

LA UE Y LA ARMONIZACIÓN DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE MEDIACIÓN: ¿HACIA UNA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS?

M^a Carmen CHÉLIZ INGLÉS
Universidad de Zaragoza

Resumen: El interés renovado de la UE en la promoción del arreglo pacífico de controversias y, en concreto, de la mediación, culminó con la elaboración de la Directiva 2008/52/CE. Esta Directiva ha supuesto la creación de un marco jurídico propio para este sistema de resolución de controversias en toda la UE, y ha influido en los diversos sistemas judiciales, que han incorporado el contenido de la misma a sus ordenamientos jurídicos, elaborando normas de implementación y desarrollando diferentes medidas de actuación.

Palabras clave: mediación internacional, UE, Directiva 2008/52/CE, arreglo pacífico de controversias.

Summary: The renewed interest of the EU in promoting alternative dispute resolution, and in particular mediation, culminated in the drafting of Directive 2008/52 / EC. This Directive has led to the creation of a legal framework for this EU-wide dispute resolution system, and has influenced the various judicial systems, which have incorporated the content of their system into their legal systems, elaborating rules of implementation and developing different measures of action.

Key Words: international mediation, European Union, Directive 2008/52/EC, alternative dispute resolution.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. IMPACTO DE LA DIRECTIVA EN LOS SISTEMAS JUDICIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 2.1. Armonización de los principios informadores de la mediación. 2.2. Garantía de la ejecutoriedad de un acuerdo de mediación transfronterizo. 3. ¿HACIA UNA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN TODA LA U.E.? 3.1. La voluntariedad de la mediación en la normativa italiana. 3.2. El Informe del Parlamento Europeo: Italia como modelo a seguir. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La UE ha demostrado tener un interés renovado en la promoción de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (en adelante MARC)¹, y especialmente, en la mediación.

Dicho interés se ve reflejado en que los MARC representan una prioridad para las instituciones de la UE, las cuales deben fomentar estos mecanismos

¹ Conocidos por los acrónimos MARC o ADR según se utilice la expresión francesa “Modes Alternatifs de Résolution des Conflits”, que además coincide con la española, o la inglesa “Alternative Dispute Resolution”. Foddai, M.A. “Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?” en García Villaluenga, L. y otros (Coord.) *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Vol. 1, Editorial Reus, 2010, p. 50 y siguientes.

alternativos, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo, y esforzarse por garantizar su calidad. Ello se engloba dentro de la política de la UE encaminada a establecer un espacio de libertad seguridad y justicia², y concretamente, a asegurar un mejor acceso a la justicia.

Esta pretensión fue puesta de manifiesto por primera vez por el Consejo Europeo, en las sesiones celebradas en 1998 y 1999, en Viena³ y Tampere⁴, respectivamente. Posteriormente, en el año 2002, la Comisión Europea presentó el Libro Verde⁵ sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, lo que reafirmó la intención de la UE de promover el uso de los MARC.

Una de las motivaciones principales que ha contribuido a este impulso ha sido el considerable descenso en costes y tiempo que supondría el recurso a un MARC, y concretamente a la mediación, en comparación con un proceso judicial. Esta disminución puede llegar a suponer un ahorro de hasta el 60% de los costes y de más del 90% del tiempo, a favor del proceso de mediación⁶. Ambas circunstancias, contribuirían sin duda a garantizar un mejor ejercicio por parte de todos los ciudadanos de la UE, del derecho a la tutela judicial efectiva.

² El Tratado de Ámsterdam de 1997, es el primero que menciona expresamente la consecución de tal espacio como uno de los objetivos de la UE. Entre las distintas acciones que conlleva la consolidación del espacio europeo, destaca el aseguramiento de la tutela judicial efectiva a todas las personas que se encuentren en Europa. Hay que entender que este derecho de acceso a la justicia no únicamente abarca el acceso a la vía judicial, sino también los mecanismos extrajudiciales de solución de controversias.

³ Con el propósito de optimizar lo establecido en el Tratado de Ámsterdam, el Consejo Europeo aprobó en Viena, el 3 de diciembre de 1998, un “Plan de Acción” donde fija las líneas generales del nuevo espacio europeo, y menciona ya la posibilidad elaborar modelos de solución no judicial de los litigios, especialmente cuando se trata de conflictos familiares transnacionales.

⁴ El Consejo Europeo celebró en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, una sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. En Tampere quedaron fijados los principales elementos sobre los que se sustenta la cooperación judicial civil y penal. Uno de los principales retos que se plantean es conseguir que los ciudadanos de la UE puedan ejercer en toda la Unión su derecho a una tutela judicial efectiva, en los conflictos internacionales. Con esta finalidad concluyen, entre otras medidas, que los Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos.

⁵ El 19 de abril de 2002, la Comisión presentó en Bruselas, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, que es el precedente inmediato de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y posteriormente, de la Directiva 2008/52/CE. Tenía como objetivos recapitular la situación de los MARC en la UE, al tiempo que promover el análisis de los problemas jurídicos que se plantean, con el fin de definir las directrices a adoptar en futuras iniciativas legislativas y operativas.

⁶ Según el Informe del Parlamento Europeo, en las páginas 124 a 127, el coste total medio de un proceso de mediación la UE es de 3.371€, mientras que el coste medio de un proceso judicial, que asciende a los 9.179€. Por su parte, la duración media de un proceso de mediación en la UE es de 43 días, frente a los 566 días de un proceso judicial. De estos datos se desprende claramente un ahorro en costes y en tiempo, del que se beneficiarían las partes en conflicto. Estas cifras van a variar si se introducen otras variables como el éxito de la mediación, y el hecho de que si fracasa, posteriormente las partes han de acudir al proceso judicial. No obstante, pese a todo, los costes y el tiempo del proceso de mediación continúan siendo inferiores al judicial, tal y como se señala en el Informe del Parlamento Europeo.

Este interés y esta prioridad política, culminaron con la elaboración de la Directiva 2008/52/CE⁷, dedicada íntegramente a la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Directiva 2008/52/CE regula los aspectos básicos que toda mediación sobre un litigio transfronterizo en materia civil y mercantil ha de reunir. Entre los puntos más relevantes de los que se ocupa, destacan los principios fundamentales de este mecanismo de resolución de conflictos, así como la relación entre la mediación y el proceso civil, concretamente la ejecución de los acuerdos alcanzados, la confidencialidad, y la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción.

La necesidad de que los Estados miembros transpongan esta Directiva a sus sistemas jurídicos, ha supuesto la creación de un marco jurídico “seguro” aplicable a todas las mediaciones transfronterizas en la UE, sentando las bases para el desarrollo de un sistema propio de resolución de controversias, inspirado directamente en las pautas dadas por la Unión. Esta armonización de la normativa supone un gran avance en tanto que la consecución de este propósito ya de por sí crea seguridad jurídica al generar un marco común para todos los Estados miembros. Por otro lado, promueve el uso de este MARC, lo que resulta especialmente importante en aquellos Estados de la UE que no tenían tradición al respecto, como ocurría, por ejemplo, en España.

De esta manera, la promoción del arreglo pacífico de controversias, impulsada desde la UE, ha influido decididamente en los distintos sistemas judiciales a nivel regional. Así, todos los Estados miembros han tenido que adaptar sus normas a lo dispuesto por la Directiva, incorporando en sus ordenamientos jurídicos el contenido de la misma. Además, al tratarse de un instrumento de mínimos, todos los Estados han debido respetar los principios básicos allí dispuestos, que conforman el marco general de toda mediación. Ahora bien, nada impide que los legisladores nacionales desarrollen su contenido en mayor profundidad o de forma más estricta, con la finalidad de promover el empleo de este mecanismo, lo que a su vez, introduce cierta heterogeneidad digna de estudio.

Clara muestra de ello, son el gran número de países⁸, que han adoptado lo dispuesto por la Directiva no solo a las mediaciones transfronterizas sino también

⁷ 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, fue publicada en el Diario Oficial de la UE, de 24 de mayo de 2008, L 136/3, texto íntegro disponible en el siguiente enlace: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>. Para su adopción, se siguió el procedimiento contenido en el artículo 251 del antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, se emitieron, por un lado, un Dictamen del Parlamento Europeo, una posición común del Consejo, y una posición común del Parlamento; y por otro lado, un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, y una Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Véase sobre los precedentes de la Directiva en general, Martín Diz, F. "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias" en *Diario La Ley*, N° 6480, 2006, especialmente p. 1-6; Andrés Ciurana, B. "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la Propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)" en *Actualidad Jurídica Uri Menéndez*, N° 12, 2005, p. 60-69, especialmente 60-62; y Marzocco, A.M./Nino, M. "The EU Directive on mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection" en *Lex ET Scientia International Journal*, N° XIX, vol. 2, 2012, p. 105-128, especialmente, p. 105-109.

a las internas. Asimismo, hay otros Estados como Italia en los que el recurso a la mediación se ha regulado como obligatorio, en los casos en los que concurren determinados requisitos. De esta forma, y gracias al definitivo impulso de la UE, estos sistemas jurídicos han decidido ir más allá de lo establecido por la Directiva, en aras de conseguir el objetivo marcado por ésta: fomentar el arreglo pacífico de las controversias a través de la mediación, en un marco incluso más amplio al introducirlo en el Derecho material interno.

La importancia y relevancia del tema se ha vuelto a poner de manifiesto en dos recientes trabajos, elaborados en el seno del Parlamento Europeo. El primero de ellos, es el Informe, de enero de 2014, titulado '*Rebooting` the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*⁹. En este Informe, el Parlamento Europeo concluye que la principal medida que se debe adoptar para potenciar el uso de la mediación, es dotar de un carácter obligatorio en todos los países de la UE a dicho mecanismo de resolución de conflictos. El segundo trabajo, todavía más reciente que el anterior, es de 29 de noviembre de 2016, y se titula '*The implementation of the Mediation Directive*¹⁰. Uno de los cinco estudios que contiene, pone de manifiesto que en la práctica totalidad de los Estados miembros no se da una relación equilibrada entre la mediación y los procedimientos judiciales. De nuevo, como vía para resolver esta cuestión, se propone la instauración de una mediación obligatoria en todos los países de la Unión.

Estos trabajos reafirman la apuesta decidida de la UE en la promoción del uso de la mediación, y permiten prever la adopción de futuras medidas encaminadas a tal fin, tal vez mediante una modificación de la Directiva a estos efectos, o quizás a través de la elaboración de un Reglamento, lo que haría mucho más contundente la regulación y más sólida la implantación de la mediación. Si así fuera, ello tendría de nuevo una gran repercusión en los sistemas judiciales de los distintos Estados miembros, ya que a excepción de Italia, la mayoría de los países han optado por mantener la voluntariedad de la mediación, si bien, siguiendo las pautas marcadas al respecto por la Directiva e implementando los pertinentes mecanismos de resolución de conflictos transfronterizos.

⁸ Han optado por un sistema monista, consistente en aplicar la ley interna que transpone la Directiva tanto a las mediaciones transfronterizas como a las nacionales, los siguientes países: Francia, Alemania, España, Grecia, Italia, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Finlandia, Lituania, y Malta.

⁹ Parlamento Europeo '*Rebooting` the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, January 2014. Texto completo disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 7 de junio de 2017): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

¹⁰ Parlamento Europeo '*The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016*. Texto completo disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 23 de febrero de 2017): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)

2. IMPACTO DE LA DIRECTIVA EN LOS SISTEMAS JUDICIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

El principal objetivo de la Directiva 2008/52, tal y como se establece en su art. 1.1. es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos, y fomentar la resolución amistosa de litigios. Con miras a esta finalidad, la Directiva trata de promover el uso de la mediación y sienta las bases que todo proceso de mediación ha de reunir en el territorio de la UE.

La enorme influencia que ha tenido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, resulta evidente en tanto que numerosos países que no disponían apenas de regulación sobre la cuestión, han creado sus propias leyes de mediación, que transponen el contenido de la Directiva¹¹. Por otra parte, otros Estados con mayor tradición mediadora, que ya disponían de legislación interna específica, han adaptado sus leyes o creado otras nuevas, conforme a lo establecido por el instrumento de la UE¹². Ello ha desembocado en la creación de un marco jurídico armonizado, en materia de mediación civil y mercantil, en todo el territorio de la Unión. Especialmente, cabe destacar la importancia de la unificación de los principios que deben regir en todo proceso de mediación, según lo establecido por la Directiva y, en especial, la garantía, en todos los Estados de la UE, de que un acuerdo de mediación transfronterizo puede obtener el carácter de ejecutivo y, posteriormente, ejecutarse.

2.1. Armonización de los principios informadores de la mediación

El artículo 3 de la Directiva 2008/52, define la mediación como “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*”. De esta definición ya se pueden extraer algunas de sus características principales¹³, como

¹¹ Es el caso de Estados como España (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles); Italia (Decreto Legislativo 28/2010), Chipre (Ley de noviembre de 2012 No. 159(I)/2012); Alemania (Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios, de 21 de julio de 2012, *Bundesgesetzblatt I*, p. 1 577); Grecia (Ley 3898/2010, Boletín Oficial, Serie A, nº 211, de 16.12.2010); Portugal (Ley no. 29/2009 de 29 July 2009); Eslovenia (Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah, Uradni list RS (Of. Journal Republic Slovenia), Nr. 56/2008 de 6.6.2008); o Luxemburgo (Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que se aprobó el 24 de febrero de 2012

¹² A modo de ejemplo, contaban con regulación en materia de mediación, con anterioridad a la Directiva 2008/52/CE, países como Francia (Décret nº96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires); Bélgica (Loi relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, 19 Fevrier 2001); Reino Unido (Family Law Act 1996); o Austria (Ley federal sobre mediación en asuntos civiles. *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen*. BGBl I 2003/29)

¹³ Véase el interesante trabajo de Cornu, G. "Les modes alternatifs de règlement des conflits" en *Revue internationale de droit comparé*, Nº 2, 1997, p. 313-323, especialmente p. 315-316. Aquí Cornu defiende que la mediación reposa sobre siete columnas: la voluntariedad, la participación personal de

son la voluntariedad, la presencia de un tercero imparcial, y la imposibilidad de que el mismo imponga la solución a las partes. A estos rasgos definitorios de la mediación cabe añadir otros como la neutralidad, la confidencialidad, la profesionalidad del mediador, y la buena fe, respeto mutuo y deber de colaboración de las partes, que se extraen del análisis del citado instrumento jurídico.

En consecuencia, la transposición de la Directiva en los distintos Estados miembros, ha permitido que en la actualidad, todo proceso de mediación transfronteriza dentro de la UE, se rija por tres principios fundamentales¹⁴:

- El principio de voluntariedad y libre disposición. Se trata, sin duda, del principio que más polémica ha despertado hasta el momento. La Directiva, consagra la voluntariedad como una característica de la mediación, en diferentes preceptos¹⁵. Sin embargo, no impide que las legislaciones de los Estados miembros hagan obligatorio el uso de la mediación, o la sometan a incentivos o a sanciones¹⁶. Conviene matizar que, siendo la voluntariedad uno de los pilares en los que se asienta la mediación, esta medida únicamente afectaría al acceso a este mecanismo. Las restantes manifestaciones de la voluntariedad, referentes a que las partes pueden abandonar el proceso de mediación en el momento que estimen oportuno, y a la no obligatoriedad de llegar a un acuerdo, resultan inamovibles. Por lo tanto, en cualquier caso, el desarrollo del proceso de mediación se debe regir por el principio de voluntariedad, y todos los Estados han de permitir que las partes abandonen el mismo cuando deseen, con independencia de que se haya alcanzado un acuerdo o no. No obstante, la voluntariedad en el acceso a este mecanismo de resolución de conflictos es algo que se deja a la discrecionalidad de los Estados miembros.

- El principio de imparcialidad y neutralidad. Ambos principios están estrechamente relacionados y se refieren a la actitud que ha de mantener el mediador durante la mediación. La imparcialidad hace referencia a la igualdad de oportunidades de las partes en el proceso de mediación, donde intervendrá el

los interesados, la asistencia de un tercero independiente, la confianza, la confidencialidad, la ausencia de todo poder jurisdiccional por parte del mediador, y la búsqueda de una solución equitativa.

¹⁴ Para un análisis más detallado sobre el contenido de la Directiva y, concretamente, sobre el alcance de estos principios véase, entre otros, Esplugues Mota, C. "New trends for Cross-Border Litigation in Europe: The Directive of 2008 on Mediation in Civil and Commercial Cases" en *Meiji Law Journal*, 2012, p. 12-16; Caso Señal, M. "Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva Comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Diario La Ley*, N° 7046, 2008; Gil Nievas, R. "La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 768/2008; López-Barajas Perea, I. "La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más en la creación de un espacio judicial europeo" en *Revista General de Derecho Europeo*, N° 27, 2012; Marzocco, A.M./Nino, M. "The EU Directive on mediation in civil and commercial matters and the principle of effective judicial protection" en *Lex ET Scientia International Journal*, N° XIX, vol. 2, 2012, p. 105-128.

¹⁵ Por ejemplo, el Considerando 10 se refiere a que las "*partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo*"; el Considerando 13 establece que "*la mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario*"; y la propia definición de mediación, en el artículo 3.a) hace referencia a que "*partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo*".

¹⁶ Así lo establece el Considerando 14. También se deduce del artículo 3.a) cuando establece que el "*procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*".

mediador para intentar que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas, sin actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas, garantizando el mantenimiento del equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados. Por su parte, el principio de neutralidad se refiere a que el mediador desarrollará un papel activo en el proceso de mediación, tendente a que las partes lleguen a un acuerdo, pero han de ser éstas por sí mismas las que lo alcancen.

- El principio de confidencialidad. Se trata de un principio esencial para el éxito de la mediación, consistente en la garantía de que tanto el proceso de mediación, como la documentación utilizada en el mismo, es confidencial, por lo que no se puede revelar. Esta obligación de confidencialidad se extiende al mediador y a las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación, de modo que ninguno de ellos está obligado a declarar en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo. No obstante, ello se verá excepcionado cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público, o cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para su aplicación o ejecución¹⁷.

Junto a estos tres principios, el proceso de mediación también se guiará por las reglas de la buena fe y el respeto mutuo entre las partes, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador, figura profesionalizada¹⁸.

2.2. Garantía de la ejecutoriedad de un acuerdo de mediación transfronterizo

Para promover el uso de la mediación y generar confianza en esta figura, es necesario que los acuerdos resultantes de la misma puedan ejecutarse, y se permita su circulación con facilidad en los diferentes territorios de los Estados miembros, evitando situaciones claudicantes. Con tal objetivo, la Directiva 2008/52 presta especial atención a la ejecución de los acuerdos.

Una vez finalizada con éxito una mediación transfronteriza en el ámbito de la UE, pueden darse distintas situaciones en relación con el acuerdo resultante:

- se pretende obtener la ejecución del acuerdo en el Estado miembro en que se ha desarrollado la mediación.

¹⁷ Así lo establece el artículo 7.1 de la Directiva 2008/52/CE

¹⁸ La Directiva ha contribuido a que la figura del mediador se profesionalice, si bien el Considerando 16 deja a la elección de los Estados miembros, el empleo de los medios que consideren adecuados para la promoción de la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación. Por otro lado, con anterioridad a la Directiva, un Código de conducta europeo para mediadores, aprobado y adoptado por un gran número de expertos y organizaciones. En él, ya se establecían las garantías de formación de los mediadores, de respeto de los principios de independencia, neutralidad e imparcialidad, y de la confidencialidad. Véase al respecto Martín Diz, F. "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias" en *Diario La Ley*, N° 6480, 2006, especialmente p. 23-25; Soletto Muñoz, H. "La mediación en la UE" en Soletto Muñoz, H. (coord.) / Otero Parga, M. *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, 2007, p. 185-203, especialmente p. 187-188. Texto íntegro del Código de conducta europeo para mediadores, de 2 de julio de 2004, disponible en el siguiente enlace:

http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

- la mediación se ha desarrollado en un Estado miembro y se quiere ejecutar el acuerdo resultante en otro u otros Estados miembros
- el acuerdo resultante de la mediación obtiene el carácter ejecutivo en el Estado miembro en que la mediación ha tenido lugar, y posteriormente se quiere ejecutar el mismo en otro u otros Estados miembros.

A los dos primeros supuestos atiende el artículo 6 de la Directiva. En él se insta a los Estados a que garanticen que las partes¹⁹, si tras la mediación han llegado a un acuerdo, puedan conseguir que éste tenga carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. La única excepción para que no se conceda tal carácter ejecutivo es que el contenido del acuerdo sea contrario al Derecho del Estado en que se pida que se le dote de ejecutividad al acuerdo, o que la legislación de dicho Estado no contemple su carácter ejecutivo²⁰. Dentro de la excepción relativa a que el contenido del acuerdo sea contrario al Derecho del Estado en que se solicite la ejecutividad, el “Derecho del Estado”, incluye también sus normas de Derecho Internacional Privado.

En este sentido, todos los Estados miembros han incluido en sus legislaciones el procedimiento a seguir para dotar de fuerza ejecutiva un acuerdo resultante de mediación. La mayoría de ellos, han optado por la vía de la elevación a escritura pública, o la homologación judicial.

El tercer supuesto, relativo a la ejecución en un Estado miembro, de un acuerdo que ya tiene el carácter ejecutivo en el territorio de otro Estado miembro, se contiene en el Considerando 20. En él se establece que todo acuerdo resultante de una mediación, que haya adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro, deberá ser reconocido y ejecutado en el resto de Estados, de conformidad con la legislación europea o nacional aplicable. En este sentido, se refiere expresamente al Reglamento Bruselas I; y al Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento Bruselas II bis)²¹.

De esta manera, la Directiva la Directiva ha permitido garantizar que todo acuerdo resultante de una mediación en la UE podrá adquirir carácter ejecutivo y, por consiguiente, ser reconocido y ejecutado en el resto de Estados miembros según los Reglamentos de la Unión aplicables en cada caso. Ello supone un

¹⁹ Se permite que soliciten la ejecutividad del acuerdo todas las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás.

²⁰ En relación con la ejecución de los acuerdos resultantes de mediación, véanse, entre otros, Ordoñez Solís, D. "La Directiva sobre mediación y sus efectos en el Derecho español: "fuera de los tribunales también hay justicia"", en *Diario La Ley*, N° 7165, 2009, especialmente p. 6-7; Prats Albentosa, L. "La nueva regulación europea de la Mediación" en *Diario La Ley*, N° 6958, 2008, p. 3; y Domínguez Mena, A. "Directiva sobre mediación: otro paso más hacia la desjudicialización" en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, N° 20, 2008.

²¹ Este último Reglamento exige expresamente que los acuerdos entre las partes tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poder ser ejecutivos en otro Estado miembro. En atención a tal disposición, el Considerando 21 de la Directiva establece que “*si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro*”.

avance más en la consecución del espacio de libertad seguridad y justicia, y contribuye a la creación de un sistema propio de resolución de controversias dentro de la UE.

En este punto, resulta obligado e imprescindible enfocar el asunto desde el punto de vista internacional privatista²². Existen numerosos instrumentos de cooperación judicial civil sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales. Ejemplos de ello son los dos Reglamentos mencionados en la Directiva, pero también existen otros Reglamentos europeos en materias concretas como alimentos o el título ejecutivo europeo, y diversos instrumentos internacionales, aparte de las disposiciones contenidas en nuestra LOPJ. Por este motivo, en aras de lograr el objetivo consistente en la libre circulación de los acuerdos resultantes de mediación en la UE, es necesario conocer y manejar correctamente estos instrumentos. De esta forma, es posible prever y evitar, que de ellos se derive el rechazo del reconocimiento y ejecución del acuerdo. En este sentido, habrá que prestar especial atención, tal y como señala Diago Diago, P., al juego que puede desempeñar la cláusula del orden público internacional²³.

3. ¿HACIA UNA MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN TODA LA U.E.?

No obstante, una vez producido este avance en la creación de un marco jurídico seguro para el desarrollo de las mediaciones transfronterizas en la UE, se ha puesto de manifiesto que, en general, no ha venido acompañado del impacto práctico esperado, traducido en la cantidad de supuestos reales en los que se ha acudido a mediación²⁴. Es en este contexto, cuando cobra fuerza el debate acerca de la voluntariedad en el acceso a la mediación.

Tal y como se ha señalado, las disposiciones de la Directiva describen unos mínimos que se han de cumplir en la totalidad de Estados de la UE, sin embargo, cada país puede realizar las adaptaciones necesarias, con el fin de promover la mediación. Una de las posibilidades de implantación más contundentes es dotar a la mediación de un carácter obligatorio. Hasta el momento, la mayoría de los países han consagrado su voluntariedad²⁵. Sin embargo, mención especial merece

²² Sobre esta materia concreta destacar los trabajos de Santa-Croce, M. "L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et Européen" en *Gazette du Palais*, juin 2001; y Palao Moreno, G. "La libre circulación de acuerdos de mediación familiar en Europa", en Cano Bazaga, E. (Dir.) *La Libre circulación de resoluciones judiciales en la UE*, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, p. 231 a 241.

²³ Diago Diago, P. "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado" en Calvo Caravaca, A.L./Castellanos Ruiz, E. *La UE ante el Derecho de la globalización*, Colex, 2008, p. 265 a 298, especialmente p.293-296. También se refiere al importante papel que puede desempeñar el orden público internacional en relación con los acuerdos cuyo contenido afecta a derechos u obligaciones no disponibles según el ordenamiento jurídico del Estado en que se solicita la ejecución. Así, establece expresamente que "esta excepción constituye un límite infranqueable, a salvo de la posible actuación de efectos atenuados y su juego puede ser más habitual de lo que cabría pensar, incluso en el ámbito europeo" p. 289.

²⁴ Tal y como se menciona en el Informe del Parlamento Europeo, p. 162, el número de mediaciones es en promedio inferior al 1% de los casos que se han llevado a juicio en toda la UE. Esta cifra, se reconoce que es muy inferior a la que cabría esperar.

²⁵ En España, el Proyecto de Ley de 2011 obligaba a acudir a mediación cuando se trataba de demandas de juicio verbal por razón de cuantía, que consistían en una reclamación de cantidad que no

el caso de la normativa italiana y la postura adoptada por el Parlamento Europeo en su reciente Informe de enero de 2014.

3.1. La voluntariedad de la mediación en la normativa italiana

Italia realizó la transposición de la Directiva de la UE a su ordenamiento jurídico a través del Decreto Legislativo 2010, núm. 28 (*Gazzetta Ufficiale*, 5.3.2010, núm. 53)²⁶, que, en su art. 5, estableció la mediación como condición previa para iniciar un procedimiento, respecto a determinadas materias que presentaban un alto grado de conflictividad. Entre estas materias se encontraban las siguientes: disputas sobre la construcción, los derechos de propiedad, la división, la herencia, las cuestiones familiares, arrendamientos, préstamos, conflictos sobre el alquiler, daños derivados de la circulación de vehículos y embarcaciones, de responsabilidad médica y difamación por la prensa u otro medio, o controversias surgidas en materia de contratos de publicidad, seguros, banca y servicios financieros. Además, Italia es uno de los países que ha optado por extender el ámbito de aplicación de la ley que transpone la Directiva, también a las situaciones puramente internas. Por lo tanto, esta disposición alcanza tanto a los asuntos transfronterizos, como a los internos.

Teniendo esto en cuenta, en todos los litigios sobre alguna de las materias mencionadas, era obligatorio intentar en primer lugar resolverlo a través de mediación, y solo en el supuesto de que ésta no hubiera prosperado, acudir ante los tribunales. En definitiva, el legislador italiano estableció como obligatoria la mediación para todas estas materias que entrañan un alto grado de conflictividad. Ahora bien, esta obligación únicamente conllevaba la necesidad de asistir a una primera sesión informativa, pudiendo cada una de las partes abandonar el procedimiento en el momento que no deseen continuar.

Ello generó una fuerte oposición, tanto por parte de la doctrina como por parte de los operadores jurídicos²⁷, que desembocó en la Sentencia de la *Corte*

excedía de seis mil euros. Esta disposición fue altamente criticada por parte de la doctrina y del propio CGPJ, lo que generó su desaparición en la posterior Ley 5/2012. Véase en este sentido De la Oliva Santos, A., "Mediación y justicia: síntomas patológicos" en *Otrosí*, Nº 8, 2011, p.7-13. También crítica este mecanismo de la obligación obligatoria Alemán Monterreal, A. "La autonomía de la voluntad y la eficacia de los acuerdos mediados en el anteproyecto y en el proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles" en López San Luis, R. (coord.), *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, 2011, p. 217-239, especialmente p. 223-231. Algunos autores incluso califican tal regulación como inconstitucional, por ejemplo Lorca Navarrete, A.M. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación "en asuntos civiles y mercantiles" elaborado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España "con los efectos procesales que de ella derivan"*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010, p. 6-12. No obstante, la actual Ley 5/2012 sí que permite que el tribunal "invite" a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.

²⁶ Texto disponible en el siguiente enlace: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>

²⁷ Véase sobre la normativa italiana en materia de mediación, entre otros, los siguientes trabajos: DE Palo, G./Alvisi, V. "Mediation in Italy: toward a professional practice" en *ADR Bulletin*, vol. 11, Nº 2, 2009; Gabellini, R. "The Italian Mediation Law Reform" en *ADR Bulletin*, vol. 12, Nº 3, 2010; Giampetraglia, R. "La mediación" en *Actualidad Civil*, Nº 10, Octubre 2013, tomo 2; Ginebra Molins, M.E./ Tarabal Bosch, J. "La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación" en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Nº 4, 2013; Pilia,

Costituzionale 272/2012, de 6 de diciembre (*Gazzetta Ufficiale*, 12.12.2012)²⁸. A través de esta sentencia, el Tribunal declaró inconstitucional el Decreto Legislativo de 2010, al entender que el Gobierno se había extralimitado en el ejercicio de la potestad legislativa delegada²⁹. Sin embargo, no se pronunció en cuanto al fondo del asunto, sobre si una norma podía establecer la obligatoriedad de la mediación en determinados supuestos, o si ello era contrario al principio de la tutela judicial efectiva. Es más, pese a la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 del Decreto Legislativo de 2010, parece que deja abierta la posibilidad de que la mediación sea obligatoria. Ello se puede deducir cuando, tras analizar el contenido de la Directiva, el Tribunal concluye que ésta se revela neutral para la elección del modelo de mediación a adoptar³⁰. De esta afirmación, parece estar justificando la adopción de la mediación obligatoria, en la discrecionalidad que la Directiva concede a cada Estado miembro para decidir acerca de la cuestión.

Como consecuencia, un año después de esta sentencia, se dictó el Decreto-Ley de 21 de junio de 2013, n. 69 (decreto “del fare”, convertido en ley de 9 de agosto 2013 n. 98)³¹ que restauró el proceso de mediación como condición de admisibilidad de la demanda respecto de las cuestiones enumeradas en el artículo 5, apartado 1, del Decreto Legislativo n.º. 28/2010. De esta manera, en la actualidad en la normativa italiana continua vigente un sistema de mediación obligatoria en un gran elenco de materias.

3.2. El Informe del Parlamento Europeo: Italia como modelo a seguir

La controversia acerca de la voluntariedad de la mediación, se ha vuelto a poner de manifiesto tras el Informe del Parlamento Europeo, de enero de 2014,

C./ Mancaloni, A.M. "La mediación en Italia (Con la mediación en materia civil y mercantil, Italia elige Europa)" *en Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Nº 28, 2012, p. 387-406.

²⁸ Texto disponible en el siguiente enlace: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

²⁹ En palabras del órgano jurisdiccional remitente, “*là dove non è stata recepita la parte in cui [la legge delega] escludeva che il procedimento potesse costituire condizione di procedibilità della domanda ovvero fosse in grado di precludere, per tutta la sua durata, l'accesso alla giustizia ordinaria*», *ciò in quanto «unico intento» della legge di delega era quello di creare un «organismo deflattivo per la giustizia e non certamente di favorire la creazione di un elemento ostativo al suo accesso*”. Tras un completo análisis de la normativa en conflicto, el Tribunal Constitucional concluye que “*Il denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010. Tale vizio non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché – come sopra messo in rilievo – in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri delladelega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata*”.

³⁰ Concretamente, establece que “*la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Ne deriva che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina*”.

³¹ Texto disponible en el siguiente enlace:

http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2013_0098.htm

titulado “‘*Rebooting` the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*”³².

En este informe, el Parlamento Europeo elaboró una estimación del número de mediaciones anuales que habían tenido lugar en cada país, sobre la base de los datos proporcionados por los distintos Estados. El resultado obtenido fue el siguiente:

Number of mediations	Countries	Nr. of countries	% of countries
More than 10 000	Germany, Italy, Netherlands, UK	4	14%
Between 5 000 and 10 000	Hungary, Poland	2	7%
Between 2 000 and 5 000	Belgium, France, Slovenia	3	11%
Between 500 and 2 000	Austria, Denmark, Ireland, Romania, Slovakia, Spain	6	21%
Less than 500	Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Rep., Estonia, Finland, Greece, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Portugal, Sweden	13	46%

En la tabla anterior se puede observar que únicamente 4 países superan las 10.000 mediaciones anuales. Además, de esos 4 países, Alemania, Países Bajos y Reino Unido han informado de que es posible que realmente no superen las 10.000 mediaciones al año, o que si lo hacen sería por poco³³.

Sin embargo, en Italia durante el año 2012, se constataron un total de 154.879 procesos de mediación, durante el 2013 fueron 41.604, y 179.587 en el año 2014. Los últimos datos muestran que las mediaciones que se produjeron durante el año 2015 ascendían a 196.247³⁴.

Además, la tasa de participación en la mediación más allá de la primera sesión informativa, ha incrementado progresivamente. A su vez, se ha demostrado un aumento manifiesto en la tasa de éxito, en aquellos supuestos en los que las partes continuaban con el procedimiento de mediación³⁵.

³² Disponible en el siguiente enlace:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

³³ Tabla y datos extraídos de las página 120 y 121 del Informe del Parlamento Europeo.

³⁴ Datos extraídos de Ministerio de Justicia de Italia *Civil mediation legislative decree 28/2010 statistics for the period january 1st-september 30th 2015*, Ministero della Giustizia, Dipartimento della Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa. Disponible en el siguiente enlace: [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20as%20of%203rd%20quarter%202015%20v%203.0%20\(ENG\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20as%20of%203rd%20quarter%202015%20v%203.0%20(ENG).pdf) (página consultada a fecha de 23 de febrero de 2017).

³⁵ Del documento citado en la nota a pie anterior, se extraen también datos como que el porcentaje de participación en los procedimientos de mediación más allá de la primera sesión informativa ha pasado

Estas cifras hay que analizarlas teniendo en cuenta que el periodo entre el 15 de diciembre de 2012, hasta el 30 de septiembre de 2013, la mediación obligatoria fue suspendida como consecuencia de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional italiano. Ello explica que sea justamente el año 2013, aquel en el que menos mediaciones se produjeron. En consecuencia, se puede observar una clara interrelación entre la obligatoriedad de la mediación y su empleo, que indican que éste es el método más eficaz para la promoción de este mecanismo de resolución de conflictos.

Analizados estos datos, junto con el resto de medidas y aportaciones facilitadas por los distintos Estados miembros, el Parlamento Europeo concluye en este Informe que la principal medida que deben adoptar para potenciar el uso de la mediación, es dotar de un carácter obligatorio en todos los países de la UE a dicho mecanismo de resolución de conflictos. En concreto, considera que a la hora de definir el grado en el que deben introducirse los elementos obligatorios, lo más adecuado parece un enfoque “mitigado” de la mediación obligatoria. Esta forma atenuada de mediación obligatoria consistiría en que las partes han de asistir necesariamente al proceso de mediación, pero pueden salir de él en el momento en el que no deseen continuar³⁶. Estas medidas cuanto menos obligarían a los litigantes a valorar seriamente la opción de resolver su conflicto mediante la mediación, logrando directamente el objetivo de promover su uso.

A la misma conclusión llegan De Palo, G/D’urso, L. en su análisis³⁷ sobre los distintos modelos de mediación adoptados por los Estados miembros. Para valorar la efectividad de los distintos modelos, tienen en cuenta, por un lado, la tasa de equilibrio entre los procesos de mediación y los judiciales³⁸, y por otro

del 27% entre marzo del 2011 y diciembre del 2012, al 32,4% en el 2013, 40,5% en el 2014, y 45,2% en el 2015. Por su parte, la tasa de éxito en las mediaciones en las que las partes han continuado con el procedimiento tras la sesión informativa, deja cifras bastante alentadoras, ya que se ha mantenido constante entre el 42,4% y el 47%.

³⁶ El razonamiento que se emplea para concluir la adecuación de una mediación obligatoria “mitigada” es la que sigue: “*In defining the extent to which mandatory elements should be introduced, the plain preference of the majority of the respondents would appear to be that of requiring litigants to try mediation before filing a lawsuit, albeit in certain categories of cases only (See Figure 26 on page 152). On closer inspection of the data, however, the study shows that a ‘mitigated’ form of mandatory mediation might be more appropriate. In particular, two mitigated forms of mandatory mediation – namely, compulsory attendance at information sessions and mandatory mediation with the ability to opt-out if litigants do not intend to continue with the process – register a higher preference when assessed in combination. The reason for assessing the scores of these two measures jointly is that they are both centred on the idea of forcing the litigants to at least sit down together to consider mediation seriously. In addition, those who opposed the general idea of mandatory elements in mediation were less resistant to their mitigated forms. As for the choice between the two mitigated approaches, the data strongly suggest that mandatory mediation with opt out is the preferable one. In fact, countries where the other approach was adopted do not have a significant number of mediations; consequently, their national experts are advocating for stronger measures. Lastly, and perhaps most importantly, the model of mandatory mediation with opt-out has been proven to generate positive results, as evidenced by the high occurrence of mediations in Italy, where it is currently the law*”, p. 164

³⁷ De Palo, G./D’urso, L. “Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings”, *op. cit.*

³⁸ La tasa de equilibrio entre los procesos de mediación y los procedimientos judiciales se obtiene de la siguiente fórmula: (número de mediaciones/número de procedimientos judiciales) x 100%.

lado, la tasa de éxito de los procesos de mediación³⁹. Así, observan que en Italia, en los supuestos en los que se obliga a las partes a asistir a la sesión inicial de mediación, la tasa de equilibrio es del 114%, mientras que en los casos en que la mediación es voluntaria, sometida a incentivos y sanciones, desciende hasta el 1%. Por otro lado, en relación con la tasa de éxito, en los casos de la primera sesión obligatoria es del 44%, frente al 60% en los que la mediación es voluntaria. Por lo tanto, se observa una marcada diferencia entre ambos modelos, de un 113%, en la tasa de equilibrio, y un contraste, mucho menos acusado, en la tasa de éxito (del 22%).

Estos datos, resultan especialmente reveladores al tratarse de un mismo Estado, con las mismas normas en materia de mediación, los mismos ciudadanos, empresas, juristas, mediadores, etc. Ello lleva a los autores a concluir que se da una relación directa entre la obligatoriedad de asistir a una primera sesión informativa de mediación, y el aumento del número de procesos de mediación, que no ocurre con el modelo de voluntariedad sometida a incentivos y sanciones. De esta manera, entienden que, en la actualidad, la mejor forma para lograr un impacto real en el número de mediaciones producidas, y obtener esa relación equilibrada entre la mediación y los procesos judiciales, es optar por un modelo de mediación en que asistir a la primera sesión de mediación sea obligatorio. Así, proponen dos posibles soluciones tendentes a alcanzar este objetivo⁴⁰:

- En primer lugar, se propone una modificación del artículo 5.2. de la Directiva. La nueva redacción que se propone del citado precepto sería la siguiente: *“Los Estados miembros garantizarán que se integre una sesión de mediación en el proceso judicial en los asuntos civiles y mercantiles, salvo en aquellos casos que los Estados miembros determinen que no son adecuados para mediación. Los requisitos mínimos que ha de cumplir una sesión de mediación es que las partes deben reunirse con un mediador, sujetos a la condición de que el procedimiento sea no vinculante y rápido, se suspendan los plazos de prescripción y de caducidad, y sea gratuito o de coste limitado si alguna de las partes decide no continuar tras la sesión inicial”*⁴¹.

Al garantizar que esta sesión va a ser dirigida por un mediador profesional, va a suponer un coste bajo para las partes, y éstas van a poder declinar fácilmente continuar con el proceso de mediación, la asistencia a una sesión informativa de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales, no contravendría el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en, el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴². Ello se sostiene si se atiende al pronunciamiento del TJUE⁴³, de 18 de marzo de 2010, en relación con la exigencia de una conciliación extrajudicial obligatoria para los conflictos en

³⁹ La tasa de éxito del proceso de mediación se obtiene de la siguiente fórmula: (número de mediaciones finalizadas con éxito/número de mediaciones totales) x 100%.

⁴⁰ De Palo, G./D'urso, L. “Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings”, *op. cit.*, p. 28

⁴¹ Traducción propia.

⁴² Así como en el art. 67.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el art. 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en el ámbito español, el art. 24.1 CE.

⁴³ Sentencia disponible en el siguiente enlace: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-317/08> (página consultada a fecha de 23 de febrero de 2017).

materia de comunicaciones electrónicas, que se puede transponer a estos supuestos⁴⁴. En esta sentencia, el TJUE concluye que el recurso obligatorio a un procedimiento de conciliación, con carácter previo a un proceso judicial, no contraviene el derecho de tutela judicial efectiva “cuando no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando (...) sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija”.

De esta manera, los Estados deberían modificar sus legislaciones internas, para hacer obligatoria la asistencia a una sesión inicial de mediación, con carácter previo al procedimiento judicial.

- En defecto de reforma del art. 5.2, se propone la alternativa de que desde la UE se impulse a todos los Estados miembros a usar la versión actual del mismo, pero de manera más eficiente. En concreto, sugieren que el Parlamento Europeo solicite a la Comisión que envíe una carta a los gobiernos de los distintos países, pidiéndoles que midan la tasa de equilibrio entre la mediación y el procedimiento judicial, y que exploren las razones por las que no se logra dicho equilibrio. La ausencia de respuesta o la no consecución de esa relación equilibrada podrían acarrear la iniciación de un procedimiento de infracción por incumplimiento de la Directiva.

A través de esta medida se estaría obligando a los Estados únicamente al resultado, es decir, a conseguir una relación equilibrada entre la mediación y el procedimiento judicial. Sin embargo, quedarían a su elección las vías por las cuales lograrlo.

En cualquier caso, las conclusiones alcanzadas por el Parlamento Europeo en su Informe del 2014, así como en el análisis de De Palo, G/D'urso, L.⁴⁵, permiten prever la adopción de futuras medidas en el seno de la UE a estos efectos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En los últimos tiempos hemos asistido a un impulso de la mediación sin parangón en la Historia del Derecho de la UE, gracias a la aprobación de la Directiva 2008/52/CE y su adaptación en las diferentes legislaciones de los Estados miembros. Este instrumento jurídico, fija las bases del procedimiento de mediación transfronteriza en la UE, así como los principios básicos en los que éste método de resolución de conflictos se ha de basar.

Por un lado, la transposición de la Directiva a las legislaciones internas de cada Estado miembro supone una armonización de los principios fundamentales que todo proceso de mediación transfronteriza ha de cumplir. Fundamentalmente, se garantiza la voluntariedad, la presencia de un tercero imparcial y neutral, la

⁴⁴ Véase De Palo, G./D'urso, L. “Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings”, *op.cit.*, p. 25-26.

⁴⁵ De Palo, G./D'urso, L. “Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings”, *op.cit.*, p. 28

confidencialidad, la profesionalidad del mediador, y la buena fe, respeto mutuo y deber de colaboración de las partes. Además, una vez adaptados esos mínimos, cada país puede exigir unos requisitos más estrictos, con la finalidad de fomentar en mayor medida el empleo de la mediación.

Por otro lado, uno de los grandes logros que esto conlleva, es la garantía de que todo acuerdo resultante de una mediación en la UE podrá adquirir carácter ejecutivo y, por consiguiente, ser reconocido y ejecutado en el resto de Estados miembros según los Reglamentos de la Unión aplicables en cada caso. Ello supone un nuevo avance en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, favoreciendo la libre circulación de los acuerdos resultantes de mediación en la UE.

Sin embargo, este avance en la creación de un marco jurídico seguro para todas las mediaciones transfronterizas en la UE, y el ahorro en costes y tiempo que supondría para las partes el recurso a la mediación, no se ha traducido en un aumento decidido en el empleo de este mecanismo de resolución de conflictos. Es entonces, cuando cobra relevancia de nuevo el principio de la voluntariedad, que la Directiva lo consagra como una característica de la mediación, en diferentes preceptos. Sin embargo, tal y como se ha visto, no impide que las legislaciones de los Estados miembros hagan obligatorio el uso de la mediación, o la sometan a incentivos. De esta manera, la interpretación y el alcance del principio de voluntariedad, queda en manos de los Estados, que al trasponer la Directiva pueden optar por imponer el uso de la mediación como vía previa a la judicial, en determinadas materias, manteniendo eso sí, el espíritu de voluntariedad que exige el desarrollo consiguiente del proceso de mediación.

Pese a que la práctica totalidad de los Estados han optado por establecer la voluntariedad como principio en el acceso a mediación, no es el caso de Italia. La normativa de este país prevé la mediación obligatoria respecto a determinadas materias. De esta forma, cuando el conflicto verse sobre alguna de las materias especificadas, los tribunales no aceptarán la demanda si no se ha recurrido con anterioridad a la mediación, y ésta ha fracasado.

A la vista de las estadísticas aportadas por el Ministerio de Justicia de Italia, se puede concluir que el éxito (por lo menos cuantitativamente) de la mediación, pasa por hacerla obligatoria, siguiendo el modelo italiano. Por ello, el Parlamento Europeo concluye en su Informe del año 2014, que la principal medida que se debe adoptar para potenciar el uso de la mediación, es dotar de un carácter obligatorio en todos los países de la UE a dicho mecanismo de resolución de conflictos.

Ello permite prever la adopción de futuras medidas en el seno de la UE, tal vez mediante una modificación de la Directiva a estos efectos, o quizás (y esto tendría una contundencia mucho mayor), a través de la elaboración de un Reglamento. Sin duda, una alteración de esta envergadura, supondría un enorme impacto en los sistemas judiciales de los Estados miembros, que se verían obligados a adaptar esta medida en su normativa interna. El efecto sería todavía mayor, en aquellos países como España, en los que la transposición de la Directiva se ha realizado mediante una ley que regula tanto las mediaciones transfronterizas, como las meramente nacionales. Es por ello que, salvo indicación que pudiera hacerse en contrario, la disposición proveniente de la UE, de imponer la mediación como obligatoria, se aplicaría asimismo a mediaciones puramente internas.

M. C. Chéliz: “¿La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los estados miembros?”

De todo lo expuesto se deduce claramente el importante papel que ha desempeñado la UE en la promoción del arreglo pacífico de controversias, y el que, sin duda, continuará ejerciendo en el futuro, a la luz de las recientes propuestas formuladas por el Parlamento Europeo.