¹¹⁰⁹. Si dicho acuerdo con carácter ejecutivo no se cumple por alguna de las partes, se solicitará despacho de ejecución ante

SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 539 a 544.

¹¹⁰⁶ En este sentido, *vid.* P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 11; E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 509. Si bien, este último autor entiende que la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica no verificar las exigencias del art. 25.2 LM.

¹¹⁰⁷ Si se rechaza todo o parte del acuerdo, deberá ser fundamentado en el correspondiente auto, permitiendo su impugnación si las partes no están conformes. *Vid.* F. MARTÍN DIZ, *La mediación...op. cit.*, pág. 135.

¹¹⁰⁸ Este último precepto ha sido modificado en orden a incluir los acuerdos de mediación por la Disposición final tercera. Seis. LM. Respecto del régimen del auto derivado del art. 206.1.2º LEC, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 439 a 454.

¹¹⁰⁹ La convalidación mediante auto supondrá la terminación del proceso judicial salvo que el acuerdo de mediación sea parcial. En tal caso, el proceso judicial podrá continuar para las pretensiones que no hubieran sido objeto del citado acuerdo. *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 495.

el tribunal que homologó el acuerdo (art. 26.I LM)¹¹¹⁰. El citado precepto es una manifestación más de la competencia funcional, tal y como se recoge en el art. 61 y el art. 545.1 LEC¹¹¹¹.

C) Acuerdo de mediación homologado por árbitro.

456. La Ley 5/2012 no ha recogido la posibilidad de homologar el acuerdo de mediación en forma de laudo arbitral. En este sentido, la Ley 60/2003 tampoco contempla la mediación intrarbitral o *mediation window*, esto es, aquella que se lleva a cabo estando en curso un procedimiento arbitral¹¹¹². Sin embargo, a pesar de esta importante laguna, se entiende que la homologación del acuerdo de mediación a través de laudo arbitral se puede subsumir en el art. 36 LA, disposición que se refiere a los laudos por acuerdos de las partes.

En tanto que el origen del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, nada obsta para que este elemento se traslade a la finalización del procedimiento arbitral, de modo que las mismas puedan llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto. Dentro de este supuesto, puede ocurrir que dicho acuerdo haya sido

¹¹¹⁰ En cuanto a las disposiciones relativas al proceso de ejecución modificadas por la Ley 5/2012, -art. 518 LEC, art. 539.1 LEC, art. 548 LEC, art. 556.1, art. 559.1.3º LEC, art. 576.3 LEC y art. 580 LEC-, *vid. supra*, págs. 367 a 369. Si bien, en el art. 518 LEC y art. 548 LEC, se podrá contar desde la firmeza del auto de homologación en relación con el plazo contenido en ellos. Por otra parte, el art. 550.1 LEC sólo exige la presentación del auto que homologó el acuerdo, de modo que, en este caso, bastará con el citado título ejecutivo sin necesidad de presentar las copias de las actas de la sesión constitutiva y final.

¹¹¹¹ *Vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, págs. 509 y 510; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 26...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 367. No obstante, también debe tomarse en consideración la posibilidad de especialización de determinados Juzgados de Primera Instancia prevista en el art. 46 LEC. Esta disposición prevé la creación de Juzgados exclusivos de ejecución (art. 98 LOPJ), y de servicios comunes de ejecución en el marco de la nueva oficina judicial (art. 438 LOPJ), o de órganos mixtos, Juzgados Civiles o de Instrucción, en cuyo caso, habría que estar al supuesto concreto para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer del despacho de ejecución. *Vid.* M. LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento...», *loc. cit.*, pág. 9.

Otro problema planteado en torno al art. 26.I LM se refiere al caso consistente en la celebración del acuerdo de mediación en segunda instancia o en ejecución de sentencia, tal y como permite el art. 19.3 LEC, porque si se aplica simplemente el art. 26.I LM deberá ser el tribunal de apelación quien tenga competencia para ejecutarlo, contraviniendo la competencia funcional recogida en la propia LEC. Por todo ello, se ha argumentado el posible error del legislador a la hora de elaborar la citada disposición, debiendo ser interpretada la misma conforme a los criterios generales sobre competencia funcional, *vid.* P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 13.

¹¹¹² *Vid.* S. BARONA VILAR, «Artículo 36...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 1176.

fruto de una mediación, de modo que sea un auténtico acuerdo de mediación, tal y como se encuentra definido en el art. 23 LM.

457. De esta manera, si ambas partes lo solicitan, y el árbitro o tribunal arbitral no *aprecia motivo para oponerse*, hará constar el acuerdo de mediación en forma de laudo (art. 36.1 LA). En este punto, el legislador arbitral hace una afirmación muy general, de modo que no es obstáculo para que su interpretación, en este caso, vaya referida a las exigencias previstas en el art. 25.2 LM¹¹¹³.

458. Dicho laudo tendrá la misma eficacia que cualquier otro dictado sobre el fondo del litigio (art. 36.2 LA). Por tanto, una vez que el acuerdo de mediación es laudo arbitral, será título ejecutivo y tendrá eficacia de cosa juzgada¹¹¹⁴. Si bien, para ejecutarlo, se tendrá que acudir necesariamente a los órganos jurisdiccionales correspondientes, porque la autoridad arbitral no tiene poder para *hacer ejecutar lo juzgado*. En este caso, el tribunal competente será el del lugar donde se haya dictado el laudo (art. 545. 2 LEC)¹¹¹⁵.

459. Como ya se ha analizado, la aplicación del art. 36 LA, inspirado en el art. 30 de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006*, no presenta ningún problema en cuanto a la conversión de un acuerdo en laudo en el caso de una mediación intrarbitral o *mediation window*¹¹¹⁶. Sin embargo, lo que sí se discute en la doctrina es la posibilidad de iniciar un arbitraje con el sólo objetivo de homologar el acuerdo de mediación convirtiéndolo en laudo arbitral.

¹¹¹³ En general, se entiende que los árbitros deberán verificar los motivos establecidos en sede judicial para las transacciones, de modo que parece aceptable exigir, para el caso de la mediación, lo dispuesto en el art. 25.2 LM. En contra de esta postura, *vid.* E. SERRANO GÓMEZ, J. GÓMEZ DIEZ, E. DÍAZ-BASTEIN, «Disposición final tercera...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 509.

En cuanto a los acuerdos en general, *vid.* S. BARONA VILAR, «Artículo 36...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 1164 y 1165.

¹¹¹⁴ En este sentido, *vid.* S. BARONA VILAR, «Artículo 36...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 1170 a 1173. Por otra parte, otros instrumentos internacionales importantes para el arbitraje comercial internacional, como la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006* o el Reglamento de Arbitraje de la CCI gozan de igual contenido. En cuanto a otras regulaciones con similar articulado relativo a laudos por acuerdo de las partes, *vid.* E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 394 y 396.

¹¹¹⁵ En cuanto a las disposiciones relativas al proceso de ejecución modificadas por la Ley 5/2012, -art. 518 LEC, art. 539.1 LEC, art. 548 LEC, art. 556.1, art. 559.1.3º LEC, art. 576.3 LEC y art. 580 LEC-, *vid. supra*, págs. 367 a 369.

¹¹¹⁶ En cuanto a dicha conversión en el ámbito de los *arb-med*, *vid.* M. McILWRATH, J. SAVAGE, *International arbitration...*, *op. cit.*, págs. 185 y 186.

Muchos autores defienden la inviabilidad de esta opción, en tanto que uno de los presupuestos para iniciar un arbitraje es la existencia de una controversia, elemento que no existirá una vez se tenga el acuerdo de mediación¹¹¹⁷. Sin embargo, otros entienden que dicha vía debiera quedar abierta, especialmente teniendo en cuenta la posibilidad de configurar un *med-arb*¹¹¹⁸.

Lo cierto es que la existencia de una disputa como presupuesto es fundamental, no sólo para salvar la propia normativa interna de arbitraje (art. 9 LA), sino también para lograr el *exequatur* del laudo en aplicación del Convenio de Nueva York. De nada servirá lograr que el acuerdo de mediación obtenga fuerza ejecutiva en un determinado Estado, sino puede hacerse valer en otro¹¹¹⁹.

En cualquier caso, aunque esta cuestión no parece tener gran importancia dentro de la UE, debido al mandato establecido por el art. 6 DM en relación con el Reglamento 44/2001 y el Reglamento 805/2004, la aplicación del Convenio de Nueva York puede ser fundamental para extender la efectividad de los acuerdos de mediación a otros muchos países del mundo¹¹²⁰.

¹¹¹⁷ Vid. K.P. BERGER, «Integration of mediation...», *loc. cit.*, pág. 388; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pág. 278; H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles...*, *op. cit.*, pág. 512; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 132; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 180; J. LACK, «Appropriate dispute resolution (ADR)...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 362; G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed awards in foreign jurisdictions», *Arbitration Int'l*, vol. 17, n° 3, 2001, págs. 280 a 285; O. SANDROCK, «The choice between...», *loc. cit.*, pág. 36; E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, pág. 11; P.M. WOLRICH, «ADR under...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 248; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 394 y 395.

¹¹¹⁸ En cuanto a la defensa de esta postura, *vid.* P. SANDERS, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague, London, New York, 2004, págs. 231 a 234. Esta vía de homologar el acuerdo de mediación en laudo arbitral, ha sido utilizado como un argumento más a favor del *med-arb* donde se emplea al mediador también como posterior árbitro, porque en éste último papel el tercero no tiene que decidir sobre el fondo de la controversia, sino simplemente llevar a cabo la correspondiente homologación. *Vid.* K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide...*, *op. cit.*, pág. 232.

¹¹¹⁹ *Vid.* G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed...», *loc. cit.*, págs. 280 y 282; E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, pág. 12; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 393 y 395.

¹¹²⁰ En este sentido, *vid.* E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, pág. 11. En cuanto a la aplicación del Convenio de Nueva York a los acuerdos de mediación transformados en laudos por acuerdo de las partes, *vid. infra*, págs. 385 a 387.

2. El acuerdo de mediación extranjero y la adquisición de carácter ejecutivo en España.

460. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por la autoridad extranjera correspondiente sigue siendo un documento privado, y por tanto, no sujeto al régimen de eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación, los cuales necesitan tener fuerza ejecutiva¹¹²¹.

461. Por este motivo, el art. 27.2 LM permite que los acuerdos de mediación firmados en el extranjero pero sin haber alcanzado carácter ejecutivo allí, puedan obtener tal fuerza en España a través de su elevación a escritura pública, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 LM. En este orden de ideas, el acuerdo de mediación extranjero se elevará a escritura pública si ambas partes, o una de ellas con el consentimiento expreso de las demás lo solicitan. Asimismo debe verificarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en la propia Ley 5/2012, es decir, los extremos recogidos en el art. 23.1.I LM; y que su contenido no sea contrario a Derecho.

462. Respecto del primer punto, debe llamarse la atención sobre el procedimiento de mediación seguido. El mismo debe cumplir con lo establecido en la Ley 5/2012, de ahí que si tal aspecto es satisfecho, las partes no tengan problema en presentar copia del acta constitutiva y final, tal y como exige el art. 25.1.II LM¹¹²². En cuanto al segundo aspecto, el Derecho a tener en cuenta será aquel al que remita las normas de conflicto aplicables según la propia materia¹¹²³, si bien, y en tanto que la solución de la controversia no se produce como consecuencia de una aplicación de la ley, dicho control se reducirá a comprobar que la materia objeto de disputa es disponible

¹¹²¹ En este sentido, *vid.* considerando 20 DM: *El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo de un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros (...).*

¹¹²² Por tanto, el procedimiento de mediación seguido no tiene que ser el regulado en la Ley 5/2012, sino que bastará con que cumpla los requisitos y garantías mínimas recogidas en la citada norma, aunque se haya regido por una ley extranjera. De hecho, esta misma situación puede ocurrir aunque la mediación se hubiera desarrollado por completo en España, porque tal circunstancia no significa una aplicación obligatoria de la Ley española, para ello se necesitará además que una de las partes tenga también domicilio en España (art. 2.1.II LM). En este sentido, *vid.* S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos...*, *op. cit.*, pág. 146.

¹¹²³ *Vid.* Considerando 19 DM: *los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado (...).*

por las partes según el Derecho aplicable al fondo. A su vez, deberá controlarse que dicho contenido no vulnera el orden público internacional español (art. 12.3 Cc)¹¹²⁴.

IV. EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.

1. Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación españoles con carácter ejecutivo.

463. El art. 25.3 LM establece que cuando el acuerdo de mediación elevado a escritura pública, haya de ejecutarse en otro Estado, tendrá que cumplir, a su vez, con *los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la UE*.

464. Esta disposición es innecesaria, porque al igual que nuestro Derecho internacional privado regula la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación extranjeros con carácter ejecutivo¹¹²⁵, cada Derecho internacional privado de cada Estado regulará los requisitos para que un acuerdo de mediación que obtuvo fuerza ejecutiva en España, sea igualmente válido en ese otro Estado. Por ello, porque cada país tiene, -principio de estatalidad-, y aplica, -principio de exclusividad-, su propio Derecho internacional privado, el art. 25.3 LM es totalmente irrelevante¹¹²⁶.

2. Eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación extranjeros con carácter ejecutivo.

465. Los apartados 1 y 3 del art. 27 LM se refieren a la validez o eficacia extraterritorial en España de aquellos acuerdos de mediación que hubieran adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado. En todo caso, el art. 27.1 LM, antes de adentrarse en la regulación de esta materia, hace referencia al sistema de prelación de fuentes, esto es, a la toma en consideración, en primer lugar, de los instrumentos internacionales, y en su

¹¹²⁴ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 159 y 160.

¹¹²⁵ Vid. *infra*, págs. 375 a 387.

¹¹²⁶ Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., pág. 160; C. ESPLUGUES MOTA, «Mediación civil...», loc. cit., op. cit., pág. 106.

defecto, de las normas de producción interna (art. 96. 1 CE y art. 951 LEC 1881). Esquema que se seguirá en los apartados siguientes.

**A) Acuerdos de mediación extranjeros elevados a escritura pública:
Régimen aplicable a los documentos públicos extranjeros.**

466. Al igual que se establece en el art. 25 LM, otros ordenamientos jurídicos extranjeros recogen la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación. Cuando esto se produzca, el acuerdo de mediación debe calificarse como un documento público extranjero. El cual, para tener validez y eficacia en España, deberá cumplir con una serie de requisitos, en primer lugar, conforme a los instrumentos internacionales, y en su defecto, de acuerdo a las normas de producción interna (art. 96.1 CE y art. 951 LEC 1881)¹¹²⁷.

a) Reglamento 44/2001.

467. Para que un acuerdo de mediación convertido en documento público extranjero con fuerza ejecutiva le sea otorgado la declaración de ejecutividad conforme al Reglamento 44/2001 deben darse una serie de presupuesto¹¹²⁸. El primero de ellos es

¹¹²⁷ En cuanto a los instrumentos internacionales, en el siguiente apartado se analizará el Reglamento 44/2001 por ser el más importante, sin perjuicio de que, en algunos casos, éste no resulte aplicable sino que lo sea algún otro Reglamento, -Reglamento 2201/2003 sobre materia matrimonial y responsabilidad parental; el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos; o el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones de futura aplicación-. Si el documento público proviniera de un tercer Estado, en primer lugar, se acudiría a los múltiples instrumentos internacionales de los existentes en materia de validez extraterritorial. En este sentido, en cuanto a los Convenios bilaterales se refiere, en los casos de acuerdos de mediación elevados a escritura pública cuya materia sea propia del comercio internacional, habrá que tener presente, de forma general, aquellos Convenios que España tenga firmados con Estados no miembros, ni Estados parte del Convenio de Lugano. Si bien, cada Convenio bilateral tiene su propio contenido, de ahí que deba analizarse uno por uno en cada caso concreto, *vid.* C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Impulso de la mediación...», *loc. cit.*, pág 16; A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 567 a 574.

¹¹²⁸ En cuanto a la aplicación del Reglamento 44/2001 respecto de los acuerdos de mediación elevados a escritura pública, *vid.* *Libro Verde...*, *op. cit.*, pág. 35; considerando 20 DM en relación con el art. 6.4 DM; N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 309; C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation...*, *op. cit.*, págs. 236; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 388, 389 y 496; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 27...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 372; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, *op. cit.*, págs. 255 y 256.

Debe tenerse presente que el Reglamento 1215/2012 suprime el *exequatur*, también para los documentos públicos con fuerza ejecutiva (art. 58 RBI bis), al igual que para las transacciones judiciales (art. 59 RBI

el propio concepto de «documento público con fuerza ejecutiva» (art. 57.1 RBI). Como su propio nombre indica debe tener fuerza ejecutiva conforme a la ley del Estado de origen, además de ser formalizados por autoridades, funcionarios u oficiales públicos habilitados al efecto, -de ahí que no puedan considerarse como tales documentos, las letras de cambio, los cheques o los pagarés-. Las citadas autoridades deberán haber controlado tanto la autenticidad de las firmas de las partes, como la legalidad del contenido del documento¹¹²⁹. En cuanto al ámbito espacial, el documento público debe

bis). En cualquier caso, el citado instrumento vincula dicha eliminación con la adopción de ciertas salvaguardas y controles, como es la solicitud de denegación de la ejecución por parte de la persona contra la que se instó la misma, la cual sólo podrá alegar, al igual que en el Reglamento 44/2001, el menoscabo manifiesto del orden público (art. 58.1 RBI bis). El mismo régimen se prevé para las transacciones judiciales (art. 59 RBI bis).

¹¹²⁹ En relación con las condiciones que debe cumplir un documento público para resultar ejecutivo, *vid. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, Informe elaborado por P. Jenard, G. Möller, (Informe Jenard-Möller), DOCE C 189, de 28 de julio de 1990, pág. 80; STJCE, de 17 de junio de 1999, Unibank A/S c. Flemming G. Christensen, C-260/97, Rec. 1999-I, págs. 3724 a 3734; Libro Verde..., op. cit., pág. 35; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Impulso de la mediación...», loc. cit., págs. 19 a 21; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, op. cit., págs. 493 a 495; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, op. cit., págs. 161 y 162; L. VÉKAS, «Chapter IV. Authentic instruments and court settlement», en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries...*, op. cit., pág. 800.*

Si el acuerdo de mediación elevado a escritura pública contiene un reconocimiento de deuda, ello podría dar lugar a la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo conforme al *Reglamento núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, en adelante RTEE, *vid.* DOCE L 143, de 30 de abril de 2004. *Vid.* R. GIL NIEVAS, «La directiva...», loc. cit., op. cit., pág. 49; R. GIL NIEVAS, «La Directiva 2008/52/CE...», loc. cit., págs. 5 y 6. En este orden de ideas, el concepto de documento público del RBI antes descrito, viene a identificarse, en lo sustancial, con el definido en el art. 4.3.a) RTEE. En virtud de dicha disposición, se entiende por documento público con fuerza ejecutiva, aquellos documentos formalizados o registrados en calidad de tales, cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido; y haya sido establecida por poder público u otra autoridad acreditada para este fin por el Estado miembro de donde provenga. *Vid.* R. BONACHERA VILLEGAS, «El título ejecutivo europeo y su aplicación a las transacciones y los documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Diario La Ley*, n° 7558, págs. 8 a 11; R. BONACHERA VILLEGAS, C. SENÉS MONTILLA, «La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español», *Diario La Ley*, n° 6341, 18 octubre 2005, págs. 5 y 6; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006, págs. 91 a 95; F.J. GARCIMARTÍN, M.J. PRIETO JIMÉNEZ, «La supresión del *exequatur* en Europa: el Título Ejecutivo Europeo», *Diario La Ley*, n° 6151, 21 diciembre 2004, pág. 7; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, 2005, págs. 213 a 220; R. GIL NIEVAS, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004, de 21 de abril 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», en A-L. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ (coords.), *La Unión Europea...*, op. cit., pág. 382; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, op. cit., pág. 161; A. HUTNER, *Das internationale Privat...*, op. cit., págs. 257 y 258; F. RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006, pág. 24; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2005, págs. 76 a 80; E. SANJUÁN Y MUÑOZ, «El título ejecutivo europeo», *Diario La Ley*, n° 6082, 9 septiembre 2004, n° 6083, 10 septiembre 2004, págs. 9 y 10; C. SENÉS MONTILLA, «El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados», en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir.), *Derecho procesal civil europeo vol. III*, Cizur Menor, 2011, págs. 51 a 54; L. VÉKAS, «Chapter IV...», loc. cit., op. cit., pág. 800.

haber sido formalizado por una autoridad perteneciente al denominado «territorio 44» (art. 57.1 RBI). En tercer lugar, en relación con su ámbito material, la escritura debe versar sobre cuestiones incluidas dentro del ámbito material del Reglamento 44/2001 (art. 1 RBI). Y finalmente, con referencia a su ámbito temporal, según el art. 66. 1 RBI, su formalización ha tenido que producirse tras la entrada en vigor del propio Reglamento 44/2001, esto es, a partir del 1 de marzo de 2002 (art. 76 RBI).

468. El *exequatur* deberá ser solicitado por la parte interesada (art. 57.1 RBI)¹¹³⁰. Una vez solicitado, el juez deberá controlar una serie de aspectos: a) el carácter ejecutivo del documento conforme a la ley del Estado donde fue formalizado, cuestión que se acreditará con el Anexo VI RBI y; b) el cumplimiento de las exigencias formales que la ley del Estado donde se ha formalizado exija al documento.

En cualquier caso, en aplicación del art. 55 RBI en relación con el art. 57.4 RBI, si junto con la copia auténtica del documento, no se presenta la certificación correspondiente al citado Anexo VI, el tribunal o autoridad competente podrá fijar un plazo para su presentación, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si considerase que dispone de suficiente información. Asimismo, si así se exigiera, se presentará una traducción de la documentación.

469. En cuanto al procedimiento para otorgar el *exequatur*, el art. 57.1 RBI remite al régimen general recogido en los arts. 38 y ss RBI. En otras palabras, el tribunal competente para conocer de la solicitud será el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución o al lugar de ejecución (art. 39 RBI). Este órgano jurisdiccional controlará los requisitos antes descritos, y sin más, otorgará el *exequatur* (art. 41 RBI). La resolución que contiene dicho otorgamiento se notificará, entonces, a la parte contra la que se realizó la solicitud. Ésta última, contra el auto que otorgue el *exequatur*, tendrá la posibilidad de interponer recurso de apelación, y contra la resolución de apelación, también cabrá recurso de casación. En todo caso, el único motivo revisable en ambos recursos de los

¹¹³⁰ Debe tenerse presente que el Reglamento 44/2001 sólo recoge la ejecución y no el reconocimiento para los documentos público, pues éstos deben tener carácter ejecutivo.

recogidos en el art. 34 RBI y el art. 35 RBI es la posible vulneración del orden público internacional (art. 57.1 RBI)¹¹³¹.

470. Debe entenderse como vulneración *manifiesta* del orden público internacional español si la ejecución del documento público genera un resultado inaceptable en España, al contravenir una norma jurídica esencial o un derecho fundamental de nuestro ordenamiento jurídico¹¹³². En todo caso, la interpretación de este extremo debe realizarse de forma restrictiva, esto es, no basta con el menoscabo de una norma de carácter imperativo, sino que la eficacia de la situación jurídica creada a través del acuerdo de mediación debe lesionar un principio o valor considerado como irrenunciable, en este caso, para España¹¹³³.

En este sentido, deben realizarse dos apreciaciones en relación con aquellos títulos ejecutivos que contengan un acuerdo de mediación. En primer lugar, difícilmente se podrá vulnerar el orden público procesal, porque dicho acuerdo no se deriva de un proceso judicial. Y en segundo lugar, en cuanto a la vertiente material, a pesar de que será más común en el ámbito familiar que en el comercial internacional, habrá que estudiar caso por caso si un acuerdo de mediación sobre una materia indisponible es

¹¹³¹ En cuanto al régimen previsto por el Reglamento 44/2001 para la eficacia extraterritorial de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 643 y 644; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, págs. 208 y 209; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 497 a 499; A. MARTÍNEZ SANTOS, «Reconocimiento y ejecución (II). Motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución. Ejecución de transacciones y documentos públicos extranjeros», en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil...*, *op. cit.*, págs. 407 a 411; L. VÉKAS, «Chapter IV...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 802 y 803; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 706 a 709.

¹¹³² En general, se entiende que las normas y principios fundamentales de un ordenamiento jurídico se encuentran, principalmente, en tres categorías: a) aquellos principios considerados como universales, y en especial, los constitucionalmente protegidos, como los derechos humanos; b) aquellas normas de naturaleza ordopolítica; c) los valores morales e idiosincrásicos de la sociedad del Estado en cuestión. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, pág. 641.

¹¹³³ La noción de orden público, como todo concepto jurídico indeterminado, no goza de una definición exacta, si bien, el TJUE ha ido perfilando la misma, tal y como se ha descrito, y teniendo siempre en cuenta que cada Estado miembro dispone de su propio ordenamiento jurídico con sus propios principios. En este sentido, *vid.* STJCE de 4 de febrero de 1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann c. Adelheid Krieg*, C-145/86, *Rec.* 1988, págs. 662 a 672; STJCE de 10 de octubre de 1996, *Bernardus Hendrikman y otros c. Magenta Druck & Verlag GmbH*, C-78/95, *Rec.* 1996-I, págs. 4960 a 4969; STJCE, de 28 de marzo de 2000, *Dieter Kombrach c. André Bamberski*, C-7/98, *Rec.* 2000-I, págs. 1956 a 1973; STJCE de 11 de mayo de 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA y otros*, C-38/98, *Rec.* 2000-I, págs. 3009 a 3024; STJCE de 2 de abril de 2009, *Marco Cambazzi c. Daimler Chrysler Canada Inc. y otros*, C-394/07, *Rec.* 2009-I, págs. 2563 y ss.; STJCE de 28 de abril de 2009, *Meletis Apostolides c. David Charles Orams*, C-420/07, *Rec.* 2009-I, págs. 3571 y ss.

contrario o no al orden público internacional, porque no basta con la vulneración de la norma, sino que se necesita, en efecto, un resultado que contraría los principios y valores que fundamentan y estructuran nuestro ordenamiento jurídico¹¹³⁴.

b) Normas de producción interna.

471. El ordenamiento jurídico español carece de normas que, de forma expresa, establezcan un régimen para considerar a los documentos públicos extranjeros título ejecutivos también en España. Teniendo en cuenta este contexto, la doctrina y la jurisprudencia no entienden necesario la aplicación del *exequatur* tal y como se regula en los arts. 951 a 958 LEC 1881. Sino que debe seguirse un principio de «sustitución y equivalencia», acudiendo directamente al proceso de ejecución forzosa de los arts. 517 y ss. LEC. En este sentido, lo regulado por los apartados 1 y 3 del art. 27 LM concuerda con el régimen general establecido al efecto¹¹³⁵.

En primer lugar, el documento público que se pretende hacer valer debe ser uno de los títulos ejecutivos contenidos en el art. 517.2 LEC, en el caso de los acuerdos de mediación, el art. 517.2.2º LEC. Por tanto, dichos acuerdos habrán adquirido su fuerza

¹¹³⁴ En cualquier caso, no se revisará el fondo. En cuanto a la vulneración del orden público material, se ha elaborado un test de aplicación conformado por varias etapas: a) el título ejecutivo debe poner en juego algún principio o valor fundamental del Estado donde se pretende hacer valer; b) dicho resultado no puede ser alcanzado sin dicha infracción; c) la situación jurídica en cuestión debe estar conectada con el Estado, siendo también importante el momento en que dicha vinculación se produce y qué tipo de conexión constituye; d) finalmente, deberá resolverse la cuestión siguiendo una ponderación basada en el principio de proporcionalidad entre la eficacia de la citada situación jurídica en el correspondiente Estado y el grado de importancia en cuanto a la vulneración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de dicho país. *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 645 a 650.

En cuanto al requisito de no vulneración del orden público en el ámbito del Reglamento 44/2001, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 539 a 542; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 412 a 425; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, págs. 139 a 145; A. MARTÍNEZ SANTOS, «Reconocimiento y ejecución...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 387 a 390; L. VÉKAS, «Chapter IV...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 657 a 675; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 639 a 650.

¹¹³⁵ En cuanto al régimen de producción interna relativo a la eficacia extraterritorial de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 644 y 645; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pág. 208; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 709 y 710.

ejecutiva de la intervención de una autoridad con funciones equivalentes o similares a las desarrolladas, en este caso, por los notarios españoles (art. 27.1 LM).

El documento extranjero que contiene el acuerdo de mediación debe tener también carácter ejecutivo conforme a la ley del Estado cuyas autoridades lo formalizaron. Requisito recogido, *a sensu contrario*, por el art. 27.2 LM.

El siguiente requisito, relativo a la legalización o apostilla del documento (art. 323 LEC), así como a su traducción a lengua oficial española (art. 144 LEC), también debe resultar exigido, en tanto que la Ley 5/2012 guarda silencio al respecto¹¹³⁶.

Por último, el contenido del acuerdo de mediación recogido en documento público extranjero no puede resultar manifiestamente contrario al orden público internacional español (art. 27.3 LM)¹¹³⁷.

472. En cuanto a la competencia territorial para conocer de la solicitud de *exequatur* de los acuerdos de mediación extranjeros, habrá que acudir al art. 955 LEC 1881. Este precepto se ha reformado para incluir a los citados acuerdos, de modo que los foros siguen siendo los mismos que existían para las resoluciones judiciales¹¹³⁸. En este sentido, existen dos foros prevalentes, dispuestos de forma alternativa, los cuales atribuyen competencia territorial a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución; o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas. Y en defecto de los anteriores, se establece dos foros subsidiarios, que atribuyen la competencia territorial al Juzgado de Primera Instancia del lugar de

¹¹³⁶ Vid. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Impulso de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 17. En cuanto a la legalización y apostilla de documentos públicos extranjeros, *vid. vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 675 a 680.

¹¹³⁷ La noción de orden público internacional español también tendrá que ser interpretada de forma restrictiva en esta sede. Igualmente, sólo se considerará su vulneración cuando en efecto se menoscabe los principios fundamentales, básicos e irrenunciables del Derecho español, suponiendo un daño grave a la estructura jurídica de la sociedad española. A través de este concepto, se deberá controlar si el asunto objeto de la mediación constituye una materia disponible por las partes, *vid. supra*, págs. 197 y 198. En especial en cuanto a este extremo en relación con la LEC 1881, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 611 a 615.

¹¹³⁸ Este precepto ha sido reformado para incluir a los acuerdos de mediación extranjeros, si bien, su reforma no proviene de la Ley 5/2012, sino de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación de la administración General del Estado, *vid.* Disposición final primera. Vid. C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Impulso de la mediación...», *loc. cit.*, pág. 16.

ejecución; o donde deban producirse los efectos¹¹³⁹. Asimismo, estos mismos foros serán utilizados para determinar la competencia territorial de los Juzgados de lo Mercantil, al ser los órganos jurisdiccionales objetivamente competentes para conocer de esta materia, la cual se describe en el art. 86 ter LOPJ¹¹⁴⁰.

B) Acuerdos de mediación extranjeros homologados por órgano jurisdiccional: Régimen aplicable a las transacciones judiciales.

473. Tal y como está previsto en el art. 25 LM, otra posibilidad es que los acuerdos de mediación se conviertan en títulos ejecutivos, no por su elevación a escritura pública, sino por su homologación ante órgano jurisdiccional. En estos casos, los acuerdos de mediación deberán calificarse como transacciones judiciales extranjeras. Esta intervención judicial dota al acuerdo de mediación de carácter ejecutivo, si bien es cierto, puede ser invalidada por las mismas causas que invalidan los contratos, de ahí que, pese a dicho carácter, no pueda considerarse firme, como lo es una sentencia (art. 1817 Cc). Por todo ello, las transacciones judiciales suelen subsumirse, en cuanto a la regulación de su eficacia y validez extraterritorial, en el régimen relativo a los documentos públicos, no al de las resoluciones judiciales¹¹⁴¹.

474. Su régimen en orden a obtener validez y eficacia en España, se recogerá, en primer lugar, en los instrumentos internacionales, y en su defecto, se deberá acudir a las normas de producción interna (art. 96.1 CE y art. 951 LEC 1881)¹¹⁴².

¹¹³⁹ Cierta jurisprudencia admite, en este caso, foros de sumisión expresa y tácita (art. 56 LEC), *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pág. 620.

¹¹⁴⁰ Los Juzgados de lo Mercantil tienen competencia objetiva para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras desde el 21 de noviembre de 2007 (art. 86 bis LOPJ y art. 86 ter LOPJ) en redacción dada por la *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas* (Disposición final primera), *vid.* BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

¹¹⁴¹ De forma excepcional, sólo algunos convenios multilaterales y bilaterales incluyen a las transacciones judiciales dentro del régimen relativo a las resoluciones judiciales, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pág. 206; A. MARÍN LÓPEZ, «Documentos público con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales en los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988», en A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid, Barcelona, 1998, págs. 459 y 460; A. MARÍN LÓPEZ, «La transacción judicial...», *loc. cit.*, págs. 108 y 109.

¹¹⁴² Al igual que en páginas anteriores, el siguiente apartado sólo analizará el Reglamento 44/2001, sin perjuicio de que, dependiendo del supuesto, exista otro instrumento internacional aplicable, de los

a) Reglamento 44/2001.

475. Salvo el propio concepto de transacción judicial, todos los presupuestos explicados en el apartado relativo a los documentos públicos con fuerza ejecutiva son aplicables a este supuesto¹¹⁴³. En cuanto al concepto de «transacción judicial», éste debe ser diferenciado del relativo a la «resolución judicial», porque el primero no es una decisión del órgano jurisdiccional en orden a poner fin al litigio, sino que *reviste un carácter esencialmente contractual, puesto que su contenido depende, ante todo, de la voluntad de las partes*¹¹⁴⁴. Además, tampoco goza de otras características, como la firmeza propia de las resoluciones judiciales¹¹⁴⁵.

múltiples existentes en el ámbito de la validez extraterritorial de decisiones extranjeras. *Vid. supra*, nota nº 1127.

¹¹⁴³ *Vid. supra*, págs. 376 a 378. En cuanto a la aplicación del Reglamento 44/2001 a los acuerdos de mediación homologados por órgano jurisdiccional, *vid. Libro Verde...*, *op. cit.*, pág. 35; considerando 20 en relación con el art. 6.4 DM; N. ALEXANDER, *International and comparative...*, *op. cit.*, pág. 309; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, *op. cit.*, pág. 278; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 388, 389 y 496; E. GÓMEZ CAMPELO, «Artículo 27...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 372; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, pág. 161; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 133; C. JARROSSON, «Legal issues...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 181.

En relación a la regulación dada por el Reglamento 1215/2012 para la ejecución de las transacciones judiciales, *vid. supra*, nota nº 1128.

¹¹⁴⁴ *Vid. Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, elaborado por el Sr. P. Jenard*, (Informe Jenard), DOCE C 189, de 28 de julio de 1990, pág. 172; STJCE, de 2 de junio de 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, C-414/92, *Rec.* 1994-I, págs. 2247 a 2258; *Libro Verde...*, *op. cit.*, pág. 35; J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de...», *loc. cit.*, pág. 173; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 495 y 496; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, págs. 160 y 161; L. VÉKAS, «Chapter IV...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 805 y 806.

¹¹⁴⁵ *Vid. supra*, págs. 376 a 378.

Por su parte, el Reglamento 805/2004 permite la certificación de las transacciones aprobadas por órgano jurisdiccional o celebradas en el curso de un procedimiento judicial (art. 3.1.a) y art. 24.1 RTEE). En otras palabras, se incluyen tanto las transacciones judiciales propiamente dichas, «celebradas judicialmente», -donde se encuentran la homologación de los acuerdos derivados de mediación intrajudicial tal y como recoge el art. 25.4 LM-, como las que logran las partes fuera del proceso y que posteriormente son homologadas por el juez, esto es, las «aprobadas judicialmente», sólo así puede entenderse lo dicho por la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la Posición Común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, *vid. COM* (2004) 90 final, cuando afirma que «combinando las palabras inglesas (*approved by a court*) y las francesas (*conclues devant le juge*) del art. 58 RBI, se incluyen explícitamente las transacciones extrajudiciales declaradas ejecutivas en virtud de una decisión judicial llamada *homologation* en francés». *Vid. R. BONACHERA VILLEGAS*, «El título ejecutivo...», *loc. cit.*, págs. 2 a 5; R. BONACHERA

476. Por otra parte, los requisitos para obtener la declaración de ejecutividad, así como la posible alegación de vulneración manifiesta del orden público internacional en ulteriores recursos, y el propio procedimiento, seguirán el mismo régimen que el descrito para los documentos públicos con fuerza ejecutiva (art. 58 RBI). En este sentido, la única diferencia se encuentra en la acreditación del carácter ejecutivo de la transacción judicial, la cual se realizará a través del Anexo V RBI¹¹⁴⁶.

b) Normas de producción interna.

477. En defecto de instrumento internacional aplicable a la eficacia extraterritorial del acuerdo de mediación constituido en transacción judicial extranjera, deberá acudir a las normas de producción interna. Sin embargo, al igual que ocurre con los documentos públicos, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación sobre la validez extraterritorial de las transacciones judiciales.

478. Con este telón de fondo, la única opción es aplicar el mismo régimen previsto para los documentos públicos extranjeros¹¹⁴⁷. Éste será el régimen general, el cual, al igual que el anterior, será aplicado de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 LM.

VILLEGAS, C. SENÉS MONTILLA, «La aplicación del título...», *loc. cit.*, pág. 5; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo...*, *op. cit.*, págs. 95 y 96; F.J. GARCIMARTÍN, M.J. PRIETO JIMÉNEZ, «La supresión del...», *loc. cit.*, pág. 7; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo...*, *op. cit.*, págs. 205 a 209; R. GIL NIEVAS, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre el Reglamento 805/2004...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 382; B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation...*, *op. cit.*, pág. 161; M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo...*, *op. cit.*, págs. 73 a 76; E. SANJUÁN Y MUÑOZ, «El título ejecutivo...», *loc. cit.*, págs. 8 y 9; C. SENÉS MONTILLA, «El título ejecutivo...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 51; L. VÉKAS, «Chapter IV...», *loc. cit.*, *op. cit.*, pág. 805.

¹¹⁴⁶ En cuanto al régimen previsto por el Reglamento 44/2001 para la eficacia extraterritorial de las transacciones judiciales, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, pág. 633; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution...*, *op. cit.*, págs. 497 a 499; A. MARTÍNEZ SANTOS, «Reconocimiento y ejecución...», *loc. cit.*, *op. cit.*, págs. 408 a 411; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, págs. 706 a 709.

¹¹⁴⁷ En cuanto al régimen de producción interna relativo a la eficacia extraterritorial de las transacciones judiciales, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, págs. 633 y 634; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, pág. 710.

**C) Acuerdos de mediación extranjeros homologados por árbitro:
Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958.**

479. La eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales se regula por el Convenio de Nueva York, tal y como indica el art. 46.2 LA. Sin embargo, dicho instrumento internacional ni da una definición del término «laudo arbitral», ni tampoco hace referencia alguna al laudo por acuerdo de las partes¹¹⁴⁸.

480. Teniendo en cuenta este contexto, se entiende que el Convenio de Nueva York goza de una concepción amplia de laudo arbitral¹¹⁴⁹. En este sentido, se define como *una decisión vinculante adoptada en un proceso contencioso por un tercero nombrado directa o indirectamente por las partes, que resuelve una controversia jurídica entre ellas en torno a una determinada relación. Si bien, la decisión no puede ser considerada como un laudo si no goza de tal cualidad en el Estado de origen*¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁸ Aunque existen otros Convenios internacionales aplicables a la validez internacional de laudos arbitrales extranjeros, el Convenio de Nueva York es el instrumento internacional más importante. Ello se debe no sólo al amplio número de Estados parte, y a la regulación favorecedora a la ejecución extraterritorial de los mismos, sino también a su carácter *erga omnes* en relación a España, al no realizarse, respecto de esta cuestión, la llamada reserva de reciprocidad. En cualquier caso, el citado Convenio permite la aplicación de otros a través de la regla de la eficacia máxima recogida en el art. VII CNY. Vid. A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op. cit., págs. 646, 647, 656 y 657; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Arbitraje comercial...», loc. cit., op. cit., págs. 984 y 985; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., págs. 757 y 758.

¹¹⁴⁹ En este orden de ideas, la doctrina admite de forma mayoritaria la aplicación del Convenio de Nueva York a los laudos por acuerdo de las partes, vid. H.I. ABRAMSON, «Time to try...», loc. cit., pág. 327; N. ALEXANDER, *International and comparative...*, op. cit., págs. 304 y 305; *Guía para la incorporación...*, op. cit., págs. 71 y 72; S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach...*, op. cit., págs. 492 y 493; C. CHERN, *International commercial...*, op. cit., págs. 187 a 189; Y. DERAIS, E.A. SCHWARTZ, *A Guide to the new ICC rules of arbitration*, The Hague, 1998, pág. 288; C. ESPLUGUES MOTA, «Artículo 46. Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables», en S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., págs. 1581 y 1582; G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed...», loc. cit., pág. 277; G. PALAO MORENO, «Mediación y Derecho...», loc. cit., op. cit., pág. 673; E. SUSSMAN, «The New York Convention...», loc. cit., págs. 12 y 13; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», loc. cit., op. cit., págs. 395 y 396; A. VAN DEN BERG, *The New York arbitration convention of 1958*, Deventer, 1981, págs. 49 y 50; M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pág. 763.

¹¹⁵⁰ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, op. cit., pág. 761. Respecto de la última afirmación, esta es la postura seguida también por otros autores, vid. G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed...», loc. cit., págs. 278 y 279; B.L. STEELE, «Enforcing international commercial...», loc. cit., págs. 1397 y 1398; E. SUSSMAN, «The New York Convention...», loc. cit., págs. 12 y 13; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», loc. cit., op. cit., págs. 395 y 396; A. VAN DEN BERG, *The New York arbitration...*, op. cit., págs. 49 y 50. Si bien, otros han entendido que debe realizarse una interpretación completamente autónoma del texto del Convenio, sin tener en cuenta el Estado de origen, vid. P. FOUCHARD, E. GALLIARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pág. 758.

Por tanto, para que un laudo, -incluido uno por acuerdo de las partes-, sea considerado como tal a efectos de aplicación del Convenio de Nueva York, debe tener carácter vinculante; estar destinado a resolver una controversia; derivar de un árbitro o tribunal arbitral y ser dictado en el curso de un procedimiento arbitral. Todo ello conforme a la ley que regule el arbitraje¹¹⁵¹.

481. Si el laudo por acuerdo de las partes cumple con todas estas exigencias, extremo que se cumplirá de forma general en el caso de la mediación intrarbitral, el Convenio de Nueva York le será aplicable. Siguiendo con esta idea, y de forma más específica, el art. 36 LA otorga a dicho laudo los mismos efectos que cualquier otro, de ahí que pueda aplicarse el citado instrumento internacional. En efecto, y en virtud de la citada disposición, el acuerdo es recogido en forma de laudo, -vinculante-, por el propio árbitro o tribunal arbitral, el cual resuelve una controversia existente en el inicio del propio procedimiento arbitral, pero solucionada a través de mediación durante el transcurso del mismo. En este sentido, similares consideraciones deben realizarse con la mayor parte de leyes sobre arbitrajes, al estar inspiradas en el art. 30 de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006*, precepto que también otorga al laudo por acuerdo de las partes los efectos jurídicos de un laudo arbitral cualquiera¹¹⁵².

482. Una vez se entiende que se aplica el citado instrumento internacional a los laudos por acuerdo de las partes, deben realizarse una serie de precisiones en cuanto a su articulado. En este sentido, se ha argumentado que el Convenio de Nueva York también exige la existencia de una controversia previa, esto es, que el laudo sea

¹¹⁵¹ Vid. G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed...», *loc. cit.*, págs. 278 y 279.

¹¹⁵² Vid. *ad. ex.* G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed...», *loc. cit.*, págs. 275 a 279, en relación con la Ley alemana. En cuanto a la labor de la CNUDMI y la inclusión los laudos por acuerdo de las partes dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York, *vid.* R.H. KREINDLER, «Settlement agreements and arbitration in the context of the ICC Rules», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 9, nº 2, november 1998, pág. 27. En sentido contrario, se defiende que cuando los ordenamientos jurídicos otorgan de forma expresa los mismos efectos jurídicos a dichos laudos por acuerdo de las partes que al resto de laudos, se debe a que los primeros no son realmente laudos, de ahí que no pueda aplicarse el citado Convenio. De modo que éste sólo se aplicará cuando el ordenamiento jurídico en cuestión simplemente identifique a dichos laudos como tales. *Vid.* B.L. STEELE, «Enforcing international commercial...», *loc. cit.*, pág. 1398.

En cualquier caso, en otros ordenamientos sólo se recoge la mera homologación del árbitro o tribunal arbitral, de modo que tal constatación no se considera un laudo, sino un mero acuerdo transaccional de naturaleza contractual, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional...*, *op. cit.*, pág. 763.

consecuencia de una mediación intrarbitral o *mediation window* llevada a cabo una vez se hubiera puesto en marcha con anterioridad el procedimiento arbitral. Su fundamento se encuentra en los apartados 1 y 3 del art. I y en el art. II.1 CNY relativo al convenio arbitral, el cual se refiere a la necesaria existencia de una «diferencia», así como en el art. V.2.a) CNY, el cual también presupone que el objeto de un arbitraje es una «diferencia»¹¹⁵³. Asimismo, la segunda exigencia que se ha puesto de manifiesto en orden a poder lograr la aplicación exitosa del Convenio consiste en la inviabilidad de emplear al tercero como mediador y árbitro a la vez, porque si se llevara a cabo la técnica del *caucus*, -propia de la mediación-, dentro del procedimiento arbitral, se podría incumplir el art. V.1.b) CNY relativo a la posibilidad de que la parte contra la que se invoca el laudo no haya podido hacer valer sus medios de defensa¹¹⁵⁴.

483. A pesar de que la aplicación del Convenio de Nueva York genera ciertas dudas respecto de los laudos derivados de los acuerdos de mediación, debiera realizarse una interpretación favorecedora de la misma. En este sentido, se debe tener en cuenta que el citado instrumento internacional no fue diseñado para tratar este tipo de laudos, de hecho ni siquiera existía la mediación tal y como hoy se conoce, y sin embargo, su aplicación es de vital importancia para dotar de eficacia, y por ende de éxito, a la mediación comercial internacional, que es, a su vez, uno de los objetivos de la CNUDMI¹¹⁵⁵

¹¹⁵³ Vid. C. NEWMARK, R. HILL, «Can a mediated settlement...», *loc. cit.*, págs. 82 a 85; J.T. PETER, «Med-arb in...», *loc. cit.*, pág. 88; B.L. STEELE, «Enforcing international commercial...», *loc. cit.*, pág. 1042. En sentido contrario, se ha defendido que el art. I.1 CNY no hace referencia expresa del tiempo dentro del cual debe existir la controversia, de modo que, aunque la ley aplicable al procedimiento exigiera la pervivencia de la misma antes de iniciar el procedimiento arbitral, ello no debiera suponer un motivo suficiente como para alegar el orden público del art. V.2.b) CNY, *vid.* E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, págs. 12 y 13; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit., op. cit.*, págs. 395 y 396.

¹¹⁵⁴ Vid. B.L. STEELE, «Enforcing international commercial...», *loc. cit.*, págs. 1403 a 1405.

¹¹⁵⁵ Por esta razón, se ha propuesto que la CNUDMI apruebe una recomendación que propicie la aplicación del Convenio de Nueva York a este tipo de laudos que homologan acuerdos de mediación, *vid.* E. SUSSMAN, «The New York Convention...», *loc. cit.*, pág. 13; E. SUSSMAN, «Combinations and permutations...», *loc. cit., op. cit.*, pág. 397.

CONCLUSIONS

I

Although the origin of the modern mediation as well as the «ADR movement» was based in U.S.A, the practice of these methods of dispute resolution has been spread very quickly throughout Europe. In both cases, this phenomenon has been developed with great similarity. Firstly, the implementation and experimentation of different mediations programs and projects performed by diverse institutions and organizations. Secondly, some legislatives reforms, especially, in the field of procedural and family law. Thirdly, the adoption of mediation laws which regulate that method in a global way. And finally, the addition of the cross-border perspective, particularly, due to the influence of the Directive 2008/52/CE and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002).

II

The concept of ADR is not clear, particularly, concerning the inclusion of negotiation and arbitration. Despite the doctrinal discussion about this matter, it is defended that none of them are considered as ADR. Negotiation does not involve a third party and it does not have a defined structure, elements which are necessary in every ADR. Arbitration does not have a pure contractual nature, but a mixed one, in this sense, an arbitral award is directly enforceable with a *res iudicata* effect, features which, in principle, do not have an ADR settlement. In addition, arbitration does not have the flexibility and the cost-time efficiency which every ADR possesses.

Apart from these restrictions, strictly speaking, ADR is a broad concept. They are not strictly methods of «dispute resolution», but methods of «conflict management». Firstly, because they can manage conflicts which do not have to be legal, they can be merely technical, or which do not have to involve an argument between parties, maybe just a problem that they could not foresee. Secondly, ADR means not only resolving conflicts but also preventing, or just relieving them.

Taking into account the broad concept of ADR, it must be considered that ADR is not just mediation, there are a host of different methods which can be classified regarding the role of the third party and the nature of the settlement: A) Mediation and mini-trial are facilitative ADR, due to the minimum intervention of the third party. B) Neutral evaluation, fact-finding, summary jury trial, dispute review boards and ICC combined dispute boards, are identified as evaluative ADR, because the third party is more active concerning the way he advises and the recommendations or assessments he does to the parties in conflict. In this sense, mediation and mini-trial can also be evaluative. C) Adjudication, pre-arbitral referee, expert determination, World Bank dispute boards, and FIDIC or ICC dispute adjudication boards are determinative ADR, as the third party issues a binding and final, but contractual, decision. Furthermore, every ADR can be court-connected or out of court, although in the international commercial field, the last one is more common.

In addition, concerning international commercial field, it is important to take in consideration the online dispute resolution (ODR). However, ODR should not be identified as online ADR, but as any method of dispute resolution -also negotiation, arbitration and litigation- which is conducted online. The key factor is the technology used to perform the conflict resolution mechanism, as evidenced by the existence of ODR without third parties: methods performed just with the parties in conflict and the technology, which plays the role of the third one.

III

According to Act 5/2012, and the international instruments -Directive 2008/52/EC and UNCITRAL Model Law- which serve as inspiration, the concept of mediation must also be considered as broad. That conception not only covers facilitative mediation, but also evaluative mediation, deal mediation, -which is used to draw up

contracts-, and other forms of ADR which are very similar to it. These other methods are neutral evaluation and mini-trial, as conciliation is considered a synonym of mediation.

In relation to commercial matters subjected to mediation, it must be considered that the practice of this ADR will not be possible if rights and obligations are not at the parties' disposal under the relevant applicable law. Although, it is true that in commercial field, this restriction is hardly ever applied, this question must be checked according to the applicable law determined by Spanish conflict of laws.

Concerning cross-border perspective, the key concept is the domicile or habitual residence of the parties. They must have their domicile or habitual residence in a different country in order to consider a mediation as a cross-border one. This element is also important in order to determine the applicable law to mediation procedure, as art. 2.1.II establishes that Act 5/2012 shall be applied when the parties expressly or tacitly agree upon its application, or when the parties is domiciled and mediation takes place in Spain. This article reflects the intend to achieve a balance between the importance of party autonomy in mediation and the principle of territoriality which is reflected in the Act 5/2012. In any case, if parties do not choose an applicable law, and they do not accomplish both requirements of domicile and venue in Spain, it must be applied the principle of proximity belonging to the contractual field.

Although mediation is achieving a considerable importance in the field of international commercial ADR, it is hardly ever used as an isolated method of dispute resolution. It usually works together with arbitration. The most common form is *med-arb*, that is to say, arbitration just when mediation fails. However, there are other modalities of mediation and arbitration combined: mediation window, which is a mediation arbitration-connected; arbitration before mediation or; both simultaneously. Anyway, when there are long-term and complex contracts, parties usually design a system of conflict resolution, -which can be part of a partnering or a alliancing, two kinds of relationship contracting, another that are also considered ADR-. The configuration of these systems are graduated from no or minimum intervention of a third party until arbitration or litigation. But sometimes, it is the other way around which is called loop-back technique. In the main, the most suitable technique will depend on the nature and features of the conflict.

IV

Mediation clauses and contracts to mediate have a pure contractual nature. Their only difference is that the first ones are signed before the conflict arises; the second ones are celebrated once the conflict has appeared. Both contracts establish the obligation on the parties to initiate a mediation procedure, which does not imply to celebrate the mediation contract regulated in art. 19 Act 5/2012. Anyway, mediation clauses and contracts to mediate involve other contracts, a provision of services between parties and mediator and, occasionally, another provision of services between parties and the institution. Despite of that relationship between contracts, all of them cannot consider as one contract, each contractual relationship conserves its own purpose and individuality.

In relation to the international jurisdiction of this kind of contracts, it is applied Regulation 44/2001 (RBI), and failing this, it will be applied LOPJ. Concerning Regulation 44/2001, it will be possible to apply the choice of court agreements (art. 23 RBI); the choice of court by submission (art. 24); the defendant's domicile ground of jurisdiction (art. 2 RBI); and the special jurisdiction in contract (art. 5.1.a) RBI). If Regulation 44/2001 cannot be applied, it will be taken into account the art. 22.2 LOPJ and art. 22.3 LOPJ. Regarding the applicable law to mediation clauses and contracts to mediate, it is applied Regulation 593/2008 (RRI). In particular, the choice of law rule (art. 3 RRI), and if there is no choice, the law of the country with which is most closely connected (art. 4.4 RRI).

Art. 19 Act 5/2012 regulates another contract, the mediation contract by which the parties and the mediator establish their rights and obligations, as well as, they configure the mediation procedure. From a Private International Law perspective, it can be qualified as a provision of services. Thus, it will be applied Regulation 44/2001, in particular: the choice of court agreement (art. 23 RBI); the choice by submission (art. 24 RBI); the defendant's domicile (art. 2 RBI) and the special jurisdiction in contract (art. 5.1.b) II RBI, and where necessary art. 5.1.a) RBI). If Regulation 44/2001 is not applicable, it must be used art. 22.2 LOPJ and 22.3 LOPJ. In relation to applicable law to mediation contracts, it will also be applied Regulation 593/2008. In the main, choice of law rule (art. 3 RBI), and failing this, the law of the country where the service provider has his habitual residence (art. 4.1.b RBI).

V

Mediation as a method of dispute resolution has some questions which make contact with litigation and arbitration. The first issue is the suspension of limitation and prescription periods (art. 4 Act 5/2012). From a Private International Law perspective, it must be considered a substantive matter, not procedural. Thus, the applicable law for that suspension will be the law concerning the matter of the conflict. In case that the parties agree a limitation period for the arbitration agreement, the applicable law for the suspension will be the law of the arbitration agreement.

As mediation clauses and contracts to mediate imply an obligation on the parties to initiate a mediation procedure, -positive effect-, they do not allow the parties to go to court or arbitration, -negative effect- (art. 10.2 Act 5/2012). The applicable law of both effects is the same, the law of mediation clauses and contracts to mediate. However, the instrument to make effective this negative effect regarding litigation -*la declinatoria*- has a procedural nature, so it will be applied the *lex fori*. Nevertheless, this motion has been criticized since parties are not compelled to stay and continue the mediation procedure. In arbitration, due to the principle *Kompetenz-kompetenz*, arbitrators will be also able to face and resolve this matter.

If a judicial process has already started, they will be suspended when parties sign a contract to mediate (art. 16.3 Act 5/2012). This effect is also regulated by the applicable law to that contract, although it will also be necessary to apply some procedural rules in order to perform that article. Concerning arbitration, this is also possible. It is called mediation window and it begins to be common in the international commercial field.

Although parties cannot go to court while they are participating in a mediation procedure, there is an exception, they can apply for precautionary measures according to the right of access to justice. If there is an out-of-court mediation, the international jurisdiction of Spanish courts will be based on art. 31 RBI, and failing Regulation 44/2001, on art. 22.5 LOPJ. If there is a court-annexed mediation, the courts which had already faced the dispute beforehand, they will also have jurisdiction to adopt precautionary measures. Concerning arbitration, arbitrators will only have competence if there is a mediation window, that is to say, if the arbitration procedure had already

started before the mediation. In any case, it will be preferable to go to court, due to the limited interim protection offered by arbitration.

The confidentiality principle of mediation has also effect on litigation and arbitration. The mediator and other participants in mediation procedure cannot disclose information which was exposed during that method of dispute resolution. This obligation has a direct effect over the evidence of a judicial process. Although the evidence issue is in the middle of the thin line between procedural and substantive law, the disclosure prohibition must be considered substantive law, so it will be applied the law of the mediation contract, because it is where that obligation was born. This law has also to be considered in relation to taking of evidence field. In arbitration, that confidentiality obligation from mediation can be respected through the IBA Rules.

VI

Although there are different ways of finishing a mediation procedure, the mediation settlement is the suitable one. At first, that mediation settlement has a contractual nature according to art. 23 Act 5/2012. Thus, regarding international jurisdiction, it will be applied Regulation 44/2001: the choice of court by submission (art. 24); the choice of court agreements (art. 23 RBI); the defendant's domicile ground of jurisdiction (art. 2 RBI); and the special jurisdiction in contract (art. 5.1.a) RBI). Failing that EU Regulation, it will be applied art. 22.2 LOPJ and art. 22.3 LOPJ. Concerning applicable law, it will be taken in consideration Regulation 593/2008: the choice of law rule (art. 3 RRI), and if there is no choice, the law of the country with which is most closely connected (art. 4.4 RRI). Although mediation settlement is a contract, it must be taken into account that Regulation 593/2009 will not be applied in any case. The content of mediation settlement should be accomplished the material scope of that EU Regulation (art. 1 RRI).

As mediation settlement has a contractual nature, art. 25 Act 5/2012 establishes two forms of providing enforceability to mediation settlements: by a public document issued by a notary or; by a court order according to the Civil Procedure Act 1/2000. These forms can be used with a Spanish mediation settlement, or with a foreign mediation settlement, if it did not reach enforceability in its country of origin. Furthermore, according to art. 36 Arbitration Act 60/2003, there is also a possibility to

turn a mediation settlement into an arbitral award, provided that this settlement was signed as a consequence of a mediation window, that is to say, provided that arbitration procedure had already started.

In relation to the enforcement of a foreign mediation settlement in Spain, there are differences between EU Member States and third countries regime. If those settlements come from an EU Member State, as a rule, it will be applied Regulation 44/2001, or even Regulation 805/2004 if its requirements are accomplished. Regarding Regulation 44/2001, if the mediation settlement is in a public document issued by a notary, it will be regulated by art. 57 RBI, but if it turns to a court order, it will be applied art. 58 RBI. By contrast, if the mediation settlements come from a third country, and there are no international conventions applicable, art. 27 Act 5/2012 must be taken into account. The territorial jurisdiction of Spanish courts concerning enforcement of foreign mediation settlements is regulated on art. 955 Civil Procedure Act 1881. In addition, if there is a mediation settlement turned into an arbitral award, the application of New York Convention will be also possible, provided that when that settlement were signed, the arbitration procedure had already started.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., «A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse», *U. St. Thomas L. Rev.*, vol. 5, nº 3, 2008, págs. 1 a 10.
- AA.VV., *Convergence of legal systems in the 21st Century, General reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane 2002*, Bruxelles, 2006.
- AA.VV., «Developments in the Law: The paths of civil litigation», *Harv. L. Rev.*, vol. 113, nº 7, 2000, págs. 1752 a 1875.
- AA.VV., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de enjuiciamiento civil*, Cizur Menor, 2005.
- AA.VV., *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991.
- AA.VV., *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, París, 2007.
- AA.VV., *Family mediation in Europe, proceedings of 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 october 1998*, Strasbourg, April 2000.
- AA.VV., *Global reflections on international Law, commerce and dispute resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner*, París, 2005.
- AA.VV., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos Jurídicos*, Santander, 2002.
- AA.VV., *La médiation*, París, 2009.
- AA.VV., *Liber Amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruxelles, 2004.
- R. ABEL, *The politics of informal justice, Vol. I*, New York, 1982.
- H.I. ABRAMSON, «Time to try mediation of international commercial disputes», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1998, págs. 323 a 327.
- H. ABRAMSON, «Protocols for international arbitrators who dare to settle cases», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 10, nº 1, 1999, págs. 1 a 17.
- M.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, 2ª ed., Pamplona, 1997.
- R. ALASTRUEY GRACIA, J. MUÑOZ SABATÉ I CARRETERO, «Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta», *Diario La Ley*, nº 7927, 20 septiembre 2012, págs. 1 a 5.
- M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil II. Derecho de las obligaciones*, 12ª ed., Madrid, 2004.
- M. ALBALADEJO, S. DIAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Tomo XVII, Vol. I-B, Artículos 1261 a 1280 del Código civil*, Madrid, 1993.

- M. ALBALADEJO, S. DIAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Tomo I, Vol. 2, Artículos 8 a 16 del Código civil*, Madrid, 1995.
- N. ALEXANDER, «What's law got to do with it? Mapping modern mediation movements in civil and common law jurisdictions», *Bond L. Rev.*, vol. 13, nº 2, 2001, págs. 1 a 29.
- N. ALEXANDER, «From common law to civil law jurisdictions: court ADR on the move in Germany», *ADR Bull.*, vol. 4, nº 8, 2002, págs. 110 a 113.
- N. ALEXANDER (ed.), *Global Trends in Mediation*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006.
- N. ALEXANDER, *International and comparative mediation: legal perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2009.
- N. ALEXANDER, «Four mediation stories from across the globe», *RabelsZ*, vol. 47, 2010, págs. 732 a 758.
- J.J. ALFINI, S.B. PRESS, J.R. STERNLIGHT y J.B. STULBERG, *Mediation theory and practice*, 2ª ed., Newark, San Francisco, Charlottesville, 2006.
- J. ALMOGUERA GARCÍA, «La directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional», *Not. Unión Eur.*, mayo 2009, págs. 5 a 19.
- M.A. ALQUDAH, «Enforceability of arbitration clauses in online business-to-consumer contracts», *J. Int'l. Arb.*, vol. 28, nº 1, 2011, págs. 67 a 79.
- G.I. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Los grupos de contratos en el crédito al consumo*, Madrid, 2009.
- M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, nº 7, 2004, págs. 243 a 304.
- M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La mediación empresarial», *RDP*, Diciembre 2000, págs. 957 a 986.
- I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «El futuro de la mediación pre-procesal», *Diario La Ley*, nº 6671, 14 marzo 2007, págs. 1 a 5.
- I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «Aproximación a la mediación prejudicial que viene», *Diario La Ley*, nº 7088, 8 enero 2009, págs. 1 a 5.
- S. AMRANI MEKKI, «La clause de conciliation», *ZZP Int.*, nº 14, 2009, págs. 83 a 101.
- P. ANCEL, M. COTTIN, «L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation», *R. Dalloz*, nº 21, 2003, págs. 1386 a 1391.
- H. ANDRÉ-DUMONT, «The new european directive on mediation –its impact on construction disputes», *ICLR*, vol. 26, 2009, págs. 117 a 124.
- J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RPJ*, nº 88, 2009, págs. 133 a 175.

- J.J. ARNALDEZ, E. SCHÄFER, «Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale», *Rev. Arb.*, nº 4, 1990, págs. 835 a 854.
- C. ARRANZ DE ANDRÉS, M.SERNA VALLEJO (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Santander, 2009.
- M.L. ARROYO VÁZQUEZ, «Un hito de la legislación laboral estadounidense: la ley nacional de relaciones laborales o ley Wagner», *Espacio, tiempo y forma, Serie V, Hª Contemporánea*, nº 15, 2002, págs. 351 a 377.
- E. ARTUCH IRIBERRI, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997.
- J. AUERBACH, *Justice without Law?*, New York, 1983.
- M. AUGENBLICK, J-P. MÉAN, E. ROBINE, «Creating value through process design: Commentaries», *J. Int'l Arb.*, vol. 11, nº 1, 1994, págs. 133 a 138.
- C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *REEI*, nº 25, 2013, págs. 1 a 35.
- E. BAKER, «Partnering strategies: The legal dimension», www.whitecase.com, October 2006, págs. 1 a 4.
- C.S. BALDWIN, R.A. BRAND, D. EPSTEIN, M.W. GORDON, *International civil dispute resolution: a problem-oriented coursebook*, 2ª ed., Minnesota, 2008.
- T. BALLARINO, «Il regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, págs. 5 a 18.
- W.J. BARBER, *From New Era to New Deal: Herbert Hoover, the economists, and american economic policy, 1921-1933*, Cambridge, New York, Melbourne, 1985.
- D. BARDONNET, *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d'avenir*, Dordrecht, Boston, London, 1991.
- J. BARKER, «International mediation –A better alternative for the resolution of commercial disputes: Guidelines for an U.S. negotiator involved in an international commercial mediation with Mexicans», *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, vol. 19, 1996, págs. 1 a 55.
- S. BARONA VILAR, «Aproximación al movimiento de ADR (alternative dispute resolutions) en EEUU, R.F.A e Italia», *RCEA*, 1998, págs. 55 a 84.
- S. BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Valencia, 1999.
- S. BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004.
- S. BARONA VILAR, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Cizur Menor, 2006.
- S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013.
- J.T. BARRETT, «Mediation in civil rights disputes», *Mon. Labor Rev.*, vol. 90, 1967, págs. 44 a 46.

- J.T. BARRETT, «Mediation: An alternative to violence», *J. Urb. L.*, vol. 47, 1969-1970, págs. 157 a 163.
- J.T. BARRETT, «Interest based bargaining: A new mediator tool at FMCS», *mediationhistory.org*, págs. 1 a 10.
- J.T. BARRETT, J.P. BARRETT, *A history of alternative dispute resolution: The story of a political, cultural and social movement*, San Francisco, 2004.
- G. BARRETT (ed.), *Creating a european judicial space. Prospects for improving judicial cooperation in civil matters in the European Union*, Colonia, 2001.
- R.A. BARUCH BUSH, «Defining quality in dispute resolution: taxonomies and anti-taxonomies of quality arguments», *Den. U. L. Rev.*, vol. 66, nº 3, 1989, págs. 335 a 380.
- R.A. BARUCH BUSH, J.P. FOLGER, *La promesa de mediación*, Barcelona, 1996.
- J. BASEDOW, «International conflicts of economic regulation. Theoretical reflections on public policy regulation by the forum state», *RabelsZ*, 1988, págs. 8 a 40.
- N. BELLOSO MARTÍN (coord.), *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid, 2006.
- J.A. BELOHLAVEK, *Rome Convention-Rome Regulation. Commentary new EU conflict-of-law rules for contractual obligations, Vol. II*, New York, 2010.
- M. BELTRÁN DE FELIPE, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., Madrid, 2006.
- F. BENITO OSMA, «Reflexiones sobre el RD-Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en el seguro», *RES*, nº 149, 2012, págs. 103 a 114.
- S.C. BENNETT, «Non-binding arbitration: An introduction», *Disp. Resol. J.*, vol. 61, nº 2, 2006, págs. 1 a 5.
- J. BERCOVITCH (ed.), *Studies in International Mediation*, Hampshire, New York, 2002.
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991.
- R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo IX. Art. 1760 a Disposiciones adicionales*, Valencia, 2013.
- K.P. BERGER, «Integration of mediation elements into arbitration: “Hybrid” procedures and “intuitive” mediation by international arbitrators», *Arbitration Int'l.*, vol. 19, nº 3, 2003, págs. 387 a 403.
- K.P. BERGER, «Law and practice of escalation clauses», *Arbitration Int'l.*, vol. 22, nº 1, 2006, págs. 1 a 17.
- K.P. BERGER, *Private dispute resolution in international business, Vol. II Handbook*, 2ª ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009.
- P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I», *JDI ChUNET*, 2008, págs. 675 a 717.
- A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002.

- I. BEYNEIX, «L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends?», *Rev. Trim. Dr. Com.*, n° 2, 2012, págs. 225 a 243.
- P. BINDER, *International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*, 3ª ed., London, 2010.
- E. BIRCH, «The historical background to the EU Directive on Mediation», *Arbitration*, vol. 72, n° 1, February 2006, págs. 57 a 61.
- R. BIRKE, L.E. TEITZ, «U.S. Mediation in 2001: The path that brought America to uniform laws and mediation in cyberspace», *Am. J. Comp. L.*, vol. 50, Autumn 2002, págs. 181 a 213.
- J. BLADES, «Mediation: An old art revitalized», *Med. Q.*, n° 3, 1984, págs. 59 a 98.
- S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A practical approach to alternative dispute resolution*, Oxford, 2010.
- M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009.
- M. BLESSING, «Drafting arbitration clauses», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 5, 1994, págs. 54 a 83.
- K. BOECKSTIEGEL, «Mediation/Alternative Dispute Resolution in Oil, Gas and Energy Transactions: superior to arbitration/litigation from a commercial and management perspective», *TDM*, vol. 1, February 2004, págs. 1 a 16.
- K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, S. SYMEONIDES (eds.), *Convergence and divergence in private international Law. Liber amicorum Kurt Siehr*, Zurich, 2010.
- R. BONACHERA VILLEGAS, «El título ejecutivo europeo y su aplicación a las transacciones y los documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Diario La Ley*, n° 7558, págs. 1 a 19.
- R. BONACHERA VILLEGAS, C. SENÉS MONTILLA, «La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español», *Diario La Ley*, n° 6341, 18 octubre 2005, págs. 1 a 22.
- A. BORRÁS (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid, Barcelona, 1998.
- N. BOSCHIERO (dir), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009.
- L. BOULLE, K.J. KELLY, *Mediation. Principles, process, practice*, Toronto, Vancouver, 1998.
- L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation. Principles, process, practice*, London, Dublin, Edinburgh, 2001.
- J-F. BOURQUE, «L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale», *Rev. Arb.*, n° 2, 1995, págs. 231 a 262.
- M. BOURRY D'ANTIN, S. BENSIMON, G. PLUYETTE, *Art et techniques de la médiation*, París, 2004.

- J. BRAEMAN, R.H. BREMNER, D. BRODY (eds.), *The New Deal: The national level*, Vol. I., Vol. II, Columbus, 1975.
- J. BRIGHAM, C. HARRINGTON, «Realism and its consequences: An inquiry into contemporary sociological research», *Int'l. J. Sociol. Law*, vol. 17, 1989, págs. 41 a 62.
- R. BRINER, L.Y. FORTIER, K.P. BERGER; J. BREDOW (eds.), *Law of international business and dispute settlement in the 21st century. Liber amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2001.
- H.J. BROWN, A.L. MARRIOTT, *ADR principles and practice*, London, 1999.
- M. BÜHLER, «Technical expertise: an additional means for preventing or settling commercial disputes», *J. Int'l. Arb.*, vol. 6, n° 1, 1989, págs. 135 a 157.
- C. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOFF, G. SCHERER, *Arbitration and mediation in international business*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, 2006.
- R. BUSH, J. FOLBERG, *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco, 1994.
- J.P. BUYLE, P. MARCHANDISE (dirs.), *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruxelles, 1995.
- L. CABALLOL ANGELATS, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997.
- L. CADIET, «L'effet processuel des clauses de médiation», *Rev. C.*, 2003, págs. 182 a 189.
- D.J.A. CAIRNS, I. MADALENA, «El Reglamento de la ICC relativo a los *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, ano 3, julio-setembro 2006, págs. 179 a 189.
- C. CALABRESI, «Il *dispute board* nei contratti internazionali d'appalto», *Dir. Com. Int.*, vol. 23, n° 4, 2009, págs. 753 a 819.
- A-L. CALVO CARAVACA, «La técnica normativa de la doctrina del interés nacional», *REDI*, 1978-1979, vol. XXXI, págs. 111 a 137.
- A-L. CALVO CARAVACA, «La doctrina del interés nacional y su ámbito espacial de aplicación», *ADC*, 1981, vol. XXXIV, págs. 85 a 107.
- A.L. CALVO CARAVACA, «Medidas cautelares y arbitraje privado internacional», *Diario La Ley*, n° 6128, 16 noviembre 2004, págs. 1 a 26.
- A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, n° 2, 2009, págs. 52 a 133.
- A-L. CALVO-CARAVACA, S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005.
- A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Legislación de Derecho internacional privado. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, 2002.
- A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, 2006.

- A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado, Vol. I., Vol. II*, 13^a ed., Granada, 2012.
- A-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.) *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2012.
- A-L. CALVO CARAVACA, E. CASTELLANOS RUIZ (coords.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008.
- A-L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989.
- B. CAMPBELL, «Dispute Review Boards», *Arbitration*, vol. 60, n° 4, February 1994, págs. 17 y 18.
- M.P. CANEDO ARRILLAGA, «Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim : Asunto C-381/08): Los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001», *CDT*, vol. 3, n° 1, 2011, págs. 263 a 269.
- A. CAÑIZARES LASO, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.
- M. CAPPELLETTI (ed.), *Access to justice and the welfare state*, Sijthoff, Bruylant, Klett-Cotta, Le Monnier, Alphen aan den Rijn, Bruxelles, Stuttgart, Firenze, 1981.
- M. CAPPELLETTI, «Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, n° 3, 1993, págs. 282 a 296.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Granada, 2004.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Madrid, 2009.
- L.F. CARRILLO POZO, M.J. ELVIRA BENAYAS, *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Granada, 2012.
- J. CASADO ROMÁN, «La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario», *Diario La Ley*, n° 7419, 8 junio 2010, págs. 1 a 6.
- M. CASO SEÑAL, «Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, n° 7046, 31 octubre 2008, págs. 1 a 3.
- E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009.
- C. CHERN, *International commercial mediation*, London, 2008.
- J.M. CHILLÓN MEDINA, J.F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, 1991.
- G.A. CHORNENKI, C.E. HART, *Bypass court: a dispute resolution handbook*, 3^a ed., Canada, 2005.

- B.A. CIURANA, «La mediación civil y mercantil: Una asignatura pendiente en España. A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *AJ Uría Menéndez*, nº 12, 2005, págs. 60 a 69.
- J. COBEN, P. THOMPSON, «Disputing irony: A systematic look at litigation about mediation», *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 11, Spring 2006, págs. 43 a 146.
- D.L. COLE, «Government in the bargaining process: The role of mediation», *AAAPPS*, vol. 33, January 1961, págs. 42 a 58.
- A. COLLINS, «Developments in Alternative Dispute Resolution in North America», *Arbitration*, vol. 54, nº 4, November 1988, págs. 242 a 262.
- L. COLLINS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. I, 13º ed., London, 2000.
- G. COLLYER, «Documentary credit dispute resolution under the DOCDEX Rules. Three years on», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Arbitration, Finance and Insurance – Special Supplement*, 2000, págs. 67 a 77.
- G. COLLYER, «Winfried Holzwarth on docdex», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 8, nº 2, 1997, págs. 51 a 59.
- P.K. CONKIN, *The New Deal*, 2ª ed., Illinois, 1975.
- A. CONNERTY, *A Manual of international dispute resolution*, London, 2006.
- S. COOB «Empowerment and mediation: A narrative perspective», *Negotiation Journal*, vol. 9, nº 3, July 1993, págs. 245 a 255.
- J.P. CORTÉS DIÉGUEZ, «Mandatory online mediation for European consumers: legal constraints and policy issues», *Law Shaping Technology, Technology Shaping the Law*, Conference 2008, págs. 1 a 41.
- P. CORTÉS, F. ESTEBAN DE LA ROSA, «Building a global redress system for low-value cross border disputes», *Int'l. & Comp. L. Q.*, vol. 62, nº 2, 2013, págs. 407 a 440.
- P. CORTÉS, F. SOTELO, «Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los Derechos del Common Law y su aplicación en el proceso civil español», *InDret*, 4/2011, págs. 1 a 37.
- V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, V. MORENO CATENA, *Derecho procesal civil. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 2001.
- L. COSTAS RODAL, «La nueva Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Aranzadi Civ.-Merc.*, núm. 7/2012, págs. 1 a 7.
- P. COURBE, *Les désordres de la prescription*, Rouen, 2000.
- B. COWAN, J. DAVIS, «Relationship contracting: what is it and where is it going?», *SPAN*, págs. 1 a 10.
- P. D'AMBRUMENIL, *Mediation and arbitration*, London, 1997.
- R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, París, 1982.
- F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1991.
- P. DE CRUZ, *Comparative law in a changing world*, 3ª ed., Oxon, New York, 2007.

- A. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil europeo, Vol. I., Vol. II., Vol. III*, Cizur Menor, 2011.
- F. DE LA TORRE OLID, «El contrato de mediación familiar. Aspectos relevantes desde su positivización por la Ley Balear 18/2006», *Diario La Ley*, nº 6765, 25 julio 2007, págs. 1 a 28.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones», *Diario La ley*, nº 8013, 31 enero 2013, págs. 1 a 12.
- R. DE NOVA, «Historical and comparative introduction to conflict of laws», *RCADI*, vol. 118, 1966, págs. 435 a 642.
- N. DE WITT, «Online international arbitration: nine issues crucial to its success», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 12, nº 3-4, 2001, págs. 441 a 464.
- E.E. DEASON, «Procedural rules for complementary systems of litigation and mediation -worldwide», *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, nº 2, 2004-2005, págs. 553 a 592.
- C. DEBATTISTA, «Drafting enforceable arbitration clauses», *Arbitration Int'l.*, vol. 21, nº 2, 2005, págs. 233 a 240.
- R. DELGADO, C. DUNN, P. BROWN, H. LEE, D. HUBBERT, «Fairness and formality: Minimizing the risk of prejudice in alternative dispute resolution», *Wis. L. Rev.*, 1985, págs. 1359 a 1404.
- L. DEMEYERE, «Dispute boards and the new rules of the International Chamber of Commerce (ICC)», *Int'l. Disp. Resol.*, nº 1, 2005, págs. 21 a 29.
- R. DENDORFER, «The interaction between arbitration and mediation: Vision vs. reality», *SchiedsVZ*, nº 4, 2007, págs. 195 a 205.
- Y. DERAINS, «Expertise Technique et référé arbitral», *Rev. Arb.*, nº 3, 1982, págs. 239 a 251.
- Y. DERAINS, E.A. SCHWARTZ, *A Guide to the new ICC rules of arbitration*, The Hague, 1998.
- S. DETRICK, P. VLAARDINGERBROEK, *Globalization of child law. The role of the Hague Convention*, The Hague, Boston, London, 1999.
- M.P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Cizur Menor, 2003.
- M. DÍEZ DE VELASCO, *Las organizaciones internacionales*, 13ª ed., Madrid, 2003.
- L. DÍEZ-PICAZO, *La prescripción extintiva. En el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007.
- L. DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964.
- L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, Vol. I*, 11ª ed., Madrid, 2004.
- L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, Vol. II*, 9ª ed., Madrid, 2005.

L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*. 6ª ed., Cizur Menor, 2007.

S. DÍEZ RIAZA, «La mediación en asuntos civiles y mercantiles en nuestro ordenamiento», *RCFDCEE*, nº 83-84, págs. 97 a 117.

R. DINGWALL, «Some observations on divorce mediation in Britain and the United States», *Med. Q.*, vol. 11, 1986, págs. 5 a 23.

R.N. DOBBINS, «UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: From a topic of possible discussion to the approval by the General Assembly», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, vol. 3, 2003, págs. 529 a 538.

A. DOMÍNGUEZ LUELMO, H. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «La prescripción en los PECL y en el DCFR», *InDret*, 3/2009, págs. 1 a 29.

M.S. DONAHEY, «Current developments in online dispute resolution», *J. Int'l Arb.*, vol. 16, nº 4, 1999, págs. 115 a 130.

M.S. DONAHEY, «The UDRP model applied to online consumer transactions», *J. Int'l Arb.*, vol. 20, nº 5, 2003, págs. 475 a 491.

I.I. DORE, «Peaceful settlement of international trade disputes: Analysis of the scope of application of the UNCITRAL Conciliation Rules», *Colum. J. Transnat'l. J.*, vol. 21, 1982-1983, págs. 339 a 352.

I.I. DORE, *Arbitration and conciliation under the UNCITRAL Rules: A textual analysis*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986.

M. DOSTIE, P. NOONAN, «Uniform [International] Commercial Mediation Act», *Uniform Law Conference of Canada: Proceedings of the eighty-seventh annual meeting*, August 2005.

T.P. DRESS, «International commercial mediation and conciliation», *Loy. L. A. Int'l. & Comp. L. J.*, vol. 10, 1988, págs. 569 a 582.

G.A.L. DROZ, «Delendum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *R. Dalloz*, vol. 41, 1997, chronique, págs. 351 a 356.

H.R. DUNDAS, «Dispute resolution in the oil & gas industry: an oilman's perspective», *TDM*, vol. 3, July 2004, págs. 1 a 19.

H.T. EDWARDS, «Alternative dispute resolution: panacea or anathema?», *Harv. L. Rev.*, vol. 99, nº 3, 1986, págs. 668 a 684.

H. EIDENMÜLLER, «Establishing a legal framework for mediation in Europe: The proposal for an EC Mediation Directive», *SchiedsVZ*, 2005, nº 3, págs. 124 a 129.

M.J. EL-HAKIM, «Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats», *RIDC*, vol. 49, nº 2, 1997, págs. 347 a 357.

D.C. ELLIOT, «Med/arb: Fraught with danger or ripe with opportunity?», *Arbitration*, vol. 62, nº 3, August 1996, págs. 175 a 183.

M.J. ELVIRA BENAYAS, «El marco de la obtención de pruebas en el proceso con elemento extranjero en la nueva ley de enjuiciamiento civil», *AEDIP*, 2001, págs. 251 a 282.

- J. EPSTEIN, «The use of comparative law in commercial international arbitration and commercial mediation», *Tul. L. R.*, vol. 75, 2000, págs. 913 a 927.
- J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Madrid, 2008.
- C. ESPLUGUES, J.L. IGLESIAS, G. PALAO (eds.), *Civil and commercial mediation in Europe. National mediation rules and procedures, Vol. I*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013.
- C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012.
- F. ESTAVILLO CASTRO, «Medios alternativos de solución de controversias», *Jurídica-Anuario*, págs. 373 a 406.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA, «Irrupción del movimiento ADR (alternative dispute resolution) en las relaciones transfronterizas», *RCEA*, 2005, págs. 89 a 116.
- F. ESTEBAN DE LA ROSA, G. OROZCO PARDO (dirs.), *Mediation y arbitraje de consumo: una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, 2010.
- J.F. ETXEBARRÍA, I. ORDEÑANA (dirs.), *Significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta inmediadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, 2012.
- E.A. FARNSWORTH, *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1990.
- S. FARRÉ SALVÁ, *Gestión de conflicto: Taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona, 2004.
- S. FARRELL, «An international perspective on risk/reward contracting: comparison of U.S., Middle East and U.K. Alliances», *Offshore Europe, 5-8 September 1995*, Aberdeen, págs. 181 a 190.
- S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Best intentions: Lessons learned on international partnering and alliance contracts», *Offshore Technology conference, 3-6 May 1996*, Houston, págs. 589 a 599.
- S. FARRELL, A. RAMSAY, J. WATZKE, «Alliancing and partnering: Forming a successful alliance», *Osborne Clarke*, March 2012, págs. 1 a 4.
- B. FAUVARQUE-COSSON, «La prescription en droit international privé», *TCFDIP, Années 2002-2004*, págs. 235 a 272.
- W.L.F. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, «The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...», *L. & Soc. Rev.*, vol. 15, nº 3-4, 1980-1981, págs. 631 a 654.
- M.R. FERNANDES FONTES, «Arbitragem on-line: o sistema de resolução de disputas sobre nomes de domínio da ICANN – vícios e virtudes», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 4, ano 2, janeiro-março 2005, págs. 62 a 81.
- J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Cizur Menor, 2010.
- M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, 2010.

- F. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A-L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, 1993.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, 2011.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., 1999.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, 2011.
- F.J. FERNÁNDEZ URZAINQUI (dir.), *Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, *Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1995.
- F. FERRARI, «Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties art. 4 du règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 98, nº 3, 2009, págs. 460 a 482.
- F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law applicable to contractual obligations in Europe*, Munich, 2009.
- M.D. FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008.
- R. FISHER, W. URY, B. PATTON, S. GOLDBERG, *Getting to yes: Negotiating agreement without living in*, New York, 1981.
- O.M. FISS, «Against settlement», *Yale L. J.*, vol. 93, nº 6, 1984, págs. 1073 a 1090.
- O.M. FISS, «Out of eden», *Yale L. J.*, vol. 94, nº 7, 1985, págs. 1669 a 1673.
- P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER, *The development of welfare states in Europe and America*, New Brunswick, London, 1981.
- J. FOLBERG, «A mediation overview: History and dimensions of practice», *Med. Q.*, nº 1, 1983, págs. 3 a 13.
- J. FOLBERG, D. GOLANN, L. KLOPPENBERG, T. STIPANOWICH, *Resolving dispute: Theory, Practice and Law*, New York, 2005.
- E. FONGARO, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, París, 2004.
- A. FONT I SEGURA, «La competencia de los tribunales españoles en material de contratos internacionales», *RJC*, nº 2, 2006, págs. 79 a 112.
- J.J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos en el proceso: Aspectos de la ley aplicable*, Barcelona, 2005.
- J.J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS I FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013.
- P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, París, 1965.
- P. FOUCHARD, E. GALLIARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996.

- S. FRANCO, «Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI Clunet*, 2009, págs. 41 a 69.
- J.M. FRANK, *Law and the modern mind*, Gloucester, 1970.
- J.M. FRANK, *Courts on trial: Myth and reality in american justice*, Princeton, 1973.
- E. FRANKENSTEIN, *Internationales privatrecht (Grenzrecht)*, Berlin-Grunewald, 1926.
- P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale (l'art. 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni)*, Padova, 2006.
- P. FRANZINA (dir.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento Roma I*, Padova, 2006.
- P. FRANZINA, «Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, págs. 92 a 101.
- P. FRANZINA, «Struttura e funzionamento del foro europeo Della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Word Floor della Corte di Giustizia», *RDIPP*, nº 3, 2010, págs. 655 a 684.
- M. FREEMAN (ed.), *Alternative Dispute Resolution*, Aldershot, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1995.
- L.M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho norteamericano*, trad. VERGÉ i GRAU, Zaragoza, 1984.
- L.M. FRIEDMAN, «The Law and Society Movement», *Stan. L. R.*, vol. 38, nº 3, 1986, págs. 763 a 780, págs. 763 a 780.
- F. M. FRIEDRICH, «Regelungsgegenstände der Mediationsvereinbarung», *MDR*, 2004, nº 9, págs. 481 a 485.
- C. FUCHSHUBER, *Mediation in Zivilrecht: Neue Wege der Konfliktlösung*, Wien, 2004.
- V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, 1996.
- J.M. FUGARDO ESTIVILL, *El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal*, Madrid, 2010.
- L.L. FULLER, «The forms and limits of adjudication», *Harv. L. Rev.*, vol. 92, nº 2, 1978, págs. 353 a 409.
- E. GAILLIARD, P. PINSOLLE, «The ICC pre-arbitral referee: First practical experiences», *Arbitration Int'l.*, vol. 20, nº 1, 2004, págs. 13 a 37.
- M. GALANTER, «The day after the litigation explosion», *Md. L. Rev.*, vol. 46, nº 3, 1986, págs. 3 a 39.
- F. GALGANO, *Atlante di diritto private comparator Zanichelli*, Bolonia, 1992.

- D. GANANCIA, *La médiation familiale internationale. La diplomatie du coeur dans les enlèvements d'enfants*, París, 2007.
- F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, 2008.
- J-Y. GARAUD, C.H. DE TAFFFIN, «The ICC rules for a pre-arbitral referee procedure», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 16, nº 1, 2005, págs. 33 a 70.
- J. GARBERÍ LLOBREGAT (coord.), *Las medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Cizur Menor, 2004.
- R. GARCÍA ÁLVAREZ, «Mediación y juzgados de los social: un encuentro entre alternativas», *RPJ*, nº 94, 2012, págs. 44 a 52.
- R. GARCÍA ÁLVAREZ, «Mediación y libertad de las partes para mediar en el proceso laboral», *Diario La Ley*, nº 7806, 27 febrero 2012, págs. 1 a 13.
- R. GARCÍA ÁLVAREZ, «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto Ley 5/2012», *Diario La Ley*, nº 7828, 29 marzo 2012, págs. 1 a 5.
- L. GARCÍA GARCÍA, *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en conflictos familiares*, Madrid, 2003.
- M.A. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Mediación: pasado y presente de esta institución», *Diario La Ley*, nº 8048, 21 marzo 2013, págs. 1 a 7.
- M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977.
- I. GARCÍA PRESAS, «La disposición final 3ª de la Ley 15/2005, de 8 de julio», *RDP*, año nº 93, mes 3, 2009, págs. 57 a 80.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares: Una construcción desde el derecho de familia*, Madrid, 2006.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RGLJ*, nº 4, 2010, págs. 717 a 756.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, I. BOLAÑOS CARTUJO, *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes*, Madrid, 2007.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, 2012.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, J. TOMILLO URBINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I y Tomo II*, Madrid, 2010.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, 1993.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006.

- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, nº 6957, 30 mayo 2008, págs. 1 a 22.
- F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «The Rome I Regulation: Much ado about nothing?», *ELF*, vol. 2, 2008, págs. 61 a 80.
- F.J. GARCIMARTÍN, M.J. PRIETO JIMÉNEZ, «La supresión del *exequatur* en Europa: el Título Ejecutivo Europeo», *Diario La Ley*, nº 6151, 21 diciembre 2004, págs. 1 a 19.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, «Nuevo marco para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje internacional: la sentencia *Van Uden* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Diario La Ley*, 1999, págs. 1 a 3.
- F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, 2005.
- N. GASPERONI, «Collegamento e connessione tra negozi», *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione*, nº 1, 1955, págs. 357 a 386.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe*, París, 2010.
- M.B. GETTY, «The process of drafting the Uniform Mediation Act», *N. Ill. U. L. Rev.*, vol. 22, nº 2, págs. 157 a 164.
- R. GIL NIEVAS, «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», *AJ Aranzadi*, núm. 768/2008, págs. 1 a 8.
- H.P. GLENN, *Legal traditions of the World. Sustainable diversity in law*, 1ª ed., Oxford, 2000.
- D. GOLANN, «The changing role of evaluation in commercial ADR», *Disp. Resol. Mag.*, Fall 2007, págs. 16 a 19.
- S.B. GOLDBERG, E.D. GREEN, F.E.A. SANDER, *Dispute resolution*, Boston, Toronto, 1985.
- S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*, 3ªed., Gaithersburg, New York, 1999.
- J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ, G.H. POINTON (eds.), *ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures*, Alphen aan den Rijn, 2006.
- B. GÓMEZ CORRALIZA, *La Caducidad*, Madrid, 1990.
- M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, 2007.

- M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I», *Diario La Ley*, nº 7601, 31 marzo 2011, págs. 1 a 12.
- J.D. GONZALEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, vol. II, 5ª ed. revisada, Madrid, 1993.
- J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995.
- N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010.
- M. GONZALO QUIROGA (dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2006.
- P. GOTHOT, «Le renouveau de la tendente unilatéraliste en droit international privé», *RCDIP*, 1971, págs. 1 a 36; 209 a 243; 415 a 450.
- N. GOULD, M. ABEL, «Adjudication in UK – recent developments», *SchiedsVZ*, nº 4, 2005, págs. 190 a 195.
- R.L. GREEN, «Partnering and alliances: theory and practice», *SPE*, 1995, págs. 197 a 206.
- G. GRIFFITH, A.D. MITCHELL, «Contractual dispute resolution in international trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)», *Melb. J. Int'l. L.*, vol. 3, 2002, págs. 184 a 199.
- J. GRIFFITHS, *The general theory of litigation: a first step*, Madison, 1988.
- T.H. GROUD, *La preuve en droit international privé*, Marseille, 2000.
- F. GUTIÉRREZ PEÑA, *Notas de la usucapión, prescripción extintiva y caducidad (con apuntes sobre acciones civiles)*, Madrid, 2008.
- M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, Madrid, 2010.
- M.R. GUTIÉRREZ SANZ, «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, nº 7871, 1 junio 2012, págs. 1 a 6.
- F. HAFT, K. GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, *Handbuch Mediation*, 2ªed., München, 2009.
- L.M. HAGER, R. PRITCHARD, «Deal mediation: How ADR techniques can help achieve durable agreements», *ICSID Review*, vol. 14, nº 2, Fall 2009, págs. 1 a 15.
- J.I.M. HALMAN, B.F.M. BRAKS, «Project alliancing in the offshore industry», *Int'l. J. Project Management*, vol. 17, nº 2, April 1999, págs. 71 a 76.
- I. HANGER, «Senior executive appraisal mediation», *ADR Bull.*, vol. 3, nº 4, 2000, págs. 45 a 47.
- B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, París, Bruxelles, 1979.
- R. HARBST, V. MAHNKEN, «ICC dispute board rules: the civil law perspective», *Arbitration*, vol. 72, nº 4, November 2006, págs. 310 a 319.

- R. HARBST, V. MAHNKEN, «Adjudication und Dispute Review Boards nach den neuen ICC Regeln», *SchiedsVZ*, nº 1, 2005, págs. 34 a 41.
- C. HARRINGTON, «Alternative dispute resolution and social science», *Social Epistemology*, vol. 5, nº 1, 1991, págs. 26 a 29.
- C. HARRINGTON, «Socio-Legal concepts in mediation ideology», *Legal Studies Forum*, vol. IX, nº 1, 1985, págs. 33 a 38.
- C. HARRINGTON, S. ENGLE MERRY, «The making of community mediation», *L. & Soc. Rev.*, vol. 22, nº 4, 1998, págs. 709 a 736.
- C. HAUSMANINGER, «The ICC rules for a pre-arbitral referee procedure: a step towards solving the problem of provisional relief in international commercial arbitration?», *ICSID Review*, vol. 7, nº 1, Spring 1992, págs. 82 a 113.
- P. HAY, *Conflict of Laws*, 2º ed., St. Paul, Minnessotta, 1994.
- G.Z. HAZARD, M. TARUFFO, *La justicia civil en los Estados Unidos*, Cizur Menor, 2006.
- J.F. HENRY, J.K. LIEBERMAN, *The manager's guide to resolving legal disputes*, New York, 1985.
- D.R. HENSLER, «Our courts, ourselves: How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system», *Penn St. L. Rev.*, vol. 108, nº 1, 2003, págs. 165 a 197.
- I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *REDE*, nº 9, 2004, págs. 55 a 84.
- I. HEREDIA CERVANTES (ed.), *Medios alternativos de solución de controversias*, Madrid, 2008.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, Granada, 1999.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La tutela cautelar en el Derecho internacional privado español. Especial referencia al art. 24 CBr», *RPJ*, nº 59, 2000, págs. 73 a 124.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I», *CDT*, 2011, vol. 3, nº 1, págs. 302 a 315.
- C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Bolonia, 2005.
- J.F. HERRERO PEREZAGUA, «Escritura y acuerdo de mediación: el título ejecutivo», *Aranzadi Doct.*, núm. 4/2012, págs. 1 a 17.
- B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I-Regulation (EC) N° 44/2001*, München, 2008.
- P. HIBBERD, P. NEWMAN, *ADR and adjudication in construction disputes*, Oxford, London, Edinburgh, 1999.
- R. HILL, «Non-adversarial mediation», *J. Int'l. Arb.*, vol. 12, nº 4, 1995, págs. 135 a 143.

- R. HILL, «Med-arb: New coke or swatch?», *Arbitration Int'l.*, vol. 13, n° 1, 1997, págs. 105 a 109.
- R. HILL, «The theoretical basis of mediation and other forms of ADR: Why they work», *Arbitration Int'l.*, vol. 14, n° 2, 1998, págs. 173 a 184.
- R. HILL, «On-line arbitration: issues and solutions», *Arbitration Int'l.*, vol. 15, n° 2, 1999, págs. 199 a 207.
- A.H. HODDINOTT, «Alternative resolution of international disputes –Practical observations on a “minitrial”», *Arbitration Int'l.*, vol. 3, n° 2, 1987, págs. 173 a 183.
- O.W. HOLMES, «The path of the Law», *Harv. L. Rev.*, vol. 10, n° 8, 1897, págs. 457 a 478.
- H. HOLTZMANN, «Recent work on dispute resolution by the United Nations Commission on International Trade Law», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, Spring 1999, págs. 425 a 431.
- K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Tübingen, 2008.
- K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation. Principles and regulation in comparative perspective*, Oxford, 2013.
- J. HÖRNLE, *Cross-border internet dispute resolution*, Cambridge, 2009.
- S.K. HUBER, E.W. TRACHTE-HUBER, «International ADR in the 1990's: The top ten developments», *Hous. Bus. & Tax L. J.*, vol. 1, 2001, págs. 184 a 223.
- A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, 1965.
- T. HUNTER-SCHULZ, L. BOULLE, «Alleging mistake after mediation», *ADR Bull.*, vol. 8, n° 7, 2006, págs. 135 y 136.
- A. HUTNER, *Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Tübingen, 2005.
- A. HUTNER, «Die Mediationsvereinbarung –Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung», *SchiedsVZ*, 2003, n° 5, págs. 226 a 232.
- A. INGEN-HOUSZ (ed.), *ADR in Business: practice and issues across countries and cultures, Vol. II*, Alphen aan den Rijn, 2011.
- R. JACOBS, «Should mediation trigger arbitration in multi-step alternative dispute resolution clases», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 15, 2004, págs. 161 a 180.
- J-M. JACQUET, «La Loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale», *Rev. Arb.*, n° 1, 2004, págs. 63 a 75.
- J.-M. JACQUET, «Note a Sents. Cour Cass. France, 23 janvier 2007, 27 mars 2007, 14 novembre 2007, 5 mars 2008», *JDI Clunet*, 2008, págs. 521 a 531.
- R. JAMES, M. SENEVIRATNE, «The building societies ombudsman scheme», *Civ. Just. Q.*, vol. 11, 1992, págs. 157 a 174.
- C. JARROSSON, «Cour de Cassation (Chambre mixte), 14 février 2003, Poiré c/ Tripier, Cour d'appel de Paris, 23 mai 2001, SCM Port-Royal c/ Pebay et Samper», *Rev. Arb.*, 2003, n° 2, págs. 403 a 416.

- C. JARROSSON, «Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale», *RIDC*, n° 2, 1997, págs. 274 a 282.
- C. JARROSSON, «Observations on *Poiré v. Tripier*», *Arbitration Int'l.*, vol. 19, n° 3, 2003, págs. 363 a 369.
- C. JARROSSON, «Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales», *RCDIP*, vol. 86, n° 4, 1997, págs. 657 a 683.
- R. JEFFERIES, «Alternative dispute resolution in the ombudsman», *Arbitration*, vol. 62, n° 1, February 1996, págs. 67 a 69.
- J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International construction arbitration law*, Alphen aan den Rijn, 2006.
- D. JIMÉNEZ-FIGUERES, «Multi-tiered dispute resolution clauses in ICC arbitration», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 14, n° 1, Spring 2003, págs. 71 a 88.
- D. JIMÉNEZ FIGUERES, «Amicable means to resolve disputes: How the ICC ADR Rules Work», *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, n° 1, 2004, págs. 91 a 101.
- D.P. JOHNSON, «“Partnering” in government contracts: the ultimate in dispute resolution», *World Arb. e Med. Rep.*, November 1990, págs. 141 a 143.
- A. JOLLES, «Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement», *Arbitration*, vol. 72, n° 4, 2006, págs. 329 a 338.
- D. JONES, «Is expert determination a “final and binding” alternative?», *Arbitration*, vol. 63, n° 3, August 1997, págs. 213 a 226.
- D. JONES, «Expert determination and arbitration», *Arbitration*, vol. 67, n° 1, February 2001, págs. 17 a 29.
- D. JONES, «Dealing with multi-tiered dispute resolution process», *Arbitration*, vol. 75, n° 2, May 2009, págs. 188 a 198.
- J.B. JORDANO BAREA, «Contratos mixtos y unión de contratos (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1950)», *ADC*, 1951, págs. 321 a 339.
- D. JOSEPH, *Jurisdiction an arbitration agreements and their enforcement*, London, 2010.
- S. KALLEL, «Online Arbitration», *J. Int'l. Arb.*, vol. 25, n° 3, 2008, págs. 345 a 353.
- F. KALLMANN, «L'effet sur la prescription liberatoire des actes judiciaires intervenis en pays étranger», *RCDIP*, 1948, págs. 1 a 39.
- E. KATSH, J. RIFKIN, *Online dispute resolution: Resolving conflicts in cyberspace*, San Francisco, 2001.
- L.C. KATZ, «Keep it simple: developing the legal lessons for more effective mediation enforcement», *Alternatives*, vol. 26, n° 11, December 2008, págs. 206 a 209.
- G. KAUFMANN-KOHLER, F. KUN, «Integrating mediation into arbitration: why it Works in China», *J. Int'l Arb.*, vol. 25, n° 4, 2008, págs. 479 a 492.
- G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*, The Hague, 2004.

- D. KAYALI, «Enforceability of multi-tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 27, n° 6, 2010, págs. 551 a 577.
- J. KENDALL, C. FREEDMAN, J. FARRELL, *Expert determination*, 4^a ed., London, 2008.
- H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), navire stable aux instruments efficaces de navigatio?», *JDI Clunet*, 2009, págs. 3 a 39.
- S. KHALID RASHID, «Integrating “equity” and “mediation” into international commercial arbitration to make it more economical and just», *ADR Bull.*, vol. 9, n° 9, 2007, págs. 166 a 171.
- A-C. KISS, «Les Actes du Comité des Ministres du Conseil de L'Europe», *Ann. Fr. Dr. Int.*, vol. 6, n° 1, 1960, págs. 755 a 773.
- C. KOCH, «ICC's new dispute board rules», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 15, n° 2, 2004, págs. 10 a 37.
- C. KOCH, «Novo regulamento da CCI relativo aos *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 6, ano 2, julio-setembro 2005, págs. 143 a 175.
- R.H. KREINDLER, «Settlement agreements and arbitration in the context of the ICC Rules», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 9, n° 2, November 1998, págs. 22 a 31.
- X. LAGARDE, «L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation», *Rev. Arb.*, n° 3, 2000, págs. 377 a 401.
- X. LAGARDE, «Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation», *Rev. C.*, 2003, págs. 189 a 196.
- P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, vol. 95, n° 2, 2006, págs. 331 a 360.
- P. LAGARDE, A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 97, n° 4, 2008, págs. 727 a 780.
- P.A. LALIVE, «Problèmes relatifs a l'arbitrage international commercial», *RCADI*, vol. 120, 1967, págs. 569 a 725.
- D.M. LAMBERT, A.M. KNEMEYER, «We're in this together», *Harv. Bus. Rev.*, December 2004, págs. 114 a 122.
- T.D. LAMBROS, «The summary trial: an effective aid to settlement», *Judicature*, vol. 77, n° 1, 1993, págs. 286 a 290.
- O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague, 2003.
- O. LANDO, P.A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CML Rev.*, vol. 45, n° 6, 2008, págs. 1687 a 1725.
- R. LAPIEDRA ALCANÍ, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Valencia, 2008.

F.R. LARA PAYÁN, «Aplicación práctica de la Ley 5/2012, de Mediación», *Diario La Ley*, nº 8067, 22 abril 2013, págs. 1 a 5.

P. LASTENOUSE, «Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine», *Rev. Arb.*, nº 1, 2001, págs. 95 a 110.

C. LÉCUYER-THIEFFRY, «First court ruling on the ICC Pre-arbitral referee procedure», *J. Int'l. Arb.*, vol. 20, nº 6, 2003, págs. 599 a 607.

S. LEIBLE, «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales», *CDT*, vol. 3, nº 1, 2011, págs. 214 a 233.

J. LEIBY, *A history of social welfare and social work in the United States*, New York, 1978.

J.K. LEMLEY, «The mini-trial procedure in claims settlement disputes», *Arbitration*, vol. 56, nº 3, August 1990, págs. 183 a 187.

S. LEONARD, K. DHARMANANDA, «Peace talks before war: The enforcement of clauses for dispute resolution before arbitration», *J. Int'l. Arb.*, vol. 23, nº 4, 2006, págs. 301 a 315.

W.E. LEUCHTENBURG, *Franklin D. Roosevelt and the New Deal: 1932-1940*, New York, Hagerstown, San Francisco, London, 1963.

W.E. LEUCHTENBURG, *The Supreme Court reborn. The constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York, Oxford, 1995.

A.L. LEVIN, R.R. WHEELER, *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*, Minnesota, 1979.

J.K. LIEBERMAN, J.F. HENRY, «Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, págs. 424 a 439.

G. LIGHTMAN, «International commercial mediation», www.gemme.eu, págs. 1 y 2.

K.N. LLEWELLYN, «A realist jurisprudence – The next step», *Harv. L. Rev.*, vol. 30, nº 4, 1930, págs. 431 a 465.

K.N. LLEWELLYN, «Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound», *Harv. L. Rev.*, vol. 44, nº 8, 1931, págs. 1222 a 1264.

J.M. LLOPIS GINER (coord.), *Estudios sobre la Ley Valenciana de mediación familiar*, Valencia, 2003.

K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983.

A.R. LOODER, G.A.W. VREESWIJK, «Online arbitration services at a turning point», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Using Technology to Resolve Business Disputes- Special Supplement 2004*, págs. 35 a 42.

E. LÓPEZ BARBA, «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *RADP*, nº 30, 2013, págs. 237 a 253.

A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.

M LÓPEZ JARA, «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Diario La Ley*, nº 7857, 14 mayo 2012, págs. 1 a 12.

- A. LÓPEZ ORTIZ, «Arbitration and IT», *Arbitration Int'l.*, vol. 21, nº 3, 2005, págs. 343 a 360.
- R. LÓPEZ SAN LUIS (ed.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Granada, 2011.
- A.M. LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje con formularios y jurisprudencia*, Madrid, 1991.
- A.M. LORCA NAVARRETE, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo*, San Sebastián, 2012.
- G. LÖRCHER, «Enforceability of agreed awards in foreign jurisdictions», *Arbitration Int'l.*, vol. 17, nº 3, 2001, págs. 275 a 283.
- A.F. LOWENFELD, *Conflict of laws*, 2ª ed., New York, 1998.
- C.C. MACDONALD, «What are the important differences between partnering and Alliance procurement models and why are the terms so seldom confused?», http://cms.3rdgen.info/3rdgen_sites/107/resource/MacDonald-AIPMOct05.pdf, págs. 1 a 8.
- K. MACKIE, «The future for ADR Clauses after *Cable & Wireless v. IBM*», *Arbitration Int'l.*, vol. 19, nº 3, 2003, págs. 345 a 362.
- K. MACKIE, D. MILES, W. MARSH, T. ALLEN, *The ADR practice guide: commercial dispute resolution*, 2ª ed., London, Dublin, Edinburgh, 2000.
- R. MAGNUS, «Der Schutz der Vertraulichkeit bei grenzüberschreitender Anwaltstätigkeit», *RabelsZ*, vol. 77, 2013, págs. 111 a 130.
- U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., Munich, 2012.
- V. MAGRO SERVET, «Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial», *Diario La Ley*, nº 7892, 2 julio 2012, págs. 1 a 8.
- V. MAGRO SERVET, «Afectación al proceso civil del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *PT*, nº 93, págs. 1 a 5.
- P. MALINVAUD, «Réflexions sur le *dispute adjudication board*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 5, ano 2, julio-setembro 2005, págs. 101 a 115.
- N. MALLANDRICH MIRET, *Medidas cautelares y arbitraje*, Barcelona, 2010.
- K. MANLEY, «Partnering and alliancing on road projects in Australia and internationally», *Road & Transport R. J.*, vol. 11, nº 3, 2002, págs. 46 a 60.
- A. MARÍN LÓPEZ, «La transacción judicial en Derecho internacional privado», *Justicia*, nº 1, 1999, págs. 103 a 140.
- M. MARTIN, *Legal Realism american and scandinavian*, New York, Washington D.C., Bern, Frankfurt am Main, Berlin, Vienna, París, 1997.
- J.L. MARTÍN AMAYA, *Mediación y recuperación de deudas en Derecho español. (Adaptado a la Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantiles de 6 de julio de 2012)*, Sevilla, 2012.

- M. MARTÍN CASALS, «Divorce mediation in Europe: An introductory outline», *ECJL*, vol. 9.2, July 2005, págs. 1 a 24.
- F. MARTÍN DIZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, 2010.
- J. MARTÍN PASTOR, «Efectos de la Ley 5/2012 sobre la ejecución forzosa», *Práctica de los Tribunales*, nº 98, noviembre-diciembre 2012, págs. 1 a 8.
- L. MARTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Madrid, 1991.
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Algunas consideraciones respecto de los artículos 5.1 y 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», *Diario La Ley*, 1997, Ref. D-145, tomo 3, págs. 1 a 9.
- P. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *RCADI*, vol. 217, 1989, págs. 319 a 454.
- J.M. McCABE, «Uniformity in ADR: Thoughts on the Uniform Arbitration Act and Uniform Mediation Act», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, nº 3, 2002-2003, págs. 317 a 322.
- M. McILWRATH, R. CALABRESI, «“Just winning” is not a business goal: an approach to selling managers on the concept of mediation in international commercial disputes», *TDM*, vol. 1, February 2007, págs. 1 a 7.
- M. McILWRATH, J. SAVAGE, *International arbitration and mediation. A practical guide*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2010.
- R.H. McLAREN, J.P. SANDERSON, *Innovate dispute resolution: the alternative*, Toronto, 1994.
- J.T. McLAUGHLIN, K.M. SCANLON, «A master's checklist for drafting international agreements that use alternative dispute resolution», *Alternatives*, vol. 22, nº 4, October 2004, págs. 154 a 156.
- J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of international contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, Oxford, New York, 2004.
- C. MENKEL-MEADOW, «Ethics and professionalism in non-adversarial lawyering», *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 27, Fall 1999, págs. 153 a 188.
- C. MENKEL-MEADOW, «The lawyer as problem solver and third party neutral: creativity and non-partisanship in lawyering», *Temple L. Rev.*, vol. 72, nº 4, 1999, págs. 785 a 809.
- C. MENKEL-MEADOW (ed.), *Mediation: Theory, policy and practice*, Aldershot, Burlington USA, Singapore, Sydney, 2001.
- C. MENKEL-MEADOW, *Dispute processing and conflict resolution*, Ashgate Dartmouth, 2003.
- C. MENKEL-MEADOW, «Taking Law and__really seriously: Before, during and after “The Law”», *Vand. L. Rev.*, vol. 60, nº 2, 2007, págs. 555 a 595.
- J.F. MERINO MERCHAN, J.M. CHILLON MEDINA, «La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje», *RCEA*, 1988-1989, págs. 235 a 244.

J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, «Consideraciones sobre la normativa española de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *AC*, nº 21-22 Diciembre 2012, págs. 2083 a 2097.

C.MIDDLETON-SMITH, E. MOORE, «Assisted deal making», *Mediation committee newsletter*, July 2007, págs. 16 y 17.

A. MONTALBÁN AVILÉS (dir.), *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, nº 18, 2004.

C.W. MOORE, *El proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, 1995.

V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho procesal*, 4ª ed., Madrid, 2003.

G. MORENO CORDERO, «La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (especial referencia a la mediación de consumo en el ordenamiento español)», *RCEA*, 2009, págs. 87 a 117.

C. MORVIDUCCI, «Prova», *Enc. Dir.*, vol. 37, Milán, 1989.

H. MOTULSKY, *Écrits II. Études et notes sur l'arbitrage*, París, 1974.

S. MUÑOZ MACHADO, J.L. GARCÍA DELGADO, L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del bienestar: Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, 2002.

F.S. NARIMAN, «Mediation and the arbitrators», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Arbitration in the next decade – special supplement 1999*, págs. 43 a 47.

M. NAVARRO, «Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: un nuevo horizonte para la solución pactada de controversias privadas», *Diario La Ley*, nº 7866, 25 mayo 2012, págs. 1 a 4.

I. NDEKUGRI, «Computer-aided resolution of construction contract claims and disputes», *Arbitration*, vol. 62, nº 1, February 1996, págs. 57 a 66.

P. NEWMAN, «Mediation-arbitration (MedArb) Can it work legally?», *Arbitration*, vol. 60, nº 3, August 1994, págs. 174 a 176.

P. NEWMAN, «Partnering, with particular reference to construction», *Arbitration*, vol. 66, nº 1, February 2000, págs. 39 a 45.

C. NEWMARK, R. HILL, «Can a mediated settlement become an enforceable arbitration award?», *Arbitration Int'l.*, vol. 16, nº 1, 2000, págs. 81 a 87.

M.L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, París, 1986.

B. NIEMEIJER, M. PEL, «Court-based mediation in The Netherlands: research, evaluation and future expectations», *Penn St. L. Rev.*, nº 110, 2005-2006, págs. 101 a 136.

J. NIEVA FENOLL, «Art. 22. Modo de plantear y resolver las excepciones y atisbo de jurisdicción sobrevenida por silencio del demandado», *Anuario Justicia Alternativa, Derecho arbitral, Especial Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 5, 2004, págs. 65 a 84.

- J.M. NOLAN-HALEY, *Alternative dispute resolution in a nutshell*, St. Paul, Minnesota, 1992.
- J.M. NOLAN-HALEY, H. ABRAMSON, P.K. CHEW, *International conflict resolution: consensual ADR processes*, Minnesota, 2005.
- I. NURMELA, «Sanctity of dispute resolution clauses: strategic coherence of the brussels system», *J. Pr. I. L.*, vol. 1, nº 1, págs. 115 a 149.
- A. NUSSBAUM, *Grundzüge des internationalen privatrechts*, Manchen, Berlin, 1952.
- J. O'BRIEN, *Conflict of Laws*, 2º ed., London, Sydney, 1999.
- H. OGHIGIAN, «On arbitrators acting as mediators», *Arbitration*, vol. 68, nº 1, February 2002, págs. 42 a 45.
- H. OGHIGIAN, «The mediation/arbitration hybrid», *J. Int'l. Arb.*, vol. 20, nº 1, 2003, págs. 75 a 80.
- E. ONYEMA; «The use of med-arb in international commercial dispute resolution», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 12, nº 3-4, 2001, págs. 411 a 423.
- B. OPPETIT, «Arbitrage, médiation et conciliation», *Rev. Arb.*, 1984, págs. 307 a 324.
- B. OPPETIT, «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique», *Justices*, vol. 1, 1995, págs. 53 a 59.
- D. ORDÓÑEZ SOLIS, «La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia», *Diario La Ley*, nº 7165, 30 abril 2009, págs. 1 a 13.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «The law applicable to international mediation contracts», *InDret*, nº 1, 2011, págs. 1 a 16.
- J.C. ORTIZ, «La nueva Directiva europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo», *RGDP*, nº 15, mayo 2008, págs. 1 a 8.
- J.P. ORTUÑO MUÑOZ, «Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I). El libro verde de la UE», *Iuris*, nº 77, 2003, págs. 42 a 47.
- J.P. ORTUÑO MUÑOZ, «A propósito del ámbito de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Aranzadi Civ.*, núm. 20/2008, págs. 1 a 4.
- P. ORTUÑO MUÑOZ, «Preguntas con respuesta: la mediación y el arbitraje a consulta», *Diario La Ley*, nº 8067, 22 abril 2013, págs. 1 a 5.
- J.P. ORTUÑO, J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Laboratorio de alternativas*, Documento de trabajo 110/2007, págs. 1 a 96.
- T. OYRE, «Civil procedure rules and the use of mediation/ADR», *Arbitration*, vol. 70, nº 1, February 2004, págs. 19 a 27.
- G. PALAO MORENO, «Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012», *Diario La Ley*, nº 7847, 27 abril 2012, págs. 1 a 4.

- E. PALMER, E. LOPEZ, «The use of multi-tiered dispute resolution clauses in Latin America: questions of enforceability», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 14, 2003, págs. 285 a 294.
- M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision making*, London, Edinburgh, Dublín, 1998.
- V. PARDO IRANZO, «Y ante el incumplimiento del acuerdo de mediación ¿qué normas aplicamos?», *AJ Aranzadi*, núm. 856/2013, págs. 1 a 3.
- J.I. PAREDES PÉREZ, «Algunas consideraciones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario», *REDI*, vol. LVIII, 2006, nº 1, págs. 319 a 330.
- M.V.B. PARTRIDGE, *Alternative dispute resolution: an essential competency for lawyers*, Nueva York, 2009.
- J.A. PASTOR RIDRUEJO, «Sesenta años del Consejo de Europa», *RDCE*, nº 33, mayo/agosto 2009, págs. 441 a 449.
- C.C. PAUL, S. KAESLER, «Mediation within the framework of a German-English child abduction», *ADR Bulletin*, vol. 9, nº 5, 2007, págs. 82 a 86.
- C.C. PAUL, J. WALKER, «A case for mediation: Family mediation in international child custody conflicts», *World Arb. & Med. Rev.*, vol. 1, nº 4, 2007, págs. 589 a 594.
- C.C. PAUL, J. WALKER, «Family mediation in international child custody conflicts: The role of the consulting attorneys», *Am. J. Fam. L.*, vol. 22, nº 1, Spring 2008, págs. 42 a 45.
- E. PEDRAZ PENALVA (dir.), *Arbitraje, mediación y conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995.
- F.J. PELÁEZ, *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, 1987.
- S.R. PEPPET, «Contract formation in imperfect markets: should we use mediators in deals?», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 19, nº 2, 2004., págs. 283 a 367.
- V. PÉREZ DAUDÍ, «La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil», *RDM*, núm. 283, 2012, págs. 231 a 270.
- V. PÉREZ DAUDÍ, «La mediación y las medidas cautelares», *InDret*, 3/2012, págs. 1 a 16.
- R. PÉREZ GURREA, «La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo», *Diario La Ley*, nº 7878, 12 junio 2012, págs. 1 a 7.
- J.A. PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, 1996.
- R. PÉREZ MARTELL, *Mediación civil y mercantil en la Administración de justicia*, Valencia, 2008.
- M.C. PÉREZ-SALAZAR RESANO, J.C. RÍOS MARTÍN (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, nº 136, 2007.
- J.T. PETER, «Med-arb in international arbitration», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 8, nº 1, 1997, págs. 83 a 116.

- J.T. PETER, «Med-arb in international arbitration», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 4, ano 2, janeiro-março 2005, págs. 155 a 197.
- M. PHILONENKO, (traducción M. Luban), «Prescripción extintiva en Derecho internacional privado», *Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, págs. 53 a 95.
- M. PHILIPPE, «NetCase: a new ICC arbitration facility», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Using Technology to Resolve Business Disputes- Special Supplement 2004*, págs. 53 a 58.
- M. PHILIPPE, «New Upgrades to ICC NetCase», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 19, nº 1, 2008, págs. 23 a 32.
- D.W. PLANT, «Mediation in international commercial arbitration: some practical aspects», *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, vol. 4, 1998, págs. 329 a 336.
- R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European private international Law of obligations*, 3ª ed., London, 2009.
- R.A. POSNER, «The summary jury trial and other methods of alternative dispute resolution: some cautionary observations», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, 1986, págs. 366 a 393.
- R. POUND, «Law in books and Law in action», *ALR*, vol. 44, 1910, págs. 12 a 36.
- R. POUND, «The call for a realist jurisprudence», *Harv. L. Rev.*, vol. 44, nº 5, 1931, págs. 697 a 711.
- M. PRYLES, «Multi-Tiered dispute resolution clauses», *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 2, 2001, págs. 159 a 176.
- E.M. PUERTA DOMÍNGUEZ, *La directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*, Granada, 1999.
- J. PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona 1988.
- R. QUADRI, *Lezioni di Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Napoli, 1961.
- R. QUICK, «Introduction to alliancing and relationship contracting», *QLS/BAQ Symposium 2002*, págs. 1 a 12.
- P.M. QUINN, «Why an ombudsman?», *Arbitration*, vol. 65, nº 1, February 1999, págs. 66 a 71.
- F. RAMOS MÉNDEZ, «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial», *Justicia*, nº IV, 1994, págs. 807 a 822.
- F. RAMOS ROMEU, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2006.
- J. RE, «La Corte di giustizia e l'art. 4 della Convenzione di Roma: Il caso ICF», *RDIPP*, 2010, vol. 46, nº 2, págs. 407 a 436.
- J.L. REICHERT, «Bar organizations urge uniformity in mediation Law», *Trial*, nº 35, 1999, págs. 104 y 105.
- L.C. RIEF, «Conciliation as a mechanism for the resolution of international economic and business disputes», *Fordham Int'l. L. J.*, vol. 14, 1990-1991, págs. 578 a 638.

- L.C. REIF, «The use of conciliation or mediation for the resolution of international commercial disputes», *Can. Bus. L. J.*, vol. 45, 2007, págs. 20 a 48.
- C. REITHMAN, D. MARTINY (dirs.), *Internationales Vertragsrecht*, Köln, 2010.
- C.B. RENFREW, «Into the 21st Century», *CPR Institute for Dispute Resolution: Alternatives*, págs. 7 y 8.
- M. REQUEJO ISIDRO, «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», *RCEA*, 1995, págs. 43 a 87.
- J. RESNIK, «Failing faith: adjudicatory procedure in decline», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, nº 2, 1986, págs. 494 a 560.
- A. RIPOLL-MILLET, *Familias, trabajo social y mediación*, Barcelona, 2001.
- G.A. RITTER, *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, trad. J. ABELLÁN, Madrid, 1991.
- M. ROBERTS, «Family mediation: The development of the regulatory framework in the United Kingdom», *Confl. Resol. Q.*, vol. 22, nº 4, 2005, págs. 509 a 526.
- P. ROBLES LATORRE, «Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RDP*, noviembre-diciembre 2008, págs. 97 a 108.
- R.M. ROCA SASTRE, J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado, Vol. I. Obligaciones y contratos*, Cizur Menor, 2009.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010.
- A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994.
- S. RODRÍGUEZ LLAMAS, «La Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», *RADP*, nº 25, 2010, págs. 153 a 165.
- M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Madrid, 2005.
- S. ROE, J. JENKINS, *Partnering and alliancing in construction projects*, London, 2003.
- J. ROSOFF, «Hybrid efficiency in arbitration: waiving potential conflicts for dual role arbitrators in med-arb and arb-med proceedings», *J. Int'l Arb.*, vol. 26, nº 1, 2009, págs. 89 a 100.
- M. RUBINO-SAMMARTANO, «The view from abroad on a parade of choices: Alternative processes to the “traditional” alternative, arbitration», *Alternatives*, vol. 27, nº 5, May 2009, págs. 83 a 85.
- E. RUBIO TORRANO, «Resolución por vía informática de controversias surgidas en operaciones transfronterizas de comercio electrónico», *Aranzadi Civ.-Merc.*, núm. 5/2012, págs. 25 a 29.
- M.J. RUIZ MARÍN (dir.), *Mediación y protección de menores en Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, nº 5, 2005.
- C. RULE, *Online Dispute Resolution for Business*, San Francisco, 2002.

- C. RULE, V. ROGERS, L. DEL DUCA, «Designing a global consumer online dispute resolution (ODR) System for cross-border small value-high volume claims- OAS Developments», *UCCLJ*, vol. 42, nº 3, 2010, págs. 221 a 264.
- I. SÁEZ HIDALGO, A. DORREGO DE CARLOS (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Valladolid, 2013.
- R. SÁEZ VALCÁRCCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dirs.), *Estudios de Derecho Judicial: Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, nº 111, 2006.
- J.W. SALACUSE, «Alter the contract, what? Negotiating to work successfully with a foreign partner», *Can. Int'l. Lawyer*, vol. 2, nº 4, 1997, págs. 195 a 200.
- C. SAMSON, J. McBRIDE (dirs.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Sainte-Foy, 1993.
- V.M. SÁNCHEZ (dir.) *Derecho de la Unión Europea*, Barcelona, 2010.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *REDI*, vol. LXI, nº 1, 2009, págs. 39 a 74.
- P. SÁNCHEZ MARTÍN, «Incidencia de la mediación en el proceso civil», *Práctica de Tribunales*, nº 98, noviembre-diciembre 2012, págs. 1 a 16.
- F.E.A. SANDER, «Family mediation: Problems and prospects», *Med. Q.*, vol. 2, 1983, págs. 3 a 12.
- F.E.A. SANDER, «Alternative methods of dispute resolution: an overview», *U. Fla. L. Rev.*, vol. 37, nº 1, 1985, págs. 1 a 18.
- F.E.A. SANDER, L. ROZDEICZER, «Matching cases and dispute resolution procedures: Detailed analysis leading to a mediation-centered approach», *Harv. Negotiation L. Rev.*, vol. 11, nº 1, 2006, págs. 1 a 42.
- P. SANDERS, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague, 2001.
- P. SANDERS, *The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation*, The Hague, London, New York, 2004.
- P. SANDERS, «UNCITRAL's Model Law on International Commercial Conciliation», *Arbitration Int'l.*, vol. 23, nº 1, 2007, págs. 105 a 142.
- O. SANDROCK, «The choice between forum selection, mediation and arbitration clauses: european perspectives», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. XX, 2009, págs. 7 a 41.
- E. SANJUÁN Y MUÑOZ, «El título ejecutivo europeo», *Diario La Ley*, nº 6082, 9 septiembre 2004, nº 6083, 10 septiembre 2004, págs. 1 a 31.
- J.T. SANT, «How contract clauses can ensure ADR», *Alternatives*, vol. 15, nº 10, November 1997, págs. 146, 147 y 152.
- A.A. SANTENS, «Expert determination clauses in contracts providing for international arbitration», *Arbitration Int'l.*, vol. 23, nº 4, 2007, págs. 687 a 697.
- A. SARAT, M. CONSTABLE, D. ENGEL, V. HANS, S. LAWRENCE, *Crossing boundaries: Traditions and transformations in Law and Society research*, Illinois, 1998.

- T. SAWADA, «Hybrid arb-med: will west and east never meet?», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 14, n° 2, 2003, págs. 29 a 36.
- K.M. SCANLON, H.K. MANN, «A guide to multistep dispute resolution clauses», *Alternatives*, n° 12, September 2002, págs. 1 a 4.
- E. SCHÄFER, «IT in arbitration: the work of the ICC task force», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull., Using Technology to Resolve Business Disputes- Special Supplement 2004*, págs. 59 a 62.
- G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.
- A.J. SCHMITZ, «Confronting ADR agreements' contract/no-contract conundrum with good faith», *DePaul L. Rev.*, vol. 56, 2006, págs. 55 a 106.
- A. SCHNEEBALG, E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, París, 2003.
- M.E. SCHNEIDER, C. KUNER, «Dispute resolution in international electronic commerce», *J. Int'l. Arb.*, vol. 14, n° 3, 1997, págs. 5 a 37.
- M. SCHOLTEN, «La situation actuelle de la médiation judiciaire aux Pays-Bas», *Petites affiches*, 9 decembre 2005, n° 245, págs. 15 y 16.
- J. SEKOLEC, M. GETTY, «The UMA and the UNCITRAL Model Law: An emerging consensus on mediation and conciliation», *J. Disp. Resol.*, vol. 9, 2003, págs. 175 a 196.
- M. SENEVIRATNE, R. JAMES, C. GRAHAM, «The banks, the ombudsman and complaints procedures», *Civ. Just. Q.*, vol. 13, 1994, págs. 253 a 269.
- P. SENOFONTE, «In tema di negozi collegati», *Dir. Giur.*, 1960, págs. 272 a 279.
- C.R. SEPPÄLÄ, «The arbitration clause in FIDIC contracts for major works», *ICLR*, vol. 22, Part.1, January 2005, págs. 4 a 15.
- E. SERVERIN, «La médiateur civil et le service public de la justice», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, Avril-Juin 2003, págs. 229 a 246.
- A. SESSLER, C. LEIMERT, «The role of expert determination in mergers and acquisitions under German Law», *Arbitration Int'l.*, vol. 20, n° 2, 2004, págs. 151 a 165.
- L.R. SINGER, *Settling disputes: conflict resolution in business, families and the legal system*, San Francisco, London, 1990.
- H. SITKOFF (ed.), *Fifty Years Later: The New Deal evaluated*, Philadelphia, 1985.
- W.K. SLATE II, S.H. LIEBERMAN, J.R. WEINER, M. MICANOVIC, «UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law): Its workings in international arbitration and a new model conciliation law», *Cardozo J. Conflict Resol.*, vol. 6, 2004, págs. 73 a 106.
- B. SLUYTERS, «Evidence in the conflict of law. A comparative study of American and Dutch Law», *NILR*, vol. 13, n° 4, págs. 374 a 403.
- H. SMIT, «Provisional relief in international arbitration: the ICC and other proposed rules», *Am. Rev. Int'l. Arb.*, vol. 1, n° 3, 1990, págs. 388 a 410.
- R.A. SMITH, «The Taft-Harley Act and state jurisdiction over labor relations», *Mich. L. Rev.*, vol. 46, n° 5, March 1948, págs. 593 a 624.

- J.I. SOLAR CAYÓN, *Política y Derecho en la era del New Deal. Del Formalismo al Pragmatismo Político*, Madrid, 2002.
- J.I. SOLAR CAYÓN, *El Realismo Jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, 2004.
- L.A. SOLER PASCUAL, «La ejecución del acuerdo de mediación. La elevación a escritura pública. Problemática», *Práctica de Tribunales*, nº 98, noviembre-diciembre 2012, págs. 1 a 10.
- H. SOLETO MUÑOZ, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Madrid, 2011.
- H. SOLETO MUÑOZ, «La nueva normativa estatal sobre mediación civil y mercantil y el proceso civil», *Diario La Ley*, nº 7834, 10 abril 2012, págs. 1 a 5.
- H. SOLETO MUÑOZ, M. OTERO PARGA (coords.), *Mediación y solución de conflictos*, Madrid, 2007.
- E. SOUTO GALVÁN (dir.), *La mediación: un instrumento de conciliación*, Madrid, 2010.
- B.L. STEELE, «Enforcing international commercial mediation agreements as arbitral awards under The New York Convention», *UCLA L. Rev.*, vol. 54, 2007, págs. 1385 a 1412.
- C. STRECKER, «La médiation civile et commerciale en Allemagne», *Petites Adffiches: Médiation et conciliation dans différents systems judiciaries européens*, Grenoble, 2 Juin 2005, nº 245, diciembre 2005, pág. 14.
- A. STRIMLING, «The federal mediation and conciliation service: A partner in international conflict prevention», *Pepp. Disp. Resol. L. J.*, 2002, págs. 417 a 443.
- E. SUSSMAN, «The New York Convention through a mediation prism», *Disp. Resol. Mag.*, vol. 15, 2009, págs. 10 a 13.
- D.S. SUTTON, «Alternative Dispute Resolution the “Mini Trial”», *Arbitration*, vol. 54, nº 2, May 1988, págs. 139 a 142.
- S.C. SYMEONIDES (ed.), *Private Internacional Law at the end of the 20th century: Progress or regress?*, London, Boston, The Hague, 2000.
- S.C. SYMEONIDES, W. COLLINS PERDUE, A.T. VON MEHREN, *Conflict of Laws: American, comparative international*, St. Paul, Minnessotta, 1998.
- P. TALBOT, «Should an arbitrator or adjudicator act as a mediator in the same dispute?», *Arbitration*, vol. 67, nº 3, August 2001, págs. 221 a 229.
- S. TAMAYO HAYA, *El contrato de transacción*, Madrid, 2002.
- M. TARUFFO, *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009.
- B. TEYSSIÉ, *Les groupes des contrats*, París, 1975.
- P.N. THOMPSON, «Enforcing rights generated in court-connected mediation –tension between the aspirations of a private facilitative process and the reality of public adversarial justice», *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 19, nº 2, 2004, págs. 509 a 572.

- P. TOCHTERMANN, «Agreements to Negotiate in the Transnational context – Issues of contract law and effective dispute resolution», *ULR*, vol. XIII, nº 3, 2008, págs. 685 a 712.
- W.I. TRATTNER, *From poor law to welfare State: A history of social welfare in America*, 3ª ed., New York, 1984.
- D.M. TRUBEK, «The Handmaiden's Revenge: On reading and using the newer sociology of civil procedure», *L & C.P.*, vol. 51, nº 4, 1988, págs. 111 a 134.
- M. TUSHNET, «Critical Legal Studies: A political history», *Yale L. J.*, vol. 100, nº 5, 1991, págs. 1515 a 1544.
- W. TWINING «Alternative to What? Theories of litigation, procedure and dispute settlement in Anglo-American jurisprudence: some neglected classics», *Mod. L. Rev.*, vol. 56, nº 3, 1993, págs. 380 a 392.
- B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.
- R.M. UNGER, «The Critical Legal Studies movement», *Harv. L. Rev.*, vol. 96, nº 3, 1983, págs. 561 a 675.
- M.E. UZAL, *Solución de controversias en el comercio internacional*, Buenos Aires, 1992.
- A. VAN DEN BERG, *The New York arbitration convention of 1958*, Deventer, 1981.
- E. VAN GINKEL, «The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation», *J. Int'l Arb.*, vol. 21, nº 1, 2004, págs. 1 a 65.
- H. VAN HOUTTE, «Why not include arbitration in the Brussels jurisdiction Regulation?», *Arbitration Int'l.*, vol. 21, nº 4, 2005, págs. 509 a 521.
- G.J. VAZ, «Breves considerações sobre os *dispute boards* no directo brasileiro», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, ano 3, julio-setembro 2006, págs. 165 a 201.
- E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (ODR)», *RADNT*, nº 27, 2011, págs. 17 a 33.
- E. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación en el marco de la recepción de la Directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La pendiente trasposición en España», *RADP*, nº 28, 2012, págs. 325 a 345.
- E. VÁZQUEZ DE CASTRO, C. FERNÁNDEZ CANALES, «El actual marco normativo de la mediación electrónica», *RCDI*, nº 731, 2012, págs. 1451 a 1480.
- E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013.
- M.S. VELARDE ARAMAYO (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y la mediación*, Salamanca, 2006.
- A. VENDITTI, «Appunti in tema de negozi giuridici collegati», *Giust. Civ.*, nº 1, 1954, págs. 259 a 269.
- R. VERDERA SERVER, *El convenio arbitral*, Cizur Menor, 2009.

- R. VERKIJK, «Mandatory mediation: Informal Injustice?», *ZZP Int*, vol. 11, 2006, págs. 117 a 136.
- A. VIDAL TEIXIDÓ, «Dossier de los tribunales sobre mediación», *Diario La Ley*, nº 7927, págs. 1 a 5.
- A. VIDAL TEIXIDÓ, «Dossier de los tribunales sobre mediación», *Diario La ley*, nº 8067, 22 abril 2013, págs. 1 a 8.
- M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, Madrid, 2005.
- E. VINYAMATA, *Aprender mediación*, Barcelona, 2003.
- M. VIRGÓS SORIANO, «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *AJ Uría Menéndez*, nº 14, 2006, págs. 13 a 28.
- M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007.
- G. VIVIER, «Le caractère bilateral des règles de conflit de lois», *RCDIP*, 1953 y 1954, págs. 655 a 676; 73 a 90.
- S.E. VOGELFANG SZACHNOWICZ, «Processos híbridos: A utilização prática da cláusula med-arb», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 2, ano 1, maio-agosto 2004, págs. 109 a 113.
- W. VON KUMGERG, «The Future for Mediation in Europe», *Arbitration*, vol. 72, nº1, February 2006, págs. 62 a 65.
- R. WAGNER, «Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)», *Iprax*, vol. 28, nº 5, 2008, págs. 377 a 386.
- M. WAHAB, «The global information society and online dispute resolution: a new dawn for dispute resolution», *J. Int'l. Arb.*, vol. 21, nº 2, 2004, págs. 143 a 168.
- J. WARNE (ed.), *International commercial dispute resolution*, West Sussex 2009.
- G.E. WHITE, «From Realism to Critical Legal Studies: A truncated intellectual history», *Sw. L. J.*, vol. 40, 1986-1987, págs. 819 a 843.
- M. WIEVIORKA (dir.), *La médiation: une comparaison européenne*, Études et recherché, Saint-Denis La Plaine, 2002.
- N. WILLEM VERNOOIJ, «Rome I: An update on the law applicable to contractual obligations in Europe», *Colum. J. Eur. L.*, vol. 15, 2009, págs. 71 a 76.
- R. WILLIAMS, «The Med-arb debate –some contributions», *Arbitration*, vol. 60, nº 3, August 1994, págs. 173 a 183.
- P.M. WOLRICH, «The New, Revised ICC Rules for Expertise: A presentation and commentary», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 13, nº 2, 2002, págs. 11 a 14.
- B. WOLSKI, «Recent developments in international commercial dispute resolution: expanding the options», *Bond L. Rev.*, vol. 13, nº 2, 2001, págs. 1 a 27.
- B. WOLSKI, «New rules to facilitate the use of ADR in resolving international commercial disputes», *ADR Bull.*, vol. 5, nº 9, 2003, págs. 149 a 157.

L. WOOLF, «Mediation in arbitration in the pursuit of justice», *Arbitration*, vol. 75, nº 2, May 2009, págs. 169 a 176.

A. YBARRA BORES, «Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al Derecho español», *REEI*, nº 23, 2012, págs. 1 a 26.

A. YBARRA BORES, «La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español», *CDT*, vol. 4, nº 2, 2012, págs. 248 a 265.

J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «The definition of alliancing in construction as a Wittgenstein family-resemblance concept», *Int'l. J. Project Management*, vol. 25, nº 3, April 2007, págs. 219 a 231.

J.F.Y. YEUNG, A.P.C. CHAN, D.W.M. CHAN, «Defining relational contracting from the Wittgenstein family-resemblance philosophy», *Int'l. J. Project Management*, vol. 30, nº 2, February 2012, págs. 225 a 239.

R. ZAMORA ETCHARREN, «Las reglas CCI sobre *dispute boards*», *Rev. Arb. e Med.*, vol. 10, año 3, julio-setembro 2006, págs. 190 a 201.

R. ZAMORA ETCHARREN, «ICC dispute board rules: Practitioners' views», *ICC Int'l. Ct. Arb. Bull.*, vol. 18, nº 1, 2007, págs. 43 a 50.

R. ZIMMERMAN, «“Extinctive” prescription Under the *Avant-projet*», *ERPL*, nº 6, 2007, págs. 805 a 820.

Jurisprudencia

Unión Europea:

STJCE, de 6 de octubre de 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, C-12/76, *Rec.* 1976, págs. 497 a 504.

STJCE, de 6 de octubre de 1976, *A. De Bloss SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, C-14/76, *Rec.* 1976, págs. 519 a 525.

STJCE, de 17 enero 1980, *Siegrfried Zelger c. Sebastiano Salinitri*, C-56/79, *Rec.* 1980, págs. 65 a 69.

STJCE, de 21 de mayo de 1980, *Bernard Delineauler c. SNC Couchet Frères*, C-125/79, *Rec.* 1980 - II, págs. 527 a 536.

STJCE, de 4 de marzo de 1982, *Effer SpA c. Hans-Joachim Kantner*, C- 38/81, *Rec.* 1982, págs. 186 a 191.

STJCE, de 22 de marzo de 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, *Rec.* 1983, págs. 265 a 271.

STJCE, de 14 julio 1983, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, C-20/82, *Rec.* 1983-I, págs. 617 a 625.

STJCE, de 19 junio 1984, *Partenreederei ms. Tilly Russ y otro c. NV Haven & Vervoerbedrijf Nova y otro*, C-71/83, Rec. 1984-I, págs. 579 a 588.

STJCE de 4 de febrero de 1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann c. Adelheid Krieg*, C-145/86, Rec. 1988, págs. 662 a 672.

STJCE, de 8 de marzo de 1988, *SPRL Arcado c. SA Haviland*, C-9/87, Rec. 1988, págs. 1551 a 1556.

STJCE, de 27 de septiembre de 1988, *Athanasios Kalfelis c. Schröder y otros*, C-189/87, Rec. 1988, págs. 5579 a 5587.

STJCE, de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG c. Societa Italiana Impianti PA*, C-190/89, Rec. 1991 – I, págs. 3894 a 3904.

STJCE, de 10 marzo 1992, *Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit*, C-214/89, Rec. 1992 -I, págs. 1769 a 1780.

STJCE, de 17 de junio de 1992, *Jacob Handte et Cie GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992-I, págs. 3990 a 3996.

STJCE, de 2 de junio de 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, C-414/92, Rec. 1994-I, págs. 2247 a 2258.

STJCE de 10 de octubre de 1996, *Bernardus Hendrikman y otros c. Magenta Druck & Verlag GmbH*, C-78/95, Rec. 1996-I, págs. 4960 a 4969.

STJCE, de 20 de febrero de 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG c. Les Gravicres Rhénanes SARL*, C-106/95, Rec. 1997-I, págs. 932 a 946.

STJCE, de 27 de octubre de 1998, *Réunion Européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y otros*, C-51/97, Rec. 1998-I, págs. 6534 a 6551.

STJCE, de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, C-391/95, Rec. 1998 – I, págs. 7122 a 7140.

STJCE, de 27 de abril de 1999, *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, C- 99/96, Rec. 1999 - I, págs. 2299 a 2321.

STJCE, de 17 de junio de 1999, *Unibank A/S c. Flemming G. Christensen*, C-260/97, Rec. 1999-I, págs. 3724 a 3734.

STJCE, de 28 de marzo de 2000, *Dieter Kombrach c. André Bamberski*, C-7/98, Rec. 2000-I, págs. 1956 a 1973.

STJCE de 11 de mayo de 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA y otros*, C-38/98, Rec. 2000-I, págs. 3009 a 3024.

STJCE, de 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, C-387/98, Rec. 2000-I, págs. 9362 a 9378.

STJCE, de 19 de febrero de 2002, *Besix S.A. c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG*, C-256/2000, Rec., 2002-I, págs. 1718 a 1735.

STJCE, de 11 de julio de 2002, *Rudolf Gabriel*, C- 96/00, Rec., 2002-I, págs. 6384 a 6406.

STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Fonderie Oficien Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, C-334/00, *Rec.* 2002-I, págs. 7383 a 7396.

STJCE, de 1 de octubre de 2002, *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel*, C-167/00, *Rec.* 2002-I, págs. 8126 a 8145.

STJCE, de 5 de febrero de 2004, *Frauhil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, *Rec.* 2004-I, págs. 1546 a 1557.

STJCE, de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, *Rec.* 2005-I, págs. 499 a 522.

STJCE, de 3 de mayo de 2007, *Color Drack GMBH c. Lexx International Vertriebs GMBH*, C-386/05, *Rec.*, 2007-I, págs. 3227 a 3740.

STJCE, de 10 de febrero de 2009, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, C-185/07, *Rec.* 2009 – I, págs. 686 a 700.

STJCE de 2 de abril de 2009, *Marco Cambazzi c. Daimler Chrysler Canada Inc. y otros*, C-394/07, *Rec.* 2009-I, págs. 2563 y ss.

STJUE, de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.*, 2009-I, págs. 3327 y ss.

STJCE de 28 de abril de 2009, *Meletis Apostolides c. David Charles Orams*, C-420/07, *Rec.* 2009-I, págs. 3571 y ss.

STJCE, de 9 de julio de 2009, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, C-204/08, *Rec.*, 2009-I, págs. 6073 y ss.

STJCE, de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Interfrigo SC c. BalkenendeOosthuizen BV y otro*, C- 133/08, *Rec.*, 2009-I, págs. 9687 y ss.

STJUE, de 25 de febrero de 2010, *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl*, C-381/08, *Rec.* 2010-I, págs. 1255 y ss.

STJUE, de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silvia Trade SA*, C-19/09, *Rec.*, 2010-I, págs. 2161 a 2176.

STJUE, de 15 de noviembre de 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG y otros c. Samskip GmbH*, C-456/11, *Rec.* 2012.

Estados Unidos:

Lochner c. New York, 198 U.S. 45 (1905).

West Coast Hotel Company c. Parrish, 301 U.S. 1 (1937).

National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corporation, 301 U.S. 379 (1937).

Steward Machina Company c. Davis, 301 U.S. 548 (1937).

Helvering c. Davis, 301 U.S. 619 (1937).

Strandell v. Jackson County, 838 F.2d 884 (7th Cir. 1988).

Inglaterra:

Chase Maniatan Bank NA v. Israel British Bank London Ltd., [1981] Ch. 105 at 124.

Channel Tunnel Group v. Balfour Beatty Construction Ltd. [1993] (House of Lords).

Birse Construction Ltd v. St. David Ltd [1999] BLR 194 (Technology and Construction Court).

Cowl v. Plymouth City Council [2001] EWCA Civ. 1935 (Court of Appeal).

Dunnet v. Railtrack [2002] EWCA Civ. 303 (Court of Appeal).

Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd [2002] EWHC 2059 (Commercial Court).

Hasley v. Milton Keynes General NHS Trust, [2004] EWCA Civ. 576 (Court of Appeal).

Suiza:

Tribunal Federal Suizo, núm. 4A 438/2008, de 17 de Noviembre de 2008.

Francia:

Cour d'Appel de Paris (14 Chambre) 23 mai 2001, 4 juillet 2001.

Cour d'Appel de Paris (1 Chambre) 29 avril 2003.

Cour de Cassation (2 Chambre), 6 juillet 2000.

Cour de Cassation (Chambre mixte), 14 février 2003.

Cour de Cassation (1 Chambre), 6 mai 2003.

España:

STC Sala Segunda, núm. 43/1988, de 16 de marzo.

STC Pleno, núm. 15/1989, de 26 de enero.

STC Pleno, núm. 62/1991, de 22 de marzo.

STC Sala Primera, núm. 288/1993, de 4 de octubre.

ATC Sala Primera, núm. 326/1993, de 28 de octubre.

STC Pleno, núm. 174/1995 de 23 de noviembre.

STS de 30 de abril de 1940.

STS de 16 de diciembre de 1957.

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 6/2009, de 12 de enero.

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 109/2011, de 2 de marzo.

Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, núm. 506/2007 de 31 de octubre.

Textos Legales

Consejo de Europa:

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, 4 de noviembre de 1950. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia adoptada por el Comité de Ministros, el 14 de mayo de 1981, en la reunión 68 de los delegados de los Ministros

Recomendación nº 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, adoptada por el Comité de Ministros, el 16 de septiembre de 1986, en la reunión 399 de los delegados de los Ministros.

Recomendación nº 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación familiar, adoptada por el Comité de Ministros, el 21 de enero de 1998, en la reunión 616 de los delegados de los Ministros.

Recomendación nº 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre la mediación en cuestiones penales, adoptada por el Comité de Ministros, el 15 de septiembre de 1999, en la reunión 679 de los delegados de los Ministros.

Recomendación nº 9/2001, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares, adoptada por el Comité de Ministros, el 5 de Septiembre de 2001, en la reunión 762 de los delegados de los Ministros.

Recomendación nº 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre mediación en asuntos civiles, adoptada por el Comité de Ministros, el 18 de Septiembre de 2002, en la reunión 808 de los delegados de los Ministros.

Unión Europea:

Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE C 189, de 28 de julio de 1990.

Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. DOCE L 74, de 27 de marzo de 1993.

Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980. BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993.

Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único. COM (93) 576 final.

Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios de consumo en el mercado interior. COM (96) 13 final.

Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. DOCE L 101, de 1 de abril de 1998.

Comunicación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 sobre la solución extrajudicial de conflictos de consumo. COM (98) 198 final.

Recomendación 98/527/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DOCE L 115, de 17 de abril de 1998.

Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. DOCE C 19, de 23 de enero de 1999.

Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre. Bol. UE, nº 10, 1999.

Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DOCE C 155, de 6 de junio de 2000.

Recomendación 2001/310/CE de la Comisión Europea de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. DOCE L 109, de 19 de abril de 2001.

Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. DOCE L 178, de 17 de julio de 2000.

Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE L 012, de 16 de enero de 2001.

Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios. COM (2001) 161 final.

Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. DOCE L 174, de 27 de junio de 2001.

Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE L 108, de 24 de abril de 2002.

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. DOCE L 271, de 9 de octubre de 2002.

Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil. COM (2002) 196 final.

Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. DOCE L 26, de 31 de enero de 2003.

Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000. DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la Posición Común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados. COM (2004) 90 final.

Reglamento núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. DOCE L 143, de 30 de abril de 2004.

Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. DOCE L 157, de 30 de abril de 2004.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004. COM (2004) 718 final.

Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo. DOUE L 399, de 30 de diciembre de 2006.

Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. DOUE L 324, de 10 de diciembre de 2007.

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007. DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007.

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. DOUE L 136, de 24 de Mayo de 2008.

Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales (2011/2026 (INI)). DOUE C 51, de 22 de febrero de 2013.

Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

CNUDMI:

Reglamento de Conciliación de la CNUDMI de 1980,
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-s.pdf>

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002,
www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/.../ml.../03-90956_Ebook.pdf

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2006,
http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010,
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado:

Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, hecho en La Haya, el 18 de marzo de 1970. BOE núm. 203, de 25 de agosto de 1987.

Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

Convenio sobre protección internacional de los adultos, hecho en La Haya el 13 de enero de 2000. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=71

Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=131

Otros Instrumentos Internacionales:

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

Convenio Europeo sobre el arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

Estados Unidos:

Federal Rules of Civil Procedure, 19 June 1934, 28 U.S.C. §§ 723 et seq.

Social Security Act, 14 August 1935, 42 U.S.C. §§ 301 et seq.

National Labor Relations Act, 5 July 1935, 29 U.S.C. §§ 151 et seq.

Labor Management Relations Act, 23 June 1947, 29 U.S.C. §§ 141 et seq.

Civil Rights Act, 2 July 1964, 42 U.S.C. §§ 2000 et seq.

California's Family Law Act, 4 September 1969.

California Civil Code §§ 4000-5100.

Uniform Conflict of Laws Limitations Act, 1982, NCCUSL.

Civil Justice Reform Act, 1 December 1990, 28 U.S.C. §§ 471 et seq.

Administrative Dispute Resolution Act, 15 November 1990, 5 U.S.C. §§ 571 et seq.

Alternative Dispute Resolution Act, 30 October 1998, 28 U.S.C. §§ 651 et seq.

Uniform Electronic Transactions Act, 1999, NCCUSL.

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 30 June 2000, 15 U.S.C. §§ 7001 et seq.

Uniform Mediation Act, 2001, NCCUSL.

Reino Unido:

Children Act [1989 c. 41].

Practice Statement (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 10 December 1993 [1994] 1 WLR 14, [1994] 1 All ER 34.

Family Law Act [1996 c. 27].

Housing Grants, Construction and Regeneration Act [1996 c. 53].

Practice Statement (Commercial Cases: Alternative Dispute Resolution), 7 June 1996, [1996] 1 A11 ER 383, [1996] 1 WLR 1024.

Civil Procedure Rules, SI 1998 N°.3132.

Practice Direction Pre-action Conduct, April 2010.

Cross-Border mediation (EU Directive) Regulations. SI 2011 N° 1133

Francia:

Nuove Code de procédure civile. Journal Officiel du 5 decembre 1975.

Loi n° 93-2, du 4 janvier 1993, portant la reformé de la procédure pénale. Journal Officiel du 5 janvier 1993.

Loi n° 95-125, de 8 de febrero de 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Journal Officiel du 9 février 1995.

Décret n° 96-652, de 22 de julio de 1996, relative à la conciliation et à la mediation judiciaires. Journal Officiel du 23 julliet 1996.

Loi n° 99-515, du 23 juin 1999, refoçant l'efficacité de la procédure pénale. Journal Officiel du 24 juin 1999.

Arrêté portant création du Conseil nacional consultatif de la médiation familiale du 8 octobre 2001.

Loi n° 2002-305, de 4 de marzo de 2002, relative à l' autorité parentale. Journal Officiel du 5 mars 2002.

Décret n° 2003-1166, du 2 decembre 2003, portant création du Diplôme d'Etat de médiateur familial. Journal Officiel du 9 decembre 2003.

Arrêté relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial, Journal Officiel du ministère des affaires sociales, du 12 février 2004.

Loi n° 2004-439, de 26 de mayo de 2004, sur le divorce. Journal Officiel du 27 mai 2004.

Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, portant reformé de la procédure en matière familiale. Journal Officiel du 31 octobre 2004.

Ordonnance n°. 2011-1540 du 16 Novembre 2011 portant transposition de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 May 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Journal Officiel du 11 novembre 2011.

Alemania:

Jugendgerichtsgesetz (JGG). BGBl. I S. 3427.

Strafgesetzbuch (StGB). BGBl. I S. 3322.

Strafprozessordnung (StPO). BGBl. I.S. 1074, 1319.

Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG). BGBl. I.S. 2586.

Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG). BGBl. I.S. 2586.

Insolvenzordnung (InsO). BGBl. I.S. 2866.

Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung (EGZPO). BGBl. Nr 55, S. 2400.

Zivilprozessordnung (ZPO). BGBl. I 2001, S 1887

Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediationsG). BGBl. I.S. 1577.

Bélgica:

Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire. Belgian Official Journal du 3 avril 2001.

Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Belgian Official Journal du 22 mars 2005.

Austria:

Straftprozessnovelle. BGBl. I 55/1999.

Eherechts-Änderungsgesetz. BGBl. I 125/1999.

Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz. BGBl. I 135/2000.

Bundesgesetz über mediation in zivilrechtssachen. BGBl. I 2003/29.

Zivilrechts-Änderungsgesetz. BGBl. I 91/2003.

Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung. BGBl. II 47/2004.

EU-Mediationsgesetz. BGBl. I 2011/21.

Italia:

Decreto legislativo, 4 marzo 2010, n° 28 Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Gazzetta Ufficiale n° 53, 5 marzo 2010.

Decreto Legislativo, 18 ottobre 2010, n° 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n° 28. Gazzetta Ufficiale n° 258, 4 novembre 2010.

España:

Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho privado. BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1953.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto 1322/1981, de 3 de Julio, por el que se crean los Juzgados de Familia. BOE núm. 162, de 8 de julio de 1981.

Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio civil en el Código civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios. BOE núm. 285 de 28 de noviembre de 1989.

Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995.

Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

Ley, 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad del menor. BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. BOE núm 91, de 16 de abril de 2001.

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia. BOE núm. 157, de 2 de julio de 2001.

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 2001.

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias. BOE, nº 134, de 5 de junio de 2003. Reformada por la *Ley 3/2005, de 23 de junio.* BOE núm. 177, de 26 de julio de 2005.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003.

Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha. BOE núm. 203, de 25 de agosto de 2005.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. BOE núm. 105, de 3 de mayo de 2006.

Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2006.

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid. BOE núm. 153, de 27 de junio de 2007.

Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias. BOE núm. 170, de 17 de julio de 2007.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco. BOPV núm. 34, de 18 de febrero de 2008.

Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOE núm. 80, de 2 de abril de 2009.

Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009.

Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009.

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears. BOE, núm. 16 de 19 de enero de 2011.

Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOE núm. 99, de 26 de abril de 2011.

Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. BOE núm. 121, 11 de mayo de 2011.

Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

Otros documentos

Report of the comité on One-Parent Families, (Informe Finer) Cmnd 5629 [1974].

Family Law: The Ground for Divorce, Law Commission Nº 192, 1990.

Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, elaborado por el Sr. P. Jenard, (Informe Jenard). DOCE C 189, de 28 de julio de 1990.

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, Informe elaborado por P. Jenard, G. Möller, (Informe Jenard-Möller). DOCE C 189, de 28 de julio de 1990.

Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales por Mario Giuliano profesor de la Universidad de Milán y Paul Lagarde profesor de la Universidad de París I, (Informe Guliano-Lagarde). DOCE C 327, 11 de diciembre de 1992.

Access to Justice-Final Report, July 1996.

Meer Wegen naar het Rect. Beleidsbrief ADR 2000-2002.

Arguments et propositions pour un statut de la Médiation Familiale en France, 2001.

Guía del ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Paris, 2001.

Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional, 2002.

Uniform Mediation Act with Prefatory Note and Comments, 2003.

Mediation en het Rechtsbestel, 19 April 2004.

Notas sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas familiares transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de la Haya de 1980, doc. prel. N° 5, octubre 2006.

Feasibility study on cross-border mediation in family matters, prel. doc., n° 20, March 2007.

Feasibility study on cross-border mediation in family matters-responses to the questionnaire, prel. doc., n° 10, March 2008.

Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline edition, Munich, 2009.

Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2010.

Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2010.

Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, Madrid, 2012.

Guía de buenas prácticas sobre mediación en el marco del Convenio de La Haya de 1980. http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf

Proceso de Malta. http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf