

La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación

M. Esperança Ginebra Molins
Jaume Tarabal Bosch

Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona

*Abstract**

La voluntariedad constituye el presupuesto de cualquier análisis sobre la mediación. De entre sus diversas manifestaciones, destacan la libertad de acogerse al procedimiento y la posibilidad de desistir del mismo en cualquier momento. Sin embargo, en relación con su primera manifestación —libertad de acogerse a la mediación—, el principio de voluntariedad parece admitir ciertas modulaciones, debidas, por una parte, a la exigencia legal, en algunos casos, del uso de la mediación como condición de procedibilidad ante los tribunales (mandatory mediation) y, por otra, a la discutida admisibilidad de las llamadas “cláusulas de mediación”. El estudio se centra en estas últimas. En particular, se analiza el debate que éstas han generado, su eficacia —tanto ordinaria (derivada de su cumplimiento) como extraordinaria (consecuencia de su incumplimiento)— y la cuestión de sus posibles contenidos.

Voluntariness is a prerequisite of any study on mediation. Among its many implications, a mention has to be made of the parties' freedom to start mediation proceedings and to put an end to them at any time. However, regarding the former —the freedom to opt in— the principle appears to admit a certain degree of flexibility. This is due, on the one hand, to the existence of cases of mandatory mediation prior to litigation and, on the other, to the controversial admissibility of mediation clauses. This paper focuses on the latter. In particular, it analyses the debate surrounding the validity of mediation clauses as such and their effectiveness, both when performance occurs and when one of the parties fails to comply, as well as the question regarding their possible content.

Title: Mandatory mediation by agreement of the parties: mediation clause

Palabras clave: mediación, voluntariedad, cláusula de mediación, conflictos transfronterizos, declinatoria

Keywords: mediation, voluntariness, mediation clauses, cross-border disputes, motion to dismiss

* Este trabajo ha sido galardonado con el Accésit al VII Premio José María Cervelló de Derecho de los Negocios (2013). El estudio se enmarca en los Proyectos de investigación DER 2011-26892, y DAS-UB “La Implementación de Métodos Alternativos en la Resolución de Conflictos (*Alternative Dispute Resolution Methods*) en el ámbito asegurador” (D.A.S. Internacional, S.A.).

Sumario

1. La ductilidad del principio de voluntariedad en la mediación
 - 1.1. La mediación obligatoria (*mandatory mediation*)
 - 1.2. La “obligación de mediar” derivada de la voluntad de las partes
 - 1.3. La mediación en los “conflictos transfronterizos”
2. Cláusulas y convenios de mediación. Matices terminológicos necesarios
3. La cláusula de mediación en sentido estricto
 - 3.1. Cuestiones generales
 - 3.2. La eficacia de la cláusula de mediación
4. Posibles contenidos de la cláusula de mediación
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. La ductilidad del principio de voluntariedad en la mediación

La voluntariedad constituye la esencia de la mediación. Aparece en toda definición de la institución¹ y se consagra, además, indefectiblemente como uno de sus principios nucleares², si no el primordial. Es, pues, el presupuesto de cualquier análisis sobre mediación³.

Desde la perspectiva de las partes, la voluntariedad se manifiesta en todas las fases del procedimiento y, por lo tanto, en principio, también en su inicio. Así, generalmente, las partes son libres de acogerse al procedimiento⁴ y, en todo caso, de desistir de él en cualquier momento⁵ y de alcanzar o no un “acuerdo de mediación”⁶.

Ciertamente, el principio de voluntariedad es inderogable con relación a la posibilidad de desistir, durante el procedimiento, y en cuanto a la no necesidad de alcanzar un acuerdo. En cambio, respecto al primer momento (voluntad de acogerse al procedimiento), el principio de voluntariedad parece admitir ciertas modulaciones, por una parte, en la llamada “mediación obligatoria” (*mandatory mediation*) y, por otra, la que resulta de las llamadas “cláusulas de mediación”.

Sin contestar el principio de voluntariedad, otra modulación de carácter más leve puede derivar de aquellas medidas tendentes a potenciar la institución a través de incentivos económicos (por ejemplo en materia de tasas y costas procesales, art. 8.5 Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses [modificado por el Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero] y art. 395.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de

¹ Así, por ejemplo, art. 3.a y considerando 13 Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L 136, 24.5.2008); art. 1 y Preámbulo II § 2 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles [LMACM] (BOE núm. 162, 7.7.2012); § 15 Preámbulo y art. 1 Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado [LMADP] (DOGC núm. 5432, 30.7.2009).

² Véanse, entre otros, art. 6.1 y Preámbulo III § 1 LMACM; art. 5.1 y Preámbulo § 16 LMADP.

³ LAUROBA, BARRAL, TARABAL y VIOLA (2010), p. 839.

⁴ Art. 3.a Directiva 2008/52/CE; arts. 1, 6.1 y 19 LMACM y arts. 1.1, 5, 11 LMADP.

⁵ Considerando 13 Directiva 2008/52/CE; arts. 6.3 y 17.1 LMACM; y arts. 5 y 15.1 LMADP.

⁶ Arts. 22 y 23 LMACM y arts. 13.b., 18 y 19.4 LMADP.

enjuiciamiento civil [LEC]) o programas de información y divulgación (véase el art. 414.1 LEC)⁷.

Con el objetivo de promover el uso de la mediación y presuponiendo su carácter voluntario, la [Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) (en adelante, Directiva) da un amplio margen al legislador nacional para elegir el modelo⁸. Así, permite que el procedimiento “sea iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro” (art. 3.a), es decir, preverlo como voluntario —ya sea esta voluntad “pura” o “inducida”— u obligatorio —por mandato judicial o legal—. También prevé que pueda someterse a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que no se impida a las partes el acceso al sistema judicial (art. 5.2)⁹. Lo que en ningún caso se admite —según el Parlamento Europeo—, para no perjudicar el acceso a la justicia, es la “imposición indiferenciada de un sistema obligatorio de ADR a escala de la Unión Europea”¹⁰.

1.1. La mediación obligatoria (*mandatory mediation*)

La neutralidad de la Directiva admite que la mediación se configure como obligatoria. En la *mandatory mediation*, la “obligación de mediar” deriva inmediata o mediatamente de la ley. Así, la ley puede prescribir la mediación como requisito de procedibilidad —con carácter general o para determinadas materias— (opción calificada en la doctrina anglo-americana

⁷ Considerando I y §§ 6, 19, 44, 45 y, sobre todo, 39, 43 y 46 de la [Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia \(2011/2117 \[INI\]\)](#).

Asimismo, según el [estudio elaborado por DE PALO, FEASLEY Y ORECCHINI, por encargo del Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo](#), “[a] *successful mediation implementation plan should include incentives (“carrot”) and regulations (“stick”) to induce stakeholders at every level to engage in mediation. By incentivizing the implementation of mediation, there is a greater likelihood of lasting adoption of mediation*” (DE PALO, FEASLEY y ORECCHINI [2011, p. 18]).

⁸ Véase el [Informe, de 15 de julio 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 \[INI\]\)](#).

⁹ En este sentido, debe citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), 18.3.2010, relativa a los asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08. En ella, el TJUE indica que el hecho de que una normativa nacional haya dispuesto la obligatoriedad del recurso a un procedimiento de ADR con carácter previo al ejercicio de una acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que —entre otros requisitos concernientes a la específica normativa enjuiciada— no conduzca necesariamente a una decisión vinculante para las partes, no implique un retraso sustancial a la vía judicial, suspenda la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasione gastos, o estos sean poco significativos.

¹⁰ Véase § 10 de la [Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia](#).

como *categorical approach*) o bien habilitar al juez para que, en función de las circunstancias del caso, imponga a las partes acudir a mediación (*discretionary approach*)¹¹.

Pese a que mediación y obligatoriedad parecen conceptos antitéticos y aunque pueda afirmarse que la expresión *mandatory mediation* constituye un oxímoron (WINSTON [1996, pp. 188-189], SANDER [2007, p. 16] y QUEK [2010, pp. 479-509]) diversos ordenamientos jurídicos la han integrado en su sistema de ADR (*alternative dispute resolution*), “obligando” a las partes a iniciar, en determinadas materias, el procedimiento “voluntario” de mediación.

En un sentido amplio, la *mandatory mediation* incluiría tanto los supuestos en que la “obligación de mediar” deriva inmediata (*categorical approach*) o mediatamente (*discretionary approach*) de la ley, como aquellos sistemas (*quasi-compulsory*) que promueven el recurso a la mediación a través de incentivos o que penalizan su no utilización sin prever como requisito el intento de mediación (HANKS [2012, p. 931]). Sin embargo, creemos que sólo puede hablarse propiamente de mediación obligatoria cuando su intento se configura como paso previo necesario antes de acudir a los tribunales, ya sea porque lo ordena directamente la ley (obligatoriedad legal), o el juez ante el caso concreto (obligatoriedad judicial).

La temprana y controvertida transposición italiana de la Directiva 2008/52/CE constituye el paradigma de obligatoriedad legal. Italia fue, de hecho, uno de los primeros Estados europeos en transponer la Directiva 2008/52/CE¹² y, con el objetivo de impulsar la institución, lo hizo apostando firmemente por la mediación. Así, en ejecución de la delegación del Parlamento (art. 60 de la Ley de 18 de junio de 2009, núm. 28) el Gobierno italiano dictó el Decreto Legislativo 2010, núm. 28 (*Gazzetta Ufficiale*, 5.3.2010, núm. 53), que, en su art. 5, configuró la mediación como “*condizione di procedibilità*” para determinadas materias que presentaban un alto grado de conflictividad (sistema de obligatoriedad legal)¹³. Ello se hizo, sin embargo, sin involucrar a todos los operadores

¹¹ Sobre la distinción entre *categorical* y *discretionary approach*, véase SANDER (2006-2007) y QUEK (2010, pp. 480-481).

¹² A diferencia de otros Estados, entre ellos España, Italia cumplió el plazo de transposición de la Directiva, que vencía el 21 de mayo de 2011, excepto en lo relativo a la designación de los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes para realizar la homologación judicial que reconoce ejecutividad a una mediación transfronteriza, previsión que debía ser incorporada a los ordenamientos internos antes del 21 de noviembre del 2010.

¹³ Art. 5.1 Decreto Legislativo 28/2010: “*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione e'*

jurídicos, lo cual desencadenó una fuerte oposición¹⁴. Finalmente, la Sentencia de la *Corte Costituzionale* 272/2012, de 6 de diciembre (*Gazzetta Ufficiale*, 12.12.2012), entendió que el Gobierno se había extralimitado en el ejercicio de la potestad legislativa delegada; ello supuso, en un principio, la terminación de esta primera experiencia italiana de mediación obligatoria en materia civil y mercantil, pero no prejuzga, ni mucho menos, la legitimidad de la opción.

Sea como fuere, la aplicación del Decreto legislativo italiano antes de su declaración de inconstitucionalidad por "*eccesso di delega*" dio lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁵. En ella, el TJUE fue llamado a manifestarse, entre otros aspectos, precisamente, sobre la legitimidad del modelo de obligatoriedad italiano¹⁶. Con relación a este caso, la Comisión Europea fijó de manera muy clara los límites del principio de voluntariedad en la mediación. De las observaciones de la Comisión¹⁷ se desprende que dicho principio es dúctil, si bien exclusivamente respecto al inicio del procedimiento; no lo es, en cambio, en relación con el resto de sus fases. En definitiva, se confirma la idea de la que partimos: la libertad de las partes de abandonar el proceso en cualquier momento o de alcanzar o no un acuerdo de mediación no admite ningún tipo de interferencia. Ello se suele ilustrar mediante la recuperación de un proverbio que ha hecho fortuna en este ámbito: "*A man may lead a horse to the water, but four and twenty canna gar him drink*" (WINSTON [1996, pp. 187-206], QUEK [2010, p. 492] y PALAO [2013, p. 656]).

condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza (...).

¹⁴ Oposición que se concretó, por ejemplo, en la huelga convocada por el *Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana* (OUA) el 23 de junio de 2011. La secuencia de los hechos puede consultarse en http://www.oua.it/NotizieOUA/scheda_notizia.asp?ID=6371, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=14641>, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=14072> y <http://www.altalex.com/index.php?idnot=13858>.

¹⁵ Se trata de la cuestión prejudicial presentada por el *Giudice di Pace di Mercato San Severino* (Italia) el 26 de septiembre de 2011, relativa al caso *Ciro Di Donna v. Società imballaggi metallici Salerno Srl* (SIMSA) (Caso C-492/11, DOUE C 347 [26.11.2011]).

¹⁶ Además de configurar la tentativa de mediación como requisito de procedibilidad para determinadas materias (art. 5), el Decreto legislativo 28/2010 facultaba al mediador a formular una propuesta de acuerdo, aunque las partes no lo solicitaran (art. 11). La libertad de las partes de aceptar o rechazar dicha propuesta quedaba en entredicho debido a las consecuencias que se vinculaban al eventual rechazo, en caso de que la sentencia acabara coincidiendo enteramente con la propuesta del mediador, a saber: la exclusión, en perjuicio del vencedor del pleito, de la condena en costas del vencido y del reembolso de los gastos, además de tener efectos en materia de tasas judiciales (art. 13).

¹⁷ Véanse las "*Osservazioni scritte*" enviadas al TJUE por la Comisión Europea, 2.4.2012, (S.J.g [2012]416803). Las [Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott](#) pusieron de relieve la innecesariedad, en aquel momento, de que el TJUE resolviera la cuestión prejudicial por haber sido declarados inconstitucionales los preceptos afectados.

Recientemente, el Gobierno italiano ha aprobado, a través de un *Decreto-Legge* núm. 69, 21.6.2013, unas *Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*, entre las que ha reformado el Decreto Legislativo 2010, núm. 28, en materia de mediación. Al respecto, ha reinstaurando, entre otras, las previsiones de los arts. 5, 11 y 13 del mismo, concernientes a la obligatoriedad de la mediación para determinados conflictos civiles, excluyendo —a requerimiento del colectivo de los abogados— las controversias relativas a daños derivados de accidentes de circulación (véase el [Comunicado del Consejo de Ministros, 15.6.2013](#), DE PALO [2013, pp. 140-141]). Así, por la vía del *Decreto-Legge*, el Gobierno italiano ha eludido la tacha formal de inconstitucionalidad puesta de manifiesto por la Sentencia de la *Corte Costituzionale* 272/2012, de 6 de diciembre; sin embargo, ello no prejuzga que, ante las numerosas reacciones contrarias que ya ha provocado, pueda acabar siendo declarado inconstitucional por razones de fondo, al margen de que vuelve a poner sobre la mesa alguno de los temas que planteó la cuestión prejudicial antes mencionada.

1.2. La “obligación de mediar” derivada de la voluntad de las partes

La voluntariedad inicial de acogerse a la mediación puede también resultar comprometida incluso en los sistemas o ámbitos de mediación no obligatoria. En este sentido, desde los albores de la institución, se plantea la problemática específica de las llamadas “cláusulas de mediación” y su eventual eficacia. Mediante dichas cláusulas, las partes se comprometen a someter a mediación las eventuales controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica. En tal caso, conviene puntualizar que la pretendida “obligación de mediar” proviene, no ya de la ley, sino directamente de la voluntad de las partes.

Al margen de las “cláusulas de mediación” objeto de nuestro estudio, conviene advertir que existen también supuestos en los que la “obligación de mediar”, pese a derivar de la autonomía de la voluntad, no proviene de la manifestada por las partes implicadas en la eventual controversia futura, sino de la voluntad unilateral de un tercero, ajeno al conflicto. Piénsese, por ejemplo, en la cláusula en la que el testador prevé que los conflictos relativos a su sucesión que puedan surgir entre herederos y legatarios deba resolverse acudiendo a mediación, pudiendo incluso vincular consecuencias a la actitud no colaborativa de las partes enfrentadas.

Puestos a elucubrar, cabría también plantear la hipótesis de un heredamiento —negocio jurídico bilateral— que contuviera una cláusula en la que el causante impusiera a los beneficiarios no otorgantes la obligación de intentar la mediación ante cualquier controversia. Adviértase que en este supuesto la mediación vendría impuesta por una manifestación bilateral de voluntad ajena a las partes del eventual conflicto.

En cualquier caso, centrándonos en las “cláusulas de mediación” convenidas por las propias partes del eventual conflicto futuro, hay que puntualizar que la problemática ligada a su utilización sólo puede plantearse en aquellos ámbitos en los cuales la mediación no se configura legalmente como obligatoria, pues, de lo contrario, la disquisición deviene superflua —a no ser que se trate de cláusulas que se limiten a fijar cuestiones accesorias, al

margen de la voluntad principal de resolver los conflictos que puedan surgir en el marco de una determinada relación jurídica a través de mediación (véase epígrafe 4)—; de poco sirve prever contractualmente el recurso a la mediación si ya la propia ley obliga a intentarla como paso previo necesario a la jurisdicción.

La ley española de transposición de la Directiva ([Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles](#) [LMACM]) proclama que “la mediación es voluntaria” (art. 6.1). Quizás la sombra de experiencias procesales anteriores¹⁸ hizo que no acabara prosperando ni tan siquiera el tímido intento de imponer la mediación para ciertos asuntos, de escasa cuantía.

El Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de febrero de 2010 preveía introducir un nuevo apartado 3 en el art. 437 LEC y un nuevo apartado 2 en el art. 439 LEC, conforme a los cuales en determinados juicios verbales por razón de la cuantía hubiera sido preceptivo el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda (véase DF 2^a.10 del Anteproyecto). Ello no ha sido recogido en la LMACM. Según ORTUÑO MUÑOZ, “[l]a decisión de apartarse en este punto de la obligatoriedad puede estar fundamentada en la dificultad de incorporar el sistema sin contar con un elenco suficiente de mediadores profesionales formados en la materia”; como destaca este autor, “[e]l riesgo de que se convirtiera en un trámite burocrático es muy alto, con el desprestigio consiguiente de la mediación y su asimilación a los asuntos “bagatela” o de menor entidad cuando, precisamente, es un instrumento cuya utilidad es mayor en conflictos de gran complejidad” (ORTUÑO [2012, p. 265]).

Actualmente, la Ley española se refiere a la mediación obligatoria únicamente cuando la obligatoriedad resulte de la ley extranjera aplicable al caso (art. 3.1 LMACM). Partiendo de ello, cabe hoy aprovechar el fecundo debate suscitado en otros sistemas, sobre todo anglo-americanos, en torno al alcance y efectos de las “cláusulas de mediación”¹⁹, máxime teniendo en cuenta que, como en seguida veremos, el legislador español ha reconocido expresamente cierta eficacia a tales cláusulas, básicamente a través de su posible invocación ante los tribunales mediante declinatoria (arts. 6.2 y 10.2.III LMACM y arts. 39, 63 y ss. LEC). De la resolución de los problemas que tales cláusulas plantean, no sólo en el plano sustantivo sino también en clave de derecho internacional privado, depende su utilización eficiente por los operadores jurídicos.

1.3. La mediación en los “conflictos transfronterizos”

De lo expuesto se deriva que en el ámbito europeo pueden coexistir sistemas muy diversos de mediación: desde sistemas de mediación obligatoria hasta sistemas absolutamente voluntarios. Por consiguiente, determinar cuál sea la concreta ley aplicable adquiere

¹⁸ En este sentido, ante los resultados poco satisfactorios de la regulación anterior, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil confirió al acto de conciliación carácter meramente facultativo (EM Ley 34/1984, § 21; véase el art. 460 LEC 1881 [redacción de 1984 y actual, tras la reforma introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre]).

¹⁹ Véase, desde una perspectiva de Derecho comparado, ALEXANDER (2009, pp. 171-213).

especial relevancia. De hecho, aunque la Propuesta de Directiva no había limitado su ámbito de aplicación a los conflictos transfronterizos, el texto final de la Directiva se refiere únicamente a éstos (art. 1.2 y Considerando 8).

Según el Considerando 8 de la Directiva: “Las disposiciones de la presente Directiva sólo se refieren a los procedimientos de mediación en conflictos transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional”. Ello se concreta en el art. 1.2 en los términos siguientes: “La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente (...)”.

La Resolución del Parlamento Europeo, 25.10.2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia (§ 6), justifica la especial atención de la acción comunitaria a las disputas transfronterizas “dada la complejidad, el elevado coste y la duración del procedimiento judicial para la resolución de conflictos transfronterizos”; véase, también, § 17 de la misma Resolución.

Este ámbito objetivo enlaza con el contemplado por el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que se refiere al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales que está en la base de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza; a estos efectos, se prevé la adopción de medidas que garanticen el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios (art. 81.2.g TFUE)²⁰.

El elemento relevante que toma en consideración el art. 2 de la Directiva para determinar el carácter transfronterizo de un conflicto es el del domicilio o residencia habitual de las partes en distintos Estados miembros, prescindiendo de su nacionalidad; circunstancia que debe concurrir en uno de los cuatro momentos siguientes: “en la fecha en que: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o b) un tribunal dicte la mediación, c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes”. En el ámbito de la Directiva, el domicilio se determinará de conformidad con los arts. 59 y 60 del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, 22.12.2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), mientras que la residencia habitual se presenta como un concepto eminentemente fáctico.

Además, según el apartado 2 del mismo art. 2, “a efectos de los artículos 7 (confidencialidad de la mediación) y 8 (efectos de la mediación sobre los plazos de la caducidad y prescripción) de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la

²⁰ Sobre los beneficios de acudir a la mediación en los conflictos transfronterizos, véase PALAO (2013, p. 654).

mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c) (...)."

Con todo, a la hora de trasponer la Directiva, la mayoría de los Estados no han circunscrito la normativa a los conflictos transfronterizos en el seno de la Unión Europea, sino que, por un lado, han aprovechado para regular la institución también desde el punto de vista interno, posibilidad que apunta la propia Directiva, y, por otro, han abordado los conflictos transfronterizos más allá de los límites de la Unión.

La noción de conflicto transfronterizo que incorpora la LMACM no es idéntica a la prevista en la Directiva. En primer lugar, porque para determinar el carácter transfronterizo de la mediación (esto es, la heterogeneidad del supuesto), el art. 3 LMACM se fija en "cuando [las partes] acuerdan hacer uso de la mediación o sea obligatoria acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable", reconduciendo a dos los momentos relacionados en la Directiva y prejuzgando que la ley aplicable al caso está identificada (véase, asimismo, el art. 2.1.I LMACM). La ley española se distancia también de la Directiva, en segundo lugar, porque considera también transfronterizos "los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto" (art. 3.1 LMACM)²¹; llama la atención que la ley considere relevante la mera pretensión —subjetiva— de ejecución y no la solicitud —objetiva y efectiva— de ejecución extraterritorial y que, además, limite el supuesto al traslado del domicilio de alguna de las partes (ESPLUGUES [2012, pp. 179-181]).

Como se ha dicho, tanto la Directiva como la LMACM presuponen la previa determinación de una ley aplicable según las reglas del Derecho internacional privado; así, la propia definición de conflicto transfronterizo de la que se parte contempla que pueda resultar "obligatorio acudir a la misma [a la mediación] de acuerdo con la ley aplicable" (art. 3.1 LMACM). En este contexto, la duda que se nos plantea es si la ley que, según el precepto, obliga a acudir a mediación es la aplicable al fondo —en la medida en que la ley puede vincular la obligatoriedad de la mediación a determinadas materias²²— o, en cambio, se está refiriendo a la ley aplicable al procedimiento —si la obligatoriedad de la mediación resultara de criterio distinto al de la materia, como, por ejemplo, la cuantía del asunto²³—. En otros preceptos, también imprecisos al respecto, el contexto ayuda a resolver la duda

²¹ En cuanto al concepto de domicilio, el art. 3.2 LMACM sigue el criterio de la Directiva y remite a los arts. 59 y 60 del Reglamento Bruselas I.

²² Véase, por ejemplo, el art. 5 Decreto Legislativo italiano 28/2010 (reproducido *supra*, en nota 13).

²³ Tal y como preveía la DF 2ª.10 Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 19 de febrero de 2010.

(así, por ejemplo, entendemos que la “legislación aplicable” a la que se refiere el art. 2.1.I LMACM *in fine* es la aplicable al fondo), pero, en general, tal indefinición resulta criticable.

Sea como fuere, la Directiva, a pesar de centrarse en los conflictos transfronterizos, no contiene reglas que precisen cuál sea la ley aplicable a la mediación referida a los mismos, y la LMACM se limita a establecer al respecto una norma de conflicto unilateral, según la cual, “[e]n defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español” (art. 2.1.II LMACM). Así pues, como no podría ser de otro modo y en concordancia con el peso específico del principio de voluntariedad y la flexibilidad que preside el procedimiento, se prioriza el sometimiento expreso o tácito de las partes a la ley.

Sin embargo, debe precisarse que la ley aplicable a la mediación no es en absoluto la única a determinar. De entrada, la ley aplicable al fondo del asunto estará en función de la materia sobre la que verse la mediación. Así, por ejemplo: la determinada por el Reglamento Roma II²⁴ si el conflicto se refiere a una relación obligatoria extracontractual; la que designe el art. 10.1 del Código Civil Español (CC) si la controversia versa sobre relaciones jurídico-reales; o la que establezca el Reglamento Roma I²⁵ si el conflicto trata, en cambio, de materia contractual.

Además, cabe aún plantear cuál sería la ley aplicable a las cuestiones suscitadas por una eventual cláusula o convenio de mediación y a su posible eficacia (arts. 6.2 y 10.2 LMACM). Respecto a ello, entendemos que, al tratarse de materia de naturaleza claramente contractual, habría que estar a las normas de conflicto del Reglamento Roma I. En este sentido, conviene advertir que las cláusulas de mediación no se encuentran excluidas del ámbito de aplicación objetivo del Reglamento Roma I, a diferencia de lo que sí ocurre con “los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente” (art. 1.2.e Reglamento Roma I). Dicho Reglamento conduce, en primer lugar, a la ley que libremente hayan elegido las partes (art. 3 Reglamento Roma I)²⁶ y, sólo a falta de elección, remite a otros criterios de determinación (art. 4 Reglamento Roma I)²⁷.

El papel preeminente de la autonomía de la voluntad respecto a la ley aplicable —en caso de “conflicto de leyes”— a la mediación, al contrato y, en último término, a la cláusula de

²⁴ 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 (DOCE L 199, 31.7.2007 [pp. 0040 - 0049]).

²⁵ 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 (DOCE L 177, 4.7.2008 [pp. 0006 - 0016]).

²⁶ Así lo destaca también el Considerando 11 del mismo Reglamento Roma I, según el cual: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”.

²⁷ Al respecto, véanse también Considerandos 19, 20 y 21 Reglamento Roma I.

mediación²⁸ puede hacer que las tres leyes coincidan, pero, precisamente, en ejercicio de esta misma autonomía, las partes pueden hacerlas divergir²⁹. De este modo, por ejemplo, en un contrato de compraventa celebrado en París entre un londinense y un barcelonés, éstos podrían perfectamente someter el contrato a la ley inglesa, intentar la mediación según el Derecho francés y —¿por qué no?— elegir la ley española para que fuera ésta la que rigiera las cuestiones relativas a la cláusula de mediación; serán en cada caso las partes quienes, según criterios de conveniencia, deberán valorar cuál es la combinación que mejor se adapta a sus particulares intereses.

2. Cláusulas y convenios de mediación. Matices terminológicos necesarios

La heterogeneidad de la terminología empleada, tanto legal como doctrinalmente, para designar la incidencia, en distintos planos, de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la mediación aconseja detenerse a precisar el significado de términos que, aunque relacionados, no hay que confundir.

La expresión más extendida para referirse a la estipulación incorporada a un contrato a través de la cual las partes se comprometen a someter a mediación las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica es la de “cláusula de mediación” (*mediation clause*). Frente a esta expresión y haciendo un paralelismo con la terminología propia del arbitraje, podría también hablarse de “convenio de mediación”, con la ventaja que ello permitiría abarcar, no sólo la cláusula incorporada a un contrato, sino también un eventual acuerdo independiente (art. 9 [Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje](#) [en adelante, LA]). En cualquier caso, no obstante esta ventaja, en las páginas que siguen emplearemos la expresión “cláusula de mediación” para designar ambas manifestaciones, por ser ésta la terminología más comúnmente utilizada.

La conceptualización usual como cláusula de mediación supone dejar fuera de su alcance el pacto adoptado por las partes ante una controversia ya surgida y contemplar únicamente aquella que, con carácter preventivo, se refiere a conflictos futuros. Esta precisión no la ofrecen, en cambio, otros términos que a veces se emplean como sinónimos al de “cláusula de mediación”, como, por ejemplo, “compromiso” o “pacto”³⁰ de mediación —aunque en

²⁸ Conviene advertir que en cada uno de estos ámbitos los elementos relevantes a tener en cuenta para determinar la heterogeneidad del supuesto no tienen por qué coincidir con los tomados en consideración para calificar de transfronterizo el conflicto sometido a mediación.

²⁹ De hecho, el art. 3.1 del Reglamento Roma admite incluso que las partes puedan designar “la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

³⁰ Véase, por ejemplo, art. 6.2 LMACM: “Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe...” (el destacado es nuestro). A continuación, el mismo precepto refiere la expresión “cláusula” exclusivamente a conflictos futuros.

algunos casos del contexto pueda desprenderse que estos términos se circunscriben a una sola de sus proyecciones³¹—. Este matiz se refleja oportunamente en la contraposición angloamericana —no siempre utilizada con propiedad— entre *mediation clause* y *agreement to mediate* (ALEXANDER [2009, pp. 171-213]). Adviértase que esta última expresión constituye en realidad un *false friend*, pues entre nosotros el “acuerdo de mediación” no se sitúa al inicio del procedimiento sino precisamente en su fase final, si concluye con éxito³².

Con todo, pese a la mayor precisión de la expresión “cláusula de mediación”, ésta tampoco está exenta de problemas, pues en ella podrían también tener cabida otro tipo de cláusulas. Así, en sentido amplio, también serían cláusulas relativas a la mediación aquellas en las que acudir a la misma se configura como una mera posibilidad que pretende incentivarse; sería éste el caso, por ejemplo, de la cláusulas de un contrato de seguro de defensa jurídica que cubriera los gastos derivados de acudir a mediación, si el asegurado decidiera optar por esta vía; la aseguradora podría incluso poner a disposición del asegurado un mediador para facilitar el acuerdo extrajudicial entre el asegurado y el tercero en discordia. Asimismo, otra posible cláusula, de naturaleza claramente distinta de las “cláusulas de mediación” que nos ocupan, pero también referida a la mediación, cuya inclusión podría plantearse en un contrato de seguro de defensa jurídica, sería aquella en la que la compañía aseguradora configurara el intento de mediación por parte del asegurado como presupuesto o requisito para cumplir las obligaciones de la aseguradora derivadas del contrato.

En el Derecho español de seguros y en relación con esta cláusula concreta, cabría interrogarse sobre si se trata de una “cláusula limitativa de los derechos del asegurado”, en la medida que restringe o limita el derecho de éste a ser indemnizado. Ello implicaría tener que cumplir con los requisitos previstos por el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) para este tipo de cláusulas, a saber: destacarse de un modo especial y ser específicamente aceptadas por escrito. Sobre la noción de cláusula limitativa y su tratamiento por la jurisprudencia del TS, véase SÁNCHEZ (2010, pp. 131-140).

Al margen de ello, desde una perspectiva conflictual, también podría merecer la denominación de cláusula de mediación aquella por la cual las partes eligen la ley aplicable a la mediación (en el sentido del art. 2.1.II LMACM; véase *supra* epígrafe 1.3.).

Aunque todas estas cláusulas se refieran a la mediación, demuestra que se trata de cláusulas distintas el hecho de que pueden coexistir y ser compatibles en un mismo contrato, actuando en diferentes niveles. Así, por ejemplo, en el mismo contrato de seguro de defensa jurídica, aseguradora y asegurado podrían pactar: una cláusula en virtud de la cual se comprometen a intentar la mediación en caso de una eventual controversia futura

³¹ Véase, por ejemplo, art. 16.1.b LMACM.

³² Art. 6 Directiva 2008/52/CE; arts. 22 y 23 LMACM; y arts. 545.2, 550.1.1º, 556, 559.1.3º y 576.3 LEC. Este es el significado generalmente asociado a la idea de “acuerdo” aplicada a la mediación, si bien en algunos preceptos se utiliza en un sentido más genérico (como, por ejemplo, en el art. 3.1 LMACM).

derivada del contrato, que podría coexistir, o bien con una cláusula que incluyera la mediación dentro de la cobertura de la póliza, como una posibilidad más ofrecida al asegurado, o bien, de distinto modo, como cláusula limitativa del derecho de éste a la indemnización. Este mismo contrato podría, además, contener una cláusula de elección de la ley aplicable a la mediación.

Por otra parte, es también habitual enfatizar la función de la cláusula (compromiso, pacto,...) de mediación añadiendo al sintagma la idea de “sumisión” o “sujeción” (por ejemplo, arts. 6.2, 10.2, 16.1.b y Preámbulo V, § 3 LMACM y art. 4.5 LAU, en la redacción dada por la Ley 4/20013, de 4 de junio). Sin embargo, resulta preferible omitirla, porque, en mediación, los efectos de la cláusula no son equiparables a los de la “cláusula de sumisión” propia del arbitraje³³. En relación al arbitraje, la expresión de la voluntad manifestada en el momento inicial, como voluntad de someterse a arbitraje, impide —a diferencia de lo que ocurre en la mediación³⁴— apartarse del mismo unilateralmente una vez iniciado. En definitiva, recogiendo lo antes indicado con relación al principio de voluntariedad, “mediación” y “sumisión” son conceptos que resultan antitéticos.

Sea como fuere, y aunque efectivamente tal diversidad terminológica puede dificultar la tarea del intérprete y obliga, en última instancia, a depurar conceptos, la misma resulta tributaria de la omnipresencia del elemento voluntario en toda construcción referida a la mediación.

3. La cláusula de mediación en sentido estricto

3.1. Cuestiones generales

Se abordan a continuación algunas de las cuestiones que suscita la “cláusula de mediación en sentido estricto”, que —como se ha apuntado— podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o constituir un acuerdo independiente.

³³ Véase el art. 9 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En este sentido, resulta ilustrativa la observación de la *Comissió Jurídica Assessora* de la *Generalitat de Catalunya* en relación con el art. 19.2 del “*Projecte de decret pel qual es regula la Junta d’Arbitratge i Mediació dels contractes de conreu i dels contractes d’integració de Catalunya*” y la referencia que este hacía a una hipotética “cláusula de sumisión” a mediación: “*La Comissió fa l’observació que, tal com està redactat, el precepte podria desvirtuar la voluntarietat de la mediació i que la referència a la «clàusula de submissió» és una còpia inesciaient de l’arbitratge. En conseqüència, la Comissió entén que l’èmfasi inicial cal posar-lo en el fet que la mediació es produeix quan les parts, voluntàriament, ho sol·licitin a la Junta, sens perjudici que ho puguin haver pactat anteriorment*” (véase el “*Dictamen Comissió Jurídica Assessora 306/2009, d’11 d’octubre, sobre el Projecte de decret pel qual es regula la Junta d’Arbitratge i Mediació dels contractes de conreu i dels contractes d’integració de Catalunya*”, p. 25).

³⁴ En la doctrina anglo-americana esta idea se expresa diciendo que en la mediación la voluntariedad se manifiesta tanto “into” como “within the process” (QUEK [2010, pp. 485 y ss]).

Mediante dicha cláusula, las partes expresan su voluntad de “someter” —con el matiz antes indicado— a mediación todas o algunas de las controversias que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica. De alguna forma, ello compromete el principio de voluntariedad en el inicio del procedimiento, toda vez que la cláusula versa —preliminar y genéricamente— sobre controversias eventuales aún no surgidas entre las partes. Es cierto que en ella las partes manifiestan una primera voluntad preliminar y genérica de intentar la mediación, pero tal manifestación de voluntad es distinta de la inicial del procedimiento de mediación ante un conflicto concreto. Cabe, por ello, interrogarse sobre la conveniencia de prever determinadas cautelas.

En este sentido, el legislador español parte de que la cláusula de mediación se hará constar por escrito (art. 6.2 LMACM). Lógicamente, si en el caso concreto ésta se configura como condición general, para que pase a formar parte del contrato en el que se inserta, habrán de observarse los requisitos de incorporación previstos en la legislación específica (art. 5 Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación). Al margen de ello, en ciertos ámbitos de la contratación, cabe cuestionar si podrían ser exigibles, además, ulteriores formalidades. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de aceptación específica de las llamadas cláusulas limitativas de derechos en los contratos de seguro (art. 3 LCS). En relación a este último aspecto, el único derecho que hipotéticamente podría entenderse limitado sería el fundamental de acceso a los tribunales (art. 24 CE)³⁵. De hecho, según como se configurara la cláusula, podría ser incluso considerada abusiva (art. 82 Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) o lesiva (art. 3 LCS)³⁶. Respecto a esta cuestión, en principio, la cláusula no debería levantar sospechas si se refiere a la mediación que conocemos (esto es, voluntaria, confidencial, con mediador independiente, imparcial y neutral, y con un procedimiento rápido y flexible). En cambio, la duda podría suscitarse si se admitiera una cláusula cuyo contenido derivara en retrasar excesivamente la posibilidad de acudir a los tribunales en perjuicio del adherente.

3.2. La eficacia de la cláusula de mediación

a. *El debate*

Ante la incertidumbre ligada a la resolución judicial de los conflictos, cada vez son más los contratantes —sobre todo en el ámbito del comercio internacional— que deciden incluir cláusulas de mediación en sus contratos. Al lado —o en vez— del clásico convenio arbitral, formalizado mediante cláusula incorporada a un contrato (art. 9.1 LA), aparecen en la práctica compromisos contractuales que abogan preferentemente por métodos autocompositivos de resolución de controversias. Algunas veces, tales previsiones se

³⁵ Véase *infra* epígrafe 3.2.b.

³⁶ En cuanto al concepto de cláusula lesiva para el asegurado y a su distinción respecto de las limitativas de derechos en el ámbito del contrato de seguro, véase SÁNCHEZ (2010, pp. 126-131).

configuran escalonadamente, mediante la programación de todo un recorrido resolutorio que comprende diversos métodos, organizados en distintas fases (*in crescendo*: negociación, mediación y arbitraje) dando lugar a las llamadas *multi-tiered dispute resolution clauses* (MTDRC)³⁷; otras veces, quizás de modo más realista, los elevados costes y los plazos asociados —pese a su reconocida eficiencia— al arbitraje internacional y el escaso valor de exigir contractualmente una previa negociación llevan las partes a circunscribir la cláusula a la mediación.

La práctica demuestra que la inclusión de la fase de negociación en las MTDRC responde habitualmente a una mera estrategia contractual, toda vez que mencionarla contribuye a suavizar el tono vinculante de la cláusula, pero, una vez surgida efectivamente la controversia, la negociación será puesta en práctica o no por las partes con independencia de su previa previsión; en otras palabras, habrá sólo negociación si existe voluntad de negociar. Así, según MCILWRATH y SAVAGE, *“[i]f senior business people wish to engage in negotiations before proceeding with more formal methods of dispute resolution, they will do so without being compelled by a negotiation requirement in their contract. Similarly, if the senior business managers do not wish to negotiate, they will simply ignore the existence of the clause and proceed to the next step of formal dispute resolution. Instead, clauses requiring parties to negotiate may aggravate the dispute by creating difficult preliminary issues as to whether the requirement is binding and, if so, whether it was complied with”* (MCILWRATH y SAVAGE [2010, pp. 76-77]).

Tanto en las MTDRC como en las cláusulas simples de mediación, la “obligación de mediar” con relación a controversias aún no surgidas ha suscitado dudas en torno a la verdadera utilidad y eventual eficacia de dichas cláusulas, pues, como se ha planteado la Comisión Europea en el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil” (Libro Verde)³⁸: ¿qué interés puede presentar obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad si el éxito del procedimiento depende, precisamente, de esa voluntad? (Libro Verde, § 65, p. 28). La respuesta debe partir necesariamente de los beneficios generalmente asociados a la mediación³⁹, pero, incluso aceptando las ventajas de potenciar privadamente, mediante el recurso a este tipo de cláusulas, métodos alternativos eficientes de resolución de controversias, debemos interrogarnos —en abstracto— sobre la conveniencia que el ordenamiento jurídico les reconozca verdadera eficacia jurídica, sobre todo en caso de incumplimiento.

El debate doctrinal relativo a la eficacia de las cláusulas de mediación ha sido especialmente prolífico en el ámbito de los sistemas anglo-americanos, debido a una más pronta teorización sobre los mecanismos de ADR —desde el hito que supuso la famosa

³⁷ Véase, por todos, PRYLES (2001, pp. 24-43). Modelos concretos de MTDRC pueden consultarse, por ejemplo, en: <http://www.jamsadr.com/clauses/>.

³⁸ 19.4.2002, COM (2002), 196 final.

³⁹ Véase el [Considerando D Resolución del Parlamento Europeo, 25.10.2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia](#); LAUROBA, BARRAL, TARABAL y VIOLA (2010, pp. 835-837) y DE PALO, FEASLEY y ORECCHINI (2011, pp. 9-17).

Pound Conference de 1976⁴⁰—. Una aproximación a los argumentos que tal debate ha generado puede ayudar a anticipar y resolver problemas en nuestro sistema. En este sentido, recogemos a continuación algunos de los argumentos que se han esgrimido en contra de la eficacia de las cláusulas de mediación.

a.i. La insuficiente concreción de la cláusula

Desde la perspectiva del *Common Law* se ha afirmado que el contrato debe tener tal grado de concreción, completud y certidumbre que permita su cumplimiento y ejecución, y que ello es predicable también de la cláusula de mediación, dada su naturaleza contractual. Para valorar la certidumbre y completud de las cláusulas de mediación los Tribunales han recurrido a la consolidada jurisprudencia del *Common Law* sobre la eficacia de los *agreements to agree* (precontratos) y de los *agreements to negotiate* (acuerdos para negociar)⁴¹. Así, podría entenderse que falta certidumbre en un acuerdo en el que las partes se comprometieran simplemente a resolver sus diferencias amistosamente; la ambigüedad de la cláusula podría impedir su ejecutabilidad⁴². Nótese que todo ello nos aboca a la teoría general del contrato —a la determinación de su objeto— y puede derivar en un problema de interpretación de la voluntad. En cualquier caso, evitar este tipo de objeciones a la eficacia de la cláusula dependerá, en última instancia, de su correcta formulación. Por consiguiente, el hecho de que la institución cuente entre nosotros con un régimen jurídico de referencia (la LMACM) facilita a las partes evitar problemas de inconcreción de la cláusula con la mera especificación de que es la mediación el método elegido para la resolución de sus diferencias⁴³.

a.ii. La cláusula de mediación como traba al acceso a los tribunales

Es éste un argumento teóricamente aplicable a cualquier modalidad de “mediación obligatoria”, es decir, tanto si la obligatoriedad deriva directa o indirectamente de la ley (*mandatory mediation*) como si resulta de una voluntad anticipada en una cláusula de

⁴⁰ Como es sabido, en la *Pound Conference* se plantearon soluciones ante la saturación del sistema judicial norteamericano y los consecuentes problemas en relación con el acceso a los tribunales. Fue en aquel ámbito que SANDER expuso por primera vez la célebre idea del “*multi-door courthouse*” (véase, SANDER [1979, pp. 65-87]).

⁴¹ Véase LEE (1999, pp. 231-235) y ALEXANDER (2009, pp. 191-197).

⁴² Véase WELDON y KELLY (2011).

⁴³ En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, 25.10.2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia (§ 4), destaca el papel de la Directiva 2008/52/CE en el establecimiento de “normas mínimas en las que se puedan basar los sistemas de ADR (...) para facilitar a las ADR un marco en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros”.

mediación⁴⁴. Cabría formularlo como sigue: ¿Puede un tribunal —en ejecución de una cláusula o en virtud de la discrecionalidad que le confiera la ley— ordenar acudir a mediación a la parte reticente? En una famosa decisión, la Corte Inglesa de Apelación (*English Court of Appeal*), abordó la cuestión en los siguientes términos: “*it is one thing to encourage the parties to agree to mediation, even to encourage them in the strongest terms. It is another to order them to do so. It seems to us that to oblige truly unwilling parties to refer their disputes to mediation would be to impose an unacceptable obstruction on their right of access to the court (...)*”⁴⁵. Sin embargo, esta tesis contrasta con la clásica doctrina que, en relación con el arbitraje, fundó Lord Campbell en el celeberrimo asunto inglés *Scott v. Avery*⁴⁶, según la cual “[i]t is a principle of law, that parties cannot by contract oust the courts of their jurisdiction; but any person may covenant that no right of action shall accrue till a third person has decided on any difference that may arise between himself and the other party to the covenant”. A partir de esta decisión, se convertiría en cláusula de estilo —bautizada como *Scott v. Avery clause*— en ciertos contratos que las partes acordaran una obligación de acudir a arbitraje en caso de controversia y convertir la obtención del correspondiente laudo arbitral en requisito *sine qua non* para la interposición de una demanda judicial⁴⁷. Como es lógico, la doctrina contenida en *Scott v. Avery* pierde peso desde el momento en que la institución del arbitraje cuenta con regulación específica que, por lo común, aborda directamente la cuestión de la eficacia del convenio arbitral en cuanto a la posibilidad de conocer del asunto por parte de los tribunales (en este sentido, véase LEE [1999, p. 236]; en nuestro sistema, art. 11.3 LA, y art. 39 LEC); sin embargo, tal doctrina podría ser extrapolada —como, de hecho, así se ha apuntado (véase, ALEXANDER [2009, p. 186])— al ámbito de la mediación.

Sostener como argumento contrario a la eficacia de la cláusula de mediación su carácter impeditivo respecto del acceso a los tribunales —que vulneraría el derecho reconocido en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁸ y, en nuestro sistema de

⁴⁴ De hecho, el mismo argumento podría llegarse a utilizar como objeción a la eficacia obligatoria de un convenio arbitral. Sobre el particular, en nuestro Derecho, con cita de la doctrina constitucional más relevante, véase, por todos, CREMADES (2001, pp. 185-220).

En general, para las cláusulas de ADR, la Resolución del Parlamento Europeo, 25.10.2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia (§ 12) hace hincapié en que éstas no deben obstaculizar el acceso a la justicia.

⁴⁵ Véase la [Sentencia de 11 de mayo de 2004, relativa al caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust, England and Wales Court of Appeal \(Civil Division\) Decisions*, pp. 576 y ss.](#)

⁴⁶ Véase la Sentencia de 10 de julio de 1866, relativa al caso *Scott v. Avery*, *English Reports* (1694-1865, pp. 1121; 1694 y ss.).

⁴⁷ Para los orígenes y la evolución de la doctrina *Scott v. Avery*, véase TWEEDDALE y TWEEDDALE (2011, pp. 423-427).

⁴⁸ Aprobada por Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 10.12.1948.

derechos fundamentales, el art. 24 CE— no deja de ser una falacia, como lo es también considerar que pueda suponer un retraso relevante a dicho acceso. Y ello por la naturaleza intrínsecamente voluntaria de la mediación que, aún partiendo de la eficacia de la cláusula, permitiría a las partes desistir del procedimiento, sin incumplirla, en cualquier momento y acudir a los tribunales. Los mecanismos de ADR no contradicen la efectiva tutela judicial de los ciudadanos, sino que se han convertido en complementos necesarios de la misma, lo cual ha quedado incluso reflejado en algún texto constitucional, a raíz de reformas recientes⁴⁹. Por otra parte, ¿cuán efectiva es la justicia administrada por los tribunales si éstos tardan años en resolver?⁵⁰ A lo que cabe añadir los nada despreciables costes que ello supone para las partes⁵¹.

a.iii. La inutilidad de la cláusula

Presupuesto que la cláusula de mediación no vulnera ni restringe el derecho a la tutela judicial efectiva, cabe aún preguntarse qué utilidad puede presentar obligar a mediar a una parte que, a pesar de haber anticipado su voluntad a través de la cláusula, es reticente a cumplirla una vez ha surgido el conflicto. Esta pregunta —que, como hemos avanzado, recogía la Comisión en el Libro Verde— nos aboca a incidir nuevamente en la naturaleza esencialmente voluntaria de la mediación y a resaltar que, dado que su carácter autocompositivo no garantiza la resolución del conflicto, la utilidad efectiva de la cláusula queda en entredicho, pues ¿hasta qué punto no constituiría un mero brindis al sol?

A este respecto, en el resumen de las más de 160 respuestas al Libro Verde, se destacaba que las *“ADR clauses are in fact persuasive rather than mandatory, since even where recourse to ADR is obligatory, the ADR process itself remains voluntary, and the parties can at any point end their negotiations and turn to a judge or arbitrator”*. Véase el *“Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law”* (JAI/19/03-EN), 31.1.2003.

Nótese, sin embargo, que es posible dar la vuelta al argumento: el carácter autocompositivo de la mediación permitirá que sean las partes y no un tercero quienes tomen el control de la controversia, y que, si efectivamente así lo perciben, acaben resolviéndola satisfactoriamente. Es ésta la paradoja que pone de relieve las bondades de la mediación:

⁴⁹ La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 18.6.2008, modificó el art. 17 de la misma, relativo al derecho de acceso a los tribunales, añadiendo un cuarto párrafo en el que se establece que “[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias (...)”

⁵⁰ De hecho, en la actualidad, el Estado de Derecho se muestra impotente para garantizar la tutela judicial efectiva que preconizan los textos constitucionales (ORTUÑO MUÑOZ [2012, p. 264]). Véase, también, ORTUÑO y HERNÁNDEZ (2007, p. 10).

⁵¹ Los datos concretos, por países, sobre el coste y el tiempo necesarios para la resolución de una misma disputa relativa a un contrato de compraventa mercantil pueden consultarse en el estudio *“Enforcing contracts”*, elaborado anualmente por el Banco Mundial; véanse los datos del año 2012 en: <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>.

incluso partes inicialmente reticentes acaban valorando positivamente intentarla después de ser “obligadas” a ello⁵².

b. La eficacia de la cláusula de mediación en Derecho español

Presupuesto todo lo anterior, conviene destacar que la ley española reconoce expresamente eficacia a la cláusula de mediación. En este sentido, la posibilidad de denunciar mediante declinatoria su incumplimiento aparece como la estrella de la regulación (arts. 10.2.III LMACM y 39 LEC). Sin embargo, no es ésta la única eficacia vinculada a la cláusula de mediación. Así, conviene distinguir la eficacia ordinaria de la cláusula (referida al cumplimiento) de la extraordinaria (ligada al incumplimiento).

b.i. La eficacia ordinaria de la cláusula

Respecto a la eficacia ordinaria, referida al cumplimiento, la cláusula genera, en primer lugar, una especie de derecho de opción. Así, según el art. 16.1 LMACM, “[E]l procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes (...) [o bien], b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas”. En otras palabras: el compromiso asumido permite que una de las partes, por sí sola, pueda “optar”, una vez surgida la controversia, por acogerse al procedimiento sin necesidad de la otra, sustituyendo el acuerdo de solicitud de inicio de la mediación (véase art. 16.1.a LMACM).

Además, dada la naturaleza contractual de la cláusula, las partes deben cumplirla respetando las exigencias de la buena fe. En este sentido, el art. 6.2 LMACM constituye una manifestación concreta del principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones (art. 1258 CC), al exigir, si existe cláusula, que el procedimiento “se intente de buena fe antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”. En cualquier caso, conviene diferenciar esta buena fe de la que rige el procedimiento y que el art. 10.2 LMACM eleva a principio interno de la mediación.

A través del principio de la buena fe que recoge el art. 10.2 LMACM se subraya el necesario elemento cooperativo para la resolución e interpretación del conflicto, así como la superación de la desconfianza, incluso si no se alcanza ningún acuerdo; entre otras consecuencias, implica que la mediación no puede ser utilizada como instrumento dilatorio (LAUROBA, BARRAL, TARABAL y VIOLA [2010, p. 845]). Pero, ¿qué comporta, en cambio, la buena fe que el art. 6 LMACM vincula al cumplimiento de la cláusula?

La concreción de qué debe entenderse por buena fe en el cumplimiento de la “obligación de mediar” ha generado un amplísimo debate en los Estados Unidos de América, básicamente ligado a las experiencias en *mandatory mediation* (véanse, entre otros, KOVACH

⁵² Se trata de la *mediation paradox* de la que tanto se habla en la literatura especializada desde que fuera formulada por MCEWEN y MILBURN en 1993 (MCEWEN y MILBURN [1993, pp. 23-36]).

[1997, pp. 575 y 620], WESTON [2001, pp. 591-645], ZYLSTRA [2001, pp. 69-103], CARTER [2002, pp. 367-405], BOETTIGER [2004, pp. 1-46] y QUEK [2009, pp. 499 y 504]). Marcar los límites existentes entre buena y mala fe en el cumplimiento de la “obligación de mediar” —tanto si ésta deriva de una cláusula como si la impone la ley— resulta complicado; también lo es determinar la sanción a la mala fe si ésta no está prefijada⁵³. Así, se ha criticado que, en el caso concreto, ello puede dar lugar a “conflictos satélite”, alrededor de la controversia principal, que entorpecerán la resolución de ésta en vez de facilitarla (véase, por todos, QUEK [2009, pp. 499 y 504]). Además, cualquier intento de fijar estándares al respecto generará problemas de prueba y entrará fácilmente en conflicto con el principio de confidencialidad.

La dificultad de prueba sobre la buena o mala fe lleva a veces al legislador a identificar ciertas conductas como constitutivas de mala fe. Así, en materia de costas procesales, el art. 395.1.II LEC entiende que, en todo caso, existe mala fe, si el demandado se allana a la demanda, habiéndose intentado previamente, sin éxito, procedimiento de mediación.

En el contexto de la LMACM, podemos entender que la buena fe en el cumplimiento de la cláusula exige por lo menos acudir a la sesión informativa prevista en el inicio del procedimiento de mediación (art. 17.1 LMACM).

No hay que confundir la sesión informativa que, tras la solicitud de mediación —instada de común acuerdo entre las partes o por una sola de ellas en cumplimiento de una cláusula de mediación (art. 16 LMACM)—, inaugura el procedimiento de mediación (art. 17.1 LMACM) con las eventuales sesiones informativas previas cuya única función es asesorar a las partes sobre el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación (arts. 17.2 LMACM, 11.1 LMADP, 414.1.IV y 443.3.II LEC).

Si no se asiste injustificadamente existirá incumplimiento de la cláusula, pero, en cualquier caso —siempre de acuerdo con el art. 17.1 LMACM— se habrá desistido de la mediación, lo cual tendrá ulterior trascendencia, como en seguida se verá. Ello nos lleva a analizar la eficacia extraordinaria de la cláusula, en caso de incumplimiento.

b.ii. La eficacia extraordinaria de la cláusula

Es en caso de incumplimiento cuando la eficacia de la cláusula se hace más visible.

La cláusula puede incumplirse de dos maneras: activa y pasivamente:

- Se incumple activamente cuando una de las partes acude directamente a los tribunales obviando la cláusula de mediación. En tal caso, la LMACM prevé, utilizando una terminología inadecuada (véase *supra* epígrafe 3.1.1.b), que la cláusula de mediación “impide” a los tribunales conocer de la controversia. Ello se concreta en la posibilidad de

⁵³ Hasta el punto que, según CARTER, “[t]he dialog over sanctions for bad faith conduct in mediation threatens to become the most profound debate of the ADR movement” (CARTER [2002, p. 368]).

que la parte interesada invoque la cláusula mediante declinatoria —posibilidad también prevista en caso de mediación iniciada, mientras dure ésta— (arts. 6.2 y 10.2.III LMACM y arts. 39⁵⁴ y 63 LEC). Aunque quizás, desde un punto de vista conceptual, la configuración como declinatoria no sea la más apropiada (pues, la cláusula de mediación no comporta renuncia a la jurisdicción y, por lo tanto, no obsta acudir, en último término, a la vía judicial), ésta permite reconocer eficacia a la cláusula sin necesidad de entrar en el fondo del asunto; en definitiva, el ejercicio de la declinatoria a lo sumo retrasa la jurisdicción, sin, en ningún caso, excluirla.

Hay que señalar que, de esta manera, el legislador español ha descartado tratar el cumplimiento de la cláusula de mediación como requisito de procedibilidad —apreciable de oficio—, opción que —de *lege ferenda*— también cuenta con partidarios en la doctrina (véase SENÉS [2012]).

Pues bien, una vez invocada la cláusula mediante declinatoria, las partes deberán iniciar la mediación. Pero, como se ha dicho, este deber no va más allá de intentarla, lo cual debe entenderse cumplido con la mera asistencia a la sesión informativa. En este caso, podría hablarse de un cumplimiento “moroso” de la cláusula.

Sin embargo, ya en la sesión informativa puede quedar truncada la mediación, sea por desistimiento expreso de cualquiera de las partes, o bien, incluso, por la mera inasistencia injustificada de una de ellas —supuesto al que la ley atribuye valor de desistimiento— (art. 17.1 LMACM). En ambos casos, queda expedita la vía judicial y, por consiguiente, “desactivada” la declinatoria.

Ello parecería conducir, en último término, a la inutilidad de la cláusula (crítica recurrente, como se ha visto, en otros sistemas). Sin embargo, no hay que despreciar la función de la declinatoria como medida para incentivar la resolución autocompositiva a través de mediación. En otras palabras: aunque el principio de voluntariedad permita desistir fácilmente de la mediación (*ad nutum*), el mero hecho de tener que intentarla puede ¿por qué no? contribuir a convencer a las partes de la bondad de resolver sus diferencias por esta vía; creemos que en ello está llamada a cumplir un papel fundamental la sesión informativa prevista tras la solicitud de mediación (art. 17.1 LMACM)⁵⁵.

⁵⁴ Una interpretación excesivamente literal del art. 39 LEC (“[E]l demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia”) podría conducir a pensar que la declinatoria se limita a los supuestos en los que la mediación ha sido ya iniciada. Sin embargo, el hecho de que el último inciso del precepto fuera introducido por la LMACM (DF 3^a.Dos) impone una interpretación sistemática que, a la luz del art. 10.2.III LMACM, permita incluir en él la declinatoria invocada a propósito de una cláusula de mediación.

⁵⁵ De acuerdo con el art. 17.1.II LMACM, “[e]n esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva”.

A nuestro modo de ver, ello compensa, por sí solo, el retraso de la solución jurisdiccional en caso de que finalmente las partes terminen resolviendo sus diferencias ante los tribunales.

- Además del incumplimiento activo de la cláusula, que, como acabamos de ver, puede desembocar en la declinatoria, ésta puede quedar también incumplida —pasivamente— si una de las partes intenta la mediación y la otra no colabora, contraviniendo la buena fe. Sería el caso, antes apuntado, de inasistencia injustificada a la sesión informativa cuando la otra parte ha optado por iniciar la mediación antes de acudir a los tribunales; supuesto al que el art. 17.1 LMACM atribuye el efecto de desistimiento.

Llegados a este punto, el art. 17.1.I LMACM contiene una precisión que, a primera vista, podría parecer inocua. Así, a tenor de su inciso final, “la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial”⁵⁶. A nuestro juicio, ello implica que la parte que cumple pueda alegarlo en el proceso judicial y abre la puerta a vincular posibles efectos a esta falta de colaboración, contraria a la buena fe.

En este sentido, y ante el silencio de la LMACM, cabría plantear la posibilidad de fundamentar en ello la pretensión de la parte dispuesta a cumplir la cláusula de ser indemnizada en aquellos gastos que le acabe generando el pleito posterior, o incluso que el juez tenga en cuenta esta cuestión a efectos de una eventual condena en costas si aprecia que las partes habrían podido fácilmente llegar a un acuerdo a través de la mediación (véanse arts. 394.2 y 3 y 395 LEC).

Vincular consecuencias a la existencia de mala fe podría suponer tener que analizar la actitud de las partes durante la mediación, lo cual parece entrar en contradicción con el principio de confidencialidad⁵⁷; principio que constituye uno de los atractivos de la mediación. En cualquier caso, entendemos que la opción elegida por el legislador español —excluyendo del ámbito de la confidencialidad la mera inasistencia a la sesión informativa (art. 17.1.I LMACM *in fine*)— permite casar la sanción de la mala fe en el cumplimiento de la “obligación de mediar” derivada de la cláusula con el respeto a dicho principio. La prueba de que alguien ha asistido o no a la mediación es fácil de obtener y no revela intereses subyacentes, o posiciones subjetivas —no supone, en definitiva, mostrar las cartas ni desvelar datos relativos al objeto de la controversia (sobre la preocupación de las partes en

⁵⁶ Según el art. 9 LMACM (confidencialidad), en principio, “[l]a obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”.

⁵⁷ En materia de costas, el legislador español salva la contradicción con el principio de confidencialidad indicando que se entiende en cualquier caso como mala fe el hecho de que el demandado se allane a la demanda después de haberse intentado un procedimiento de mediación (art. 395.1 LEC).

relación con el hecho de que la mediación suponga tener que revelar sus posiciones estratégicas, véase WELDON y KELLY [2011])—; es por ello que entendemos que debe quedar fuera del ámbito de la confidencialidad (véase, BOETTGER [2004, pp. 34-35]).

Al margen de ello, en general, en caso de incumplimiento de la “obligación de mediar”, teniendo en cuenta los principios que rigen la mediación, no es posible plantear la ejecución forzosa de la cláusula de mediación —a modo de cumplimiento específico—. Entonces, la cuestión que se suscita es si, más allá de los que se acaban de indicar, este incumplimiento es susceptible de generar otros daños indemnizables⁵⁸. La verdad es que ello resulta difícil de sostener, y más aún de cuantificar, por mucho que pudiera hablarse en abstracto de daños derivados de la pérdida de la oportunidad de beneficiarse de las ventajas que ofrece la mediación.

Cuestión distinta es que las partes hayan previsto una cláusula penal para el caso de incumplimiento (arts. 1152 y ss. CC) —que obligue, por ejemplo, al incumplidor a satisfacer los gastos de abogado y procurador generados a la otra parte—. Si la pena es proporcionada, no creemos que ello sea problemático, además de que constituiría una medida disuasoria del incumplimiento y un incentivo a favor de la mediación.

4. Posibles contenidos de la cláusula de mediación

En el ámbito de la contratación internacional, existen instituciones que han elaborado guías y cláusulas tipo⁵⁹. Poder recurrir a ellas simplifica la contratación y elimina costes de transacción, amén de constituir éstas, en principio, cláusulas de eficacia probada. Sin embargo, las mismas pueden no contemplar necesidades específicas o presuponer un determinado régimen jurídico, de manera que, según el caso, puede convenir a las partes negociar su contenido concreto.

Ello presupuesto, al margen de contener la voluntad (principal) de resolver los conflictos que puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica a través de mediación⁶⁰ y de poder prever —como acabamos de apuntar— penas convencionales para el caso de incumplimiento, en la cláusula de mediación las partes pueden concretar otros extremos.

⁵⁸ PÉREZ DAUDÍ afirma que, desde un punto de vista civil, el demandado podrá exigir responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al demandante que no hubiera acudido previamente a mediación al amparo del incumplimiento contractual (PÉREZ DAUDÍ [2012, p. 245]).

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, las [guías y cláusulas ADR elaboradas por JAMS](#), uno de los principales proveedores mundiales de servicios de ADR para conflictos comerciales complejos.

⁶⁰ En cuanto a los problemas ligados a la determinación del objeto de la obligación en la cláusula de mediación véase *supra* epígrafe 3.1.1.a.

De entrada, creemos que no hay inconveniente en que las partes limiten en ella, *a priori*, las controversias mediables, que pueden ser todas o sólo algunas de las que deriven de una determinada relación (por ejemplo, que la mediación abarque tan sólo las relativas a la interpretación del contrato en el que se inserta la cláusula). En cualquier caso, si no lo hacen, la ley establece que la cláusula “surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste” (art. 6.2 LMACM *in fine*).

En el Anteproyecto esta cuestión se regulaba añadiendo que “si la controversia versa sobre la validez de la propia cláusula las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia”. Ello fue criticado por el Consejo General del Poder Judicial, en su informe de 27 de mayo de 2010, porque, “de un lado, puede convertirse en un portillo para eludir la mediación a la que la parte se hubiese comprometido, con tan solo alegar que se pone en cuestión la validez de la cláusula de sometimiento a mediación; de otro lado, la consecuencia señalada por esta norma apenas tiene relevancia, si se tiene en cuenta que en toda mediación (...) nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento, pudiendo las partes poner fin al mismo en cualquier momento” (“Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles” [RI §1042448]).

Tampoco creemos que resulte problemático que las partes prevean en la cláusula las características del procedimiento (por ejemplo: el programa de actuaciones y duración máxima prevista para su desarrollo, la designación del mediador o, en su caso, de la institución de mediación)⁶¹, a reserva que acaben de concretarlas en la sesión constitutiva del procedimiento o en un momento ulterior (de acuerdo con el principio de flexibilidad del procedimiento [art. 19 LMACM]).

A la luz del principio de voluntariedad, es más discutible, en cambio, que las partes puedan incluso concretar la necesidad de avanzar hasta un cierto punto en el procedimiento de mediación (número mínimo de sesiones, plazo mínimo de disponibilidad para mediar, etc.). Porque, como se ha apuntado, una cosa es modular el principio de voluntariedad con relación al inicio del procedimiento, y otra muy distinta impedir el libre desistimiento del procedimiento iniciado. Al margen de que ello podría suponer un retraso excesivo en el acceso a la tutela judicial.

Finalmente, debe recordarse (véase, *supra* epígrafe 3.1.1) que la cláusula puede no limitarse a la mediación, sino prever también otros métodos de solución de conflictos, como fase previa (negociación) o posterior (arbitraje). En este caso se estaría ante las cláusulas escalonadas de ADR (o *multi-tiered dispute resolution clauses* [MTDRC]).

⁶¹ Si, al regular la sesión constitutiva del procedimiento, el art. 19.1.b LMACM prevé que el mediador esté ya designado por una sola de las partes y sea simplemente aceptado por la otra, con más razón cabrá predesignarlo, de común acuerdo, en la cláusula de mediación, en el bienentendido que, cuando proceda, su actuación deberá estar presidida por los principios de imparcialidad y neutralidad (arts. 7 y 8 LMACM).

5. Conclusiones

Pese a ser el principio de la voluntariedad, sin duda, la esencia de la mediación, presenta cierta ductilidad. Ésta se manifiesta, si embargo, exclusivamente en el inicio del procedimiento; ni la posibilidad de las partes de desistir del proceso en cualquier momento, ni la libertad de alcanzar o no un acuerdo admiten ningún tipo de interferencia.

En efecto, iniciar el procedimiento puede resultar “obligatorio”, ya sea por imperativo “inmediata” o “mediatamente” legal, o bien por la existencia de un previo acuerdo entre las partes, reflejado en una “cláusula” o “convenio” de mediación. Lógicamente, este tipo de cláusulas tienen sentido básicamente en aquellos ámbitos en los que la mediación no se configura legalmente como obligatoria. En este sentido, dentro del amplio margen que ofrece la Directiva 2008/52/CE, el legislador español, en la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha optado por un modelo no obligatorio, sin desconocer, sin embargo, que el carácter transfronterizo de un conflicto puede imponer acudir a mediación en función de cuál sea la ley que resulte aplicable.

A diferencia de la Directiva, la LMACM no se limita a los conflictos transfronterizos. Respecto a éstos, la Ley española introduce precisiones en relación con la definición de los mismos que hace la Directiva (véanse los arts. 2 Directiva y 3 LMACM); cabe destacar, además, que la LMACM contiene una norma de conflicto unilateral, que prioriza la voluntad de las partes de someterse a ella (art. 2.1.II LMACM). En cualquier caso, en una mediación relativa a un conflicto transfronterizo, la ley aplicable a la mediación no es la única a determinar; de hecho no tiene porque coincidir con la ley aplicable al fondo de la controversia o a las cuestiones suscitadas por una eventual “cláusula” o “convenio” de mediación.

Desde un punto de vista conceptual, no toda cláusula referida a la mediación es, en sentido estricto, una “cláusula de mediación” (entendiendo por ésta el compromiso de someter a mediación las controversias que puedan derivar de una determinada relación jurídica [véase art. 6.2 LMACM]).

La “obligación de mediar” que deriva de la cláusula parece conducir a un rodeo inútil, que afecta, además, a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, ello no es así. Los beneficios de la mediación pueden convencer incluso a los más escépticos si entran en contacto con ella. Por otra parte, la mediación no impide ni comporta un retraso relevante en el acceso a los tribunales (acceso que, si la mediación tiene éxito, puede acabar siendo innecesario).

En sistemas y ámbitos en los que acudir a mediación no es obligatorio, admitir las cláusulas de mediación supone tener que reconocerles cierta eficacia; y, aunque ello resulte obvio, ha generado un interesante debate. En España, la eficacia de la cláusula se concreta básicamente en la posibilidad de denunciar su incumplimiento mediante declinatoria (arts. 10.2.III LMACM y 39 LEC). Sin embargo, la declinatoria sólo entra en juego ante un

incumplimiento activo de la cláusula por acudir una de las partes directamente a los tribunales.

La cláusula también puede incumplirse, pasivamente, por la inasistencia injustificada de una de la partes a la sesión informativa, supuesto al que la ley atribuye el valor de desistimiento de la mediación (art. 17.1 LMACM). Conviene resaltar que el legislador español excluye expresamente del ámbito del principio de confidencialidad, que preside el procedimiento de mediación, la información de qué parte no asistió a la sesión informativa (art. 17.1.1 LMACM *in fine*). Ello permite vincular consecuencias a esta falta de colaboración, contraria a la buena fe, sin infringir el principio de confidencialidad.

Por lo que respecta al contenido de la cláusula, además de anticipar la voluntad de mediar, en ella las partes pueden concretar otras cuestiones, como por ejemplo, prever una pena proporcionada para el caso de incumplimiento, limitar las controversias mediables o anticipar la regulación de aspectos procedimentales —siempre que no queden comprometidos los principios de la institución—.

6. Bibliografia

Nadja Marie ALEXANDER (2009), *International and Comparative Mediation. Legal Perspectives*, Wolters Kluwer, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands.

Ulrich BOETTGER (2004), "Efficiency Versus Party Empowerment-Against A Good-Faith Requirement In Mandatory Mediation", *The Review of Litigation*, pp. 1-46.

Roger L. CARTER (2002), "Oh, Ye Of Little [Good] Faith: Questions, Concerns And Commentary On Efforts To Regulate Participant Conduct In Mediations", *Journal of Dispute Resolution*, pp. 367-405.

Bernardo M. CREMADES (2001), "El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española", *Lima Arbitration*, núm. 1, pp. 185-220 (<http://www.limaarbitration.net/>).

Giuseppe DE PALO, Ashley FEASLEY and Flavia ORECCHINI (2010-2011), "Quantifying the cost of not using mediation -a data analysis", *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, Directorate General for Internal Policies, Bruselas (<http://www.europarl.europa.eu/portal/es>).

Giuseppe DE PALO, "Mandatory mediation is back in Italy with new parliamentary rules", *Alternatives to the high cost of litigation*, vol. 31, núm. 9, pp. 140-141.

Carlos ESPLUGUES MOTA (2012), "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012 de 6 de julio", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 136, pp. 165-199.

Kimberlee K. KOVACH (1997), "Good Faith in Mediation-Requested, Recommended or Required? A New Ethic", *South Texas Law Review*, núm. 38, pp. 575 y ss.

M^a Elena LAUROBA LACASA, Immaculada BARRAL VIÑALS, Jaume TARABAL BOSCH y Isabel VIOLA DEMESTRE (2010), "La construcción institucional y jurídica de la mediación", en Pompeu CASANOVAS, Jaume MAGRE y M^a Elena LAUROBA (Dir.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona (<http://www.gencat.cat/>).

Joel LEE (1999), "The enforceability of mediation clauses in Singapore", *Singapore Journal of Legal Studies*, pp. 229-247.

Craig A. MCEWEN and Thomas W. MILBURN (1993), "Explaining a Paradox of Mediation", *Negotiation Journal*, vol. 9, pp. 23-36.

Michael MCILWRATH and John SAVAGE (2010), *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International.

José Pascual ORTUÑO MUÑOZ (2012), "Capítulo 6. Mediación", en Encarna ROCA TRÍAS (Coord.), *Memento Experto Francis Lefebvre. Crisis matrimoniales*, Ediciones Francis Lefebvre, S. A., Madrid, pp. 261-300.

José Pascual ORTUÑO MUÑOZ y Javier HERNÁNDEZ GARCÍA (2007), *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos [ADR]: la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, Documento de Trabajo, núm. 110 (<http://pascualortuno.wordpress.com/>).

Guillermo PALAO MORENO (2013), "Mediación y Derecho Internacional Privado", en Eva M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M^a Dolores ADAM MUÑOZ y Noé CORNAGO PRIETO (Coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, pp. 649-674.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2012), "La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, pp. 231-270.

Michael PRYLES (2001), "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses", en Albert Jan VAN DEN BERG, (Ed.), *Internacional Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, ICCA Congress Series 2000, Nueva Deli, Kluwer Law International, pp. 159-179.

Dorcas QUEK (2010), "Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 11, pp. 479-509.

Fernando SÁNCHEZ CALERO (2010), "Comentario al artículo 3", en Fernando SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi-Thomson Reuter, Cizur Menor, pp. 105-147.

Frank SANDER (1979), "Varieties of Dispute Processing", en Leo LEVIN y Russell WHEELER (Eds.), *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*, West Publishing Co., St. Paul, pp. 65-87.

---(2007), "Another view of mandatory mediation", *Dispute Resolution Magazine*, núm. 32, p. 16.

Carmen SENÉS MOTILLA (2012), "La eficacia del «compromiso de mediación» y de los «acuerdos de mediación»" (<http://www.legaltoday.com>).

Andrew TWEEDDALE y Karen TWEEDDALE (2011), "Scott v Avery Clauses: O'er Judges' Fingers, Who Straight Dream on Fees", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, núm. 77, pp. 423-427.

Elizabeth WELDON and Patrick KELLY (2011), "Prelitigation Dispute Resolution Clauses: Getting the Benefit of Your Bargain", *Franchise Law Journal*, vol. 31, núm. 1, pp. 28-36 (<http://www.swlaw.com>).

Maureen A. WESTON (2001), "Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality", *Indiana Law Journal*, vol. 76, pp. 591-645.

David S. WINSTON (1996), "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead A Horse to Water...»", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 11, pp. 187-206.

Alexandra ZYLSTRA (2001), "The Road From Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 17, pp. 69-103.